DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

Nº59

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 de 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 · CIRC clasificación · CNEAI · CSIC · Dialnet · DICE · IN~RECJ · ISOC BASE DE DATOS · latindex · MIAR · résh

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 ON LINE 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

¿HAN DESAPARECIDO LOS ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES?

Hubo una época en la que los alimentos entre cónyuges configuraban el centro de la problemática jurídica de las crisis conyugales. Con la restauración del divorcio en el año 1981 apareció la pensión compensatoria y comenzó el ocaso de estos alimentos.

Han sido muchas las resoluciones que se han dictado acogiendo la tesis de que la única prestación que puede solicitarse en la separación o en el divorcio es la pensión compensatoria. Decía la AP de Huelva, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 26 de abril de 2005 que «declarada la separación definitiva solo procede, si se acredita, fijar pensión compensatoria para alguno de los cónyuges pero no pensión alimenticia en sentido estricto», y la AP de Barcelona, Sec. 18.ª, en su Sentencia de 13 de marzo de 2006 que «Cualquier reclamación asistencial entre cónyuges, tanto en el divorcio como en la separación, tiene su cauce adecuado a través de la pensión compensatoria, con la que se cubren no sólo finalidades estrictamente compensatorias, sino también alimenticias». En términos similares se pronunció la AP de Málaga, Sec. 4.ª, en su Sentencia de 9 de junio de 2005.

Sin embargo, esta tesis no tenía amparo legal, pues en puridad la pensión alimenticia y la compensatoria son prestaciones distintas. Tuvo que aclarar la cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2008: «La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno antes y después de la ruptura. Se trata de un derecho que puede ser renunciado por quien sería su beneficiario. En cambio, el derecho de alimentos constituye una protección de las necesidades vitales de una persona, que no puede ser renunciada previamente. Es cierto que desde el punto de vista teórico existe una clara diferencia entre ambas instituciones, lo que no ha impedido que algunas veces se hayan equiparado ambos conceptos. Sin embargo, esta Sala ha considerado siempre que el carácter familiar de la prestación alimenticia hace que ésta se extinga cuando los cónyuges han obtenido el divorcio, aunque se mantiene mientras subsiste el vínculo matrimonial, a pesar de que se haya producido la separación, porque en este caso perdura aun la obligación de socorro, establecida en el art. 68 CC, que desaparece al disolverse el matrimonio por el divorcio... En consecuencia de todo lo anterior, esta Sala debe confirmar su doctrina reiterada de acuerdo con la que constante matrimonio, aunque se haya producido la separación de los cónyuges, sigue manteniéndose el derecho recíproco a la prestación de alimentos».

Por tanto, queda claro que hasta tanto no se dicte la sentencia de divorcio cabe la posibilidad de que uno de los cónyuges solicite al otro una pensión alimenticia, claro está, siempre que concurran el requisito de necesidad y la posibilidad de dar alimentos del otro cónyuge. Ya las Sentencias de las Audiencias Provinciales dictadas con posterioridad a la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo acogen este criterio. Así por ejemplo, señala la Sentencia de la AP de Granada, Sec. 5.ª, de 23 de julio de 2010 que «aunque se haya producido la separación de los cónyuges, sigue manteniéndose el derecho recíproco a la prestación de alimentos».

Incluso podríamos ir más allá y defender la posibilidad de fijar pensiones alimenticias en los procedimientos de divorcio tramitados de mutuo acuerdo, pues los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad pueden establecer un pacto de alimentos que ya no serían propiamente alimentos entre parientes, sino alimentos derivados de un contrato. Este caso fue analizado por la AP de Ponteve-

dra, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 25 de noviembre de 2010, que abordó una modificación de medidas de esa concreta pensión alimenticia.

Pero lo que nos interesa poner de manifiesto en relación con los alimentos entre cónyuges es que existe la posibilidad de que puedan solicitarse como medida provisional en el divorcio para que mantengan su vigencia hasta que se dicte la sentencia que finalmente, si es que existe ese derecho, fijará una pensión compensatoria. No creemos necesario recordar que no puede solicitarse como medida provisional una pensión compensatoria.

Esta pensión alimenticia provisional podrá solicitarse de forma autónoma o englobada dentro de la contribución a las cargas del matrimonio, lo que sucede es que este último concepto, tras dejarse claro que no incluye al préstamo hipotecario, parece que se deja a un lado por muchos abogados en sus peticiones de medidas provisionales.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de octubre de 2012, resolvió un curioso recurso de casación. La esposa pidió el divorcio y la adopción de medidas provisionales y entre estas solicitó la fijación de una pensión alimenticia para el hijo y otra pensión alimenticia para ella. Coincidió en el tiempo la celebración de las medidas provisionales y la vista principal, lo que motivó que se dictase un auto razonando que las medidas serían las mismas que se contendrían en la Sentencia de divorcio. Y en efecto, en la Sentencia de divorcio se fijó una pensión compensatoria para la esposa. Luego la Audiencia Provincial, aunque redujo la cuantía de la pensión alimenticia del hijo de 220 a 200 euros (uno nunca sabe en qué se basan las resoluciones para reducir 20 euros), y fijó litisexpensas en favor de la esposa, no hizo mención alguna a la pensión alimenticia que solicitó la esposa como medida provisional. La tenacidad de la esposa le llevó a interponer un recurso por infracción procesal y casación, alegando que la sentencia «no entró a valorar si tenía o no derecho a percibir alimentos de su esposo con carácter de medida provisional». Y el Tribunal Supremo le dio la razón y acordó la nulidad de lo actuado y la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se pronunciase sobre este particular.

Razonaba el Tribunal Supremo en la Sentencia que «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)... En 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».

Si tenemos en cuenta que en muchos juzgados desde que se presenta la demanda hasta que se dictan las medidas definitivas pasan muchos meses, en aquellos casos en los que uno de los cónyuges carece totalmente de ingresos ¿puede ser útil solicitar una pensión alimenticia en favor del cónyuge que tenga vigencia hasta que se dicte la sentencia que finalmente acoja la pensión compensatoria? Como resalta el Tribunal Supremo, esta pensión puede tener efectos desde la presentación de la demanda. ¿Puede afirmarse con rotundidad que han desaparecido totalmente los alimentos entre cónyuges? Parece que no.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA VIVIENDA FAMILIAR: ADJUDICACIÓN DEL USO. TERCEROS Y LIQUIDACIÓN: PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Juan José Reyes Gallur 25

PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*. EL ARTÍCULO 156.5 CC

Aránzazu Bartolomé Tutor 55

ÉTICA Y DEONTOLOGÍA DEL PSICÓLOGO FORENSE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Asunción Molina Bartumeus 67

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Filiación 77

Aunque la hija haya tardado más de veinte años en ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial y la accesoria de impugnación de la paternidad matrimonial, no se considera que exista mala fe en el ejercicio del derecho ni fraude de ley. No se aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a la madre biológica, ya que esta tenía conocimiento del procedimiento e intervino como testigo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de abril de 2012 77

No existe abuso de derecho porque el hijo ejercite la acción de reclamación de filiación paterna bastante tiempo después de conocer la verdad biológica y tras el fallecimiento del presunto padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de abril de 2012 80

Se desestima la acción de impugnación de la paternidad, ya que por haber contraído matrimonio con la madre la filiación reconocida se convirtió en matrimonial, por lo que el plazo de caducidad a aplicar sería el del año previsto en el art. 136 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de10 de mayo de 2012 82

Página

Guarda y custodia 84

El Tribunal Supremo solo puede modificar el sistema de guarda cuando el juez *a quo* no aplica correctamente el principio de protección del menor. No se accede a la custodia compartida al declarar probado la sentencia recurrida que las relaciones entre los progenitores eran conflictivas, pues solo se comunicaban vía sms.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012 84

No puede establecerse la custodia compartida cuando los progenitores no la han solicitado expresamente, dado que cada uno ha interesado que se le atribuyese la custodia exclusiva de los hijos.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de abril de 2012 88

El recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia para resolver qué modelo de custodia procede, dado que las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales tienen en cuenta las situaciones concretas de cada caso.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 2012 91

Vivienda familiar 94

Los hijos mayores de edad quedan fuera de la protección del artículo 96 del Código Civil aunque carezcan de independencia económica.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 94

Existiendo menores de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar les corresponde a ellos, sin que pueda entrar a valorarse si el interés del progenitor no custodio es el más necesitado de protección.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2012 96

Cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor, y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2012 98

En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso entre los cónyuges no puede atribuirse el uso de viviendas o locales distintos a aquél que constituye la vivienda familiar.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2012 100

Al no haber existido convivencia familiar en el domicilio privativo del padre, no puede atribuirse el uso a la madre y al hijo, ya que estos ocuparon la vivienda tras la ruptura y por un acto de mera tolerancia del padre.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012 102

Aunque no se haya solicitado, debe atribuirse el uso de la vivienda familiar a la hija y al progenitor custodio, sin que con ello se vulnere el principio de congruencia habida cuenta del carácter de ***ius cogens*** de la medida.
Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012 105

Página

Pensión compensatoria 107

Se confirma la extinción de la pensión compensatoria acordada por la Audiencia Provincial al considerarse acreditar la relación análoga a la marital, pues aunque la convivencia no fuese continuada bajo el mismo techo, el tercero acudía habitualmente a la vivienda e incluso se quedaba en ella muchos fines de semana.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012 107

Si los cónyuges pactaron una pensión compensatoria añadiendo que la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento del importe de la pensión a satisfacer por el esposo, debe mantenerse el pacto no impugnado en ningún momento con independencia de los ingresos que pueda percibir la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de abril de 2012 109

El régimen económico matrimonial no es determinante del desequilibrio económico, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2012 112

Litis expensas 114

No concurre derecho a litis expensas dado que al no existir bienes comunes, la esposa debió solicitar el beneficio de justicia gratuita para contestar la demanda de divorcio, pues, existiendo intereses contrapuestos, para la concesión del derecho sólo se valorarían sus bienes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de abril de 2012 114

Regímenes económicos matrimoniales 117

Habiendo pactado los cónyuges en el convenio regulador la venta de la vivienda y el reparto del precio de forma desigual, al no llevarse a efecto la venta, debe estimarse la acción de división de cosa común interpuesta por el padre frente a los hijos, atribuyendo a cada una de las partes el 50% del valor del inmueble, ya que no puede darse carácter de pensión compensatoria a la mayor parte del precio que se acordó que recibiría la madre, pues el pacto lo que reparaba era el desequilibrio que se ocasionase por la venta, que finalmente no tuvo lugar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2012 117

Uniones de hecho 120

Se declara que una finca rústica pertenece a dos personas que mantuvieron una relación sentimental aunque figuraba inscrita exclusivamente a nombre de una sola de ellas, pues se acreditó que la compra se hizo para ambos y que los dos aportaron dinero.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012 120

Página

Sucesiones 122

Nulidad de la compraventa celebrada entre la madre y uno de sus hijos al tratarse de un negocio simulado, no pudiéndose dar validez a la donación encubierta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012 122

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Guarda y custodia 125

Que el menor tenga tres años, o que el proceso de adaptación a la escuela no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio, no pueden constituirse en obstáculos para acordar la custodia compartida. Finalmente se opta por que el menor permanezca durante dos semanas con cada progenitor.

TSJ de Aragón, Sentencia de 25 de septiembre de 2012 125

No se considera un obstáculo para la custodia compartida que el hijo no haya alcanzado los tres años de edad, ni que el padre no haya concretado la organización cotidiana del menor sin delegar en terceras personas.

TSJ de Aragón, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 126

La mala relación entre los cónyuges no puede ser, por sí misma, un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas, pero sí se considera un factor decisivo para denegar este modelo de custodia que la hija mayor no haya aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, lo que no puede considerarse como un capricho de la menor sino como una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos.

TSJ de Aragón, Sentencia de 19 de octubre de 2012 131

La carrera musical del padre no debe suponer un impedimento para que se acuerde la custodia compartida, pues según ha manifiestado éste los conciertos a los que acuda se programarán en atención a la guarda del menor y además no son tantos a lo largo del año como para que pueda afectar a la vida familiar.

TSJ de Aragón, Sentencia de 26 de octubre de 2012 133

Régimen de visitas 135

Dada la edad de las hijas, que actualmente cuentan con quince años, se constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de una de ellas, por lo que indicar que la relación paterno-filial se desarrollará en la forma que padre e hijas acuerden no vulnera el derecho y obligación de los padres de visitas y relacionarse con los hijos.

TSJ de Aragón, Sentencia de 16 de octubre de 2012 135

Pensión alimenticia 136

No puede introducirse una condicionalidad a la prestación alimenticia de las hijas en función de una futura liquidación de los bienes comunes, fijándose en 600 euros

Página

hasta el momento anterior a la liquidación y en 400 euros posteriormente a dicha liquidación.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de octubre de 2012 136

Permaneciendo cada uno de los hijos mayores con un progenitor, para el cálculo de las pensiones alimenticias deben computarse todos los ingresos de ambos progenitores, si bien, en relación con la madre, para computar su capacidad económica habrá que tener en cuenta que la enfermedad que padece requiere la necesidad de que contrate a una tercera persona para la realización de muchas tareas.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 18 de octubre de 2012 137

Vivienda familiar 139

Se desestima la demanda de desahucio por precario interpuesta por el padre contra las hijas, dado que éste es un legatario (la esposa a su fallecimiento le legó el usufructo universal) pero las herederas universales son las tres hijas quienes, en razón de lo establecido en el art. 440 del Código Civil, disfrutan de la denominada posesión civilísima, sin interrupción, desde el momento de la muerte del causante, luego en modo alguno las herederas pueden ser consideradas precaristas.

TSJ de Galicia, Sentencia de 4 de septiembre de 2012 139

En la Sentencia de divorcio no puede modificarse el título constitutivo y cargar sobre uno de los cónyuges el pago íntegro de la hipoteca, además se considera una incongruencia *extra petita* acordar el pago exclusivo por parte del esposo imputando una parte a la prestación compensatoria por razón del trabajo que no ha sido solicitada en el procedimiento.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 140

Pensión compensatoria 142

Aunque la situación de desequilibro está fundada en parte por el abandono de la esposa del trabajo que realizaba para trasladarse a vivir a la ciudad donde residen sus padres, dicha actuación tiene una justificación razonada en la búsqueda de apoyo familiar del que carecía en el lugar de residencia del matrimonio, por lo que procede fijar una pensión compensatoria, si bien, dada la edad de la esposa, con una limitación temporal de cinco años.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 142

Cuestiones procesales 143

No cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así. En consecuencia, no procede declarar la nulidad de la sentencia que solicita el Ministerio Fiscal por no haberse practicado la exploración.

TSJ de Aragón, Sentencia de 19 de octubre de 2012 143

Página

Procedimientos de menores 146

Se confirma la inidoneidad de los solicitantes para la adopción de un menor de cinco años de edad, sin que sea obstáculo para ello que sí se hubiese concedido la idoneidad para la adopción de un menor entre cero y tres años, ya que según se desprende de los informes técnicos no estaban preparados para afrontar los problemas conductuales que pueden presentarse en la adopción de niños con más edad que ya son conscientes del desamparo sufrido y del desarraigo que comporta su traslado a otro país.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 26 de septiembre de 2012 146

División de cosa común 150

Si existe discrepancia entre las partes respecto a la propiedad del dinero existente en las cuentas comunes no puede estimarse la acción de división de cosa común que se acumuló al proceso de divorcio, debiendo las partes acudir al procedimiento declarativo para dilucidar sus pretensiones respecto a la titularidad y reparto de las cuentas y productos financieros.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de octubre de 2012 150

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Separación, divorcio y nulidad 154

Se desestima la acción de nulidad matrimonial solicitada por simulación para conseguir el permiso de residencia, al quedar acreditada la convivencia y la comunidad de vida existente entre ambos cónyuges.

AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2012 154

Patria potestad 155

Sólo en el supuesto de que el menor hubiera necesitado un internamiento, un tratamiento clínico continuado en el tiempo, una asistencia médica especial, más allá de la puntual cura que recibió en su momento, hubiese sido necesaria la comunicación al otro progenitor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de septiembre de 2012 155

Si no constan reiterados desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad no puede atribuirse el ejercicio exclusivo a la madre para decidir sobre las actividades escolares.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012 156

Dándose las condiciones para establecer la custodia compartida no procede autorizar a la madre el cambio de residencia a Inglaterra, pues ello impediría adoptar este modelo de custodia y además afectaría a la participación del padre en el desarrollo del menor, siendo intrascendentes las alegaciones de la madre en cuanto a la falta de arraigo y de trabajo en nuestro país.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012 158

Se acuerda conceder autorización judicial a la madre, a fin de que en el ejercicio de la patria potestad fije cautelarmente la residencia de sus hijos menores en España,

Página

estableciéndose un régimen de visitas a favor del progenitor paterno que reside en Paraguay.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 10 de julio de 2012 160

Guarda y custodia 161

La mala relación entre los progenitores no alcanza un nivel de hostilidad y las distintas costumbres, pensamiento y modo de vida de los dos progenitores tampoco pueden ser un obstáculo para que se acuerde la custodia compartida al ser el modelo preferente previsto por el legislador.

AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 161

Debe confirmarse la custodia compartida, pues la falta de atención al hijo que alega el padre lo es respecto a cuestiones meramente puntuales, como no llevarle al fútbol, pero siempre se ha ocupado de las cuestiones esenciales de su cuidado.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2012 164

Se opta por la custodia individual de la madre, pero se acuerda que todos los integrantes de la familia se sometan a una terapia psicológica.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2012 165

Viviendo cada uno de los progenitores en casa de sus respectivos padres, no se considera adecuado acordar la custodia compartida que por espacio de dos meses solicita el padre, dada la ausencia constante de referencias permanentes para la hija, cuya situación solo beneficia a los padres, que no tendrían que hacer cambio alguno. Por otro lado, el domicilio de los abuelos maternos es más amplio y permite que la niña desarrolle su intimidad en mejores condiciones que en el otro domicilio.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2012 168

La madre, en una situación de enamoramiento, fue capaz de abandonar a sus hijos dejándolos con el padre y situar su residencia tan alejada de sus hijos que impedía el mantenimiento de la relación; además, posteriormente incumplió la obligación alimenticia impuesta en auto de medidas provisionales, por lo que debe otorgarse la custodia al padre, que viene ejerciéndola desde el mes de marzo de 2010.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012 169

Establecida la custodia compartida en la anterior sentencia que adquirió firmeza al no formalizarse el recurso de apelación, se concede la custodia al padre al haberse trasladado la madre a Madrid por motivos laborales, siendo el deseo de los cuatro hijos permanecer unidos, no teniendo estos «decidido de manera firme su cambio de residencia».

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012 170

Tras la separación de hecho la menor quedó bajo la custodia de la madre, pero su inadecuado ejercicio dio lugar a que fuese declarada en desamparo, tras lo cual se reintegró la custodia al padre. No procede modificar esta atribución aunque la menor tenga una fuerte vinculación materna.

AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012 173

Página

No se cambia la custodia, ya que el episodio que provocó la presentación de la demanda queda reducido a un hecho, sin duda grave, pero aislado o esporádico, sin que ni siquiera se haya confirmado que la madre hubiera tenido ingresos hospitalarios anteriores a causa del alcohol.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de julio de 2012 174

Régimen de visitas 175

No pueden ampliarse las visitas cuando el padre no hizo caso del régimen que se fijó provisionalmente.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 175

Se pretende la fijación de un complicado y minucioso régimen de visitas y comunicaciones que parece responder más bien a los intereses o conveniencia del propio apelante que a las necesidades o intereses del menor.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2012 175

La falta de relación paterno-filial no justifica que la pernocta tenga lugar cuando el hijo cumpla cinco años, aunque sí parece razonable establecer un periodo de adaptación de tres meses.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012 176

Teniendo el menor una intolerancia al gluten, lactosa y pescado, y vistas las numerosas asistencias médicas que requirió, se acuerda mantener el régimen de visitas restrictivo hasta tanto el menor alcance la edad de ocho años, al quedar patente la falta de aptitud, capacidad y responsabilidad del padre para asumir los estrictos métodos alimenticios y sanitarios que requiere el hijo.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2012 177

Dado que el padre debe ocuparse personalmente del negocio que regenta, el régimen de visitas debe comenzar el sábado a las 15,30 hasta las 21,30 horas del domingo.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2012 179

Indicar en la sentencia que el padre puede ver al menor «cuando quiera preavisando a la madre» no es un régimen de visitas en el sentido estricto que establece el 94 del CC, pues no se establece qué días verá el padre a su hijo, ni cómo harán estas visitas, ni el tiempo que el padre podrá estar con su hijo, ni con quién pernoctará el menor en el caso de que el padre fuese a visitarlo a Italia.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012 180

Vivienda familiar 181

Se limita temporalmente el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales a pesar de que existen hijos menores de edad.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 181

La atribución del uso de los vehículos propiedad de los cónyuges es una cuestión ajena al procedimiento de divorcio.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012 184

Página

A pesar de que la esposa y los hijos se trasladaron a otra ciudad en la que desempeñó una actividad laboral, una vez finalizada la misma debe atribuírsele a ésta y a los hijos el uso de la vivienda familiar en la que quedó el esposo.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012 184

Aunque la vivienda permita habilitar el uso por plantas, por tener cada una de ellas todos los servicios, no puede olvidarse que deben compartir zonas comunes como es la entrada, por lo que para evitar situaciones indeseables no se acuerda atribuir el uso compartido.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012 186

No se aprecia en los cónyuges circunstancia alguna que aconseje la atribución en exclusiva del uso de la vivienda familiar. Ninguna trascendencia tiene a estos efectos la facilidad de uno u otro para vivir en casa de otros familiares.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2012 186

Procede atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre y al hijo hasta que alcance la mayoría de edad aun cuando los progenitores suscribiesen un convenio regulador estableciendo una limitación temporal de tres años, dado que dicho convenio no fue homologado judicialmente y la medida afecta a un menor de edad.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2012 187

Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa por su situación más necesitada de protección, no siendo obstáculo alguno que durante algunos meses al año se traslade a la vivienda de su hija en las Islas Canarias.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de julio de 2012 188

Al existir hijos menores es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 del CC. Dicha norma tiene carácter imperativo y solo puede ceder ante circunstancias excepcionales que desde luego no lo son el hecho de que el padre de la esposa tenga dos viviendas.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 25 de julio de 2012 189

Pensión alimenticia 190

El traslado unilateral de la madre a Suiza motiva que se reduzca la cuantía de la pensión alimenticia ante los importantes gastos de traslado que tendrá que realizar el padre para ver al menor.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 190

La beca de movilidad por importe de 6.065 euros, con exención de tasas de matrícula unido al descenso de los ingresos del padre justifican una reducción de la pensión alimenticia.

AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2012 191

Falta el requisito de la previsibilidad, en términos razonables, para fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia de la hija mayor.

AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2012 192

Página

Los trabajos ocasionales de verano no constituyen causa de extinción de la pensión alimenticia cuando la hija continúa en período de formación.

AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2012 193

No se considera gasto extraordinario la estancia de la hija mayor de edad en Malta para recibir un curso de inglés, dada la importancia del gasto en relación con el importe de la pensión alimenticia ordinaria y teniendo en cuenta que ya finalizó sus estudios de fotografía.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Auto de 25 de septiembre de 2012 194

El e-mail que envió el padre a la madre implica un asentimiento implícito en relación con los gastos extraordinarios que se reclama.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012 194

Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia por el nacimiento de una nueva hija del obligado al pago de la pensión.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012 195

Se condena a los hermanos a abonar una pensión alimenticia en favor de la madre que se encuentra ingresada en una residencia.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012 195

En la reclamación de gastos extraordinarios no pueden incluirse conceptos cuya justificación es un simple ticket y no recibo o factura, pues en aquel papel (que no documento) no se indica el beneficiario ni el concepto.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 19 de septiembre de 2012 197

El hecho de que la sentencia que constituye el título ejecutivo no contenga un pronunciamiento expreso sobre el pago por mitad de los gastos extraordinarios, no impide el despacho de la ejecución, pues se considera que existe un pronunciamiento implícito en el establecimiento de la pensión alimenticia.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 17 de septiembre de 2012 197

La cirugía para corrección de miopía y astigmatismo de la hija no puede considerarse que se trata de un gasto estético ni superfluo dado que a cierta edad, en que se estabiliza la perdida de visión, parece adecuado realizar un tratamiento quirúrgico, debiendo ser asumido el coste de la intervención por mitad por los progenitores.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 17 de septiembre de 2012 198

No puede oponerse el padre a la reclamación efectuada por la madre, pues consta acreditado que el hijo tuvo que desplazarse a Sevilla para cursar los estudios por no poder hacerlo en San Fernando, habiendo colaborado el padre en la búsqueda de un colegio privado.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 14 de septiembre de 20120 198

Página

Pensión compensatoria 199

No puede fijarse pensión compensatoria en favor de la esposa pues su situación de desempleo es coyuntural y además estamos en presencia de un matrimonio de escasa duración.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 199

Habiendo sido declarada en rebeldía la esposa no puede atenderse a la petición efectuada en el recurso de que se fije a su favor una pensión compensatoria.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2012 200

La pensión compensatoria no puede suponer el 50% de los ingresos del cónyuge obligado a su pago.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012 201

Aunque el matrimonio solo ha durado cuatro años, se fija pensión compensatoria por un periodo de tres años al quedar acreditado que la esposa, sin estar dada de alta laboral, estuvo trabajando en los negocios del esposo.

AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2012 202

La circunstancia de que la ex esposa nunca haya estado inscrita como solicitante de empleo no es motivo para extinguir la pensión compensatoria, pues consta que se dedicó permanentemente al cuidado de sus padres.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2012 202

Si los cónyuges pactaron el pago de la pensión compensatoria hasta el momento en que se vendiera la vivienda familiar, las dificultades del mercado inmobiliario para la venta del inmueble no pueden llevar al Juez a fijar un plazo temporal para su extinción.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012 204

Que la convivencia se interrumpiera un año antes de la presentación de la demanda no es razón suficiente para denegar la pensión compensatoria, máxime cuando durante este tiempo la esposa ha venido detrayendo de la cuenta común una suma mensual con la que cubría sus necesidades.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2012 205

Cuestiones procesales 206

No puede admitirse como prueba documental meros «pantallazos» de páginas de redes sociales al carecer de los mínimos requisitos de autenticidad.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 206

Fallecida la madre y estando debidamente atendido el hijo por quien fue pareja de la madre y por los abuelos maternos, no puede por vía del art. 158 del CC adoptarse una decisión tan trascendente, como es la solicitada por el padre biológico quien pide que se le reintegre al menor al ser el único titular de la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012 206

Página

No se admite a trámite la solicitud de jurisdicción voluntaria para conseguir la autorización del cambio de residencia de la madre e hijos, dado que se trata de una cuestión que debe resolverse en un procedimiento de modificación de medidas, pues afectará a las medidas que se acordaron en el divorcio.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 27 de septiembre de 2012 208

Aunque el actor en su demanda solicitó que no se fijase pensión compensatoria, la falta de reconvención expresa impide que pueda fijarse una pensión compensatoria a la demandada.

AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 208

Si el hijo mayor dejó de convivir con la madre durante dos años, aunque ahora haya vuelto al domicilio, la madre carece de legitimación para reclamar al padre una pensión alimenticia en un procedimiento de modificación de medidas.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012 210

Se declara procedente la solicitud de diligencias preliminares para conocer las calificaciones que han obtenido los hijos a efectos de interponer en su caso una demanda de modificación de medidas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012 211

Se estima la prejudicialidad penal, dado que se encuentran en trámite unas diligencias previas que pueden tener consecuencias en orden a la validez del matrimonio cuya disolución por divorcio se ha solicitado.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 20 de septiembre de 2012 212

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.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2012 213

Ejecución de sentencias 214

Para la normalización del régimen de visitas se acuerda que el grupo familiar se someta a la intervención del Centro de Atención a la Infancia, habida cuenta de la predisposición de los progenitores hacia dicha intervención.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012 214

Se estima la caducidad de la acción dado que ha transcurrido el plazo legal y por tanto no puede ejecutarse el pacto en virtud del cual se acordó la venta de la vivienda.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012 214

Si existe discrepancia entre las partes respecto a la propiedad del dinero existente en las cuentas comunes no puede estimarse la acción de división de cosa común que se acumuló al proceso de divorcio, debiendo las partes acudir al procedimiento declarativo para dilucidar sus pretensiones respecto a la titularidad y reparto de las cuentas y productos financieros.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012 215

Página

Atribuida la decisión sobre la elección del centro escolar al padre, habiendo optado este por matricular a la menor en un centro de enseñanza privada, a pesar de la oposición de la madre, no puede deducir de la pensión el importe de los honorarios de dicho centro, sin perjuicio de que inste el correspondiente procedimiento de modificación de medidas para adaptar las medidas a la nueva situación, pues el padre debió partir del mismo presupuesto anterior, esto es, la enseñanza pública.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012 216

El pacto de cesión de la mitad de la vivienda para el pago de las pensiones alimenticias futuras solo tiene el efecto de compensar las devengadas hasta la fecha en que se otorgó el acta de cesión, pero no respecto a las posteriores, dado que igualmente se pactó que la esposa se haría cargo de los vencimientos del préstamo hipotecario.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 27 de septiembre de 2012 217

Aunque el padre hizo un ingreso de 7.000 euros en una cuenta bancaria de la hija, se desestima la oposición a la ejecución por impago de pensiones, ya que dicha cantidad obedeció a un acto de liberalidad y no tenía la finalidad de cubrir las necesidades alimenticias propiamente dichas de la hija.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012 219

La circunstancia de que la empresa para la que presta sus servicios el padre le abone con retraso su salario no es motivo para no pagar la pensión dentro del plazo establecido en la sentencia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012 220

Regímenes económicos 221

No procede el pago de renta alguna de la esposa a la sociedad ganancial desde la eliminación de la atribución de uso de la vivienda ganancial, pues desde ese momento la vivienda pertenece a la comunidad postganancial y por lo tanto se rige por la normativa de la comunidad de bienes del art. 348 CC y en consecuencia concurre una titularidad compartida sobre la vivienda.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 septiembre de 2012 221

El préstamo que realizó al esposo su madre tuvo como destino atender los gastos de un viaje que hizo él solo, por lo que tratándose de una actividad lúdica no puede incluirse en el pasivo de la sociedad.
AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 222

El aval suscrito por los cónyuges en relación con el préstamo solicitado por los padres de la esposa para montar el supermercado explotado por los cónyuges solo puede incluirse en el pasivo si finalmente llega a realizarse por el impago de los prestatarios.
AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 222

No puede incluirse en el pasivo la cantidad en que se valoró el vehículo privativo del esposo con ocasión de ser entregado a cuenta para la compra de un nuevo vehículo ganancial, sino la parte correspondiente del importe actualizado del bien.
AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 223

Página

No puede incluirse en el activo de la sociedad un crédito frente a uno de los cónyuges por los gastos generados por matriculación y adquisición de material para cursar la licenciatura de derecho.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 223

A instancias de la Agencia Tributaria se declara la nulidad por simulación de las capitulaciones matrimoniales y de la liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012 224

El mero recibo de una entidad aseguradora en el que consta el pago a la esposa de una indemnización por un accidente de tráfico no puede ser base para incluir una partida de pasivo, pues no figura la forma de pago.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012 226

Procedimientos de menores 227

Procede confirmar la declaración de desamparo ya que, como indicó la psicóloga, la madre no podía con los hijos, lo que estaba íntimamente unido a la situación de violencia en el ámbito familiar, de ahí se deduce el constate absentismo escolar, las deficiencias a nivel alimentario, con problemas de sobrepeso importante y en general un verdadero problema de destrucción familiar con ausencia de jerarquía en las relaciones paterno-filiales, conflictividad en el entorno familiar y rechazo a la intervención de los servicios sociales.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 227

Se deniega la autorización solicitada para gravar mediante hipoteca la parte indivisa del inmueble propiedad del menor.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 26 de septiembre de 2012 229

No habiéndose cumplido el requisito de la convivencia con el adoptando antes de que cumpliese los catorce años no puede constituirse la adopción.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 10 de septiembre de 2012 229

Se confirma la declaración de desamparo, dado que la madre no tiene conciencia de problemas, los oculta o niega y por tanto no ve las consecuencias que puede tener para el bienestar psicológico de un menor de 22 meses de edad. No ha trabajado a nivel terapéutico los problemas que tuvieron origen en su infancia y arrastra una estructura anómala de personalidad, inmadura, con una falta de referencia e identificaciones, y vulnerable al abandono y a la falta de atención.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de julio de 2012 230

Filiación 232

La acción de responsabilidad extracontractual ejercida por quien figuró como padre hasta que se dictó la sentencia estimando la demanda de impugnación, está prescrita al interponerse después del año de conocer que no era el padre.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012 232

Página

Puede también considerarse como concluyente para descartar la paternidad la acreditación de la esterilidad o la incapacidad para la fecundación.
AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2012 235

Si la madre, reconociendo la relación sentimental, niega categóricamente que el actor sea el padre de su hija, es evidente que tiene los medios fiables para demostrarlo, tal y como es el sometimiento a la prueba biológica de su hija, a la que se ha negado tajantemente. Además, las fotografías aportadas acreditan que la relación se mantenía en la época de la concepción.
AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de julio de 2012 235

Uniones de hecho 237

Con independencia del inmueble que adquirieron ambos convivientes y que está siendo objeto de liquidación en otro proceso, no se reconoce a la conviviente más derecho económico que 8.500 euros que se corresponden con el importe de la motocicleta que se adquirió con su dinero y que finalmente aparece como propiedad del conviviente. La unión de hecho solo duró tres años y no hubo voluntad de constituir una comunidad de bienes, aunque pudiesen existir algunas cuentas comunes.
AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012 237

Se reconoce al conviviente de hecho un crédito consistente en la mitad del capital amortizado durante la convivencia del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda propiedad de su pareja, ya que deben compensarse los intereses del préstamo con el disfrute de la vivienda mientras duró la convivencia. Los pagos del préstamo se hicieron desde una cuenta común que se utilizaba para el pago de todos los gastos.
AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 27 de julio de 2012 239

Cuestiones penales 241

Se absuelve al padre del delito de coacciones dado que tenía atribuido el uso de la vivienda familiar, por lo que el hecho de que la madre no pudiese acceder a la vivienda no supone infracción penal alguna.
AP Valladolid, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 241

No recoger a los hijos en el día señalado para el régimen de visitas motivó la condena al padre por una falta del art. 618.2 del Código Penal.
AP Valladolid, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012 242

Se absuelve al padre del delito de abandono de familia por el que había sido condenado al faltar el requisito de procedibilidad por no haberse interpuesto la denuncia por los hijos ya mayores de edad y auténticos agraviados por el hecho.
AP Cantabria, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012 242

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

Guarda y custodia 245

Existe un ejercicio abusivo de la patria potestad por parte del padre a quien se le atribuyó la custodia, quien pretende anular la figura materna y provocar un síndro-

Página

me de alienación parental, por lo que se considera justificado el cambio de custodia en favor de la madre.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de Santander, Sentencia de 28 de septiembre de 2012 245

El requisito de que se produzca una modificación sustancial de las circunstancias del artículo 91 *in fine* y 775 LEC debe ser atemperado cuando de menores se trata, en la convicción de que el simple crecimiento y transcurso del tiempo en la vida de un niño ya supone en sí una variación de sus circunstancias que permite entender que lo que fue más idóneo en otro momento en el actual ya no lo sea y se puedan modificar las medidas acordadas en su día en aras al máximo beneficio de los hijos menores.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Valencia, Sentencia de 7 de diciembre de 2012 . 252

Al haber cumplido el padre la pena que le fue impuesta como autor de un delito de violencia de género, no existe ningún obstáculo para que pueda acordarse la custodia compartida.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Zaragoza, Sentencia de 21 de enero de 2013 . 254

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Protección de menores 263

No existe conflicto de intereses, y por tanto no es necesario el nombramiento de un defensor judicial, cuando en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la partición de herencia la viuda representa al hijo menor y las adjudicaciones de los distintos bienes se hacen en *pro indiviso.*

DGRN, Resolución de 2 de agosto de 2012 263

Aunque se realizaron las adjudicaciones conforme a la voluntad del causante, es preciso el nombramiento de defensor judicial para llevar a efecto la partición dado que la adjudicación del usufructo a la viuda y la nuda propiedad a los hijos menores resulta de la elección de una de las alternativas que concede la cautela Socini contenida en el testamento.

DGRN, Resolución de 4 de septiembre de 2012 264

Vivienda familiar 266

Se deniega la inscripción de la anotación preventiva de demanda en relación con la vivienda familiar, dado que figura inscrita a nombre de una sociedad mercantil, siendo indiferente que el esposo sea el administrador único de la misma.

DGRN, Resolución de 23 de noviembre de 2012 266

Regímenes económicos matrimoniales 267

No existe ningún obstáculo para inscribir la adjudicación pactada en el convenio regulador de la vivienda familiar que los cónyuges habían adquirido *pro indiviso* con anterioridad al matrimonio, toda vez que se trata de la vivienda familiar existiendo las dos causas onerosa y familiar perfectamente compatibles con el conte-

Página

nido de un convenio regulador aprobado judicialmente, que por ello es título hábil para la inscripción.
DGRN, Resolución de 7 de julio de 2012 267

No se puede liquidar parcialmente la sociedad de gananciales sin que previamente se haya producido la disolución.
DGRN, Resolución de 9 de julio de 2012 269

Es perfectamente válida la venta que en el convenio regulador se hace entre los cónyuges, pero habiéndose pactado el otorgamiento de la escritura pública, no es suficiente para su inscripción con la presentación del convenio regulador, siendo necesario bien el otorgamiento de aquella o la resolución judicial en fase de ejecución de sentencia que condene a la elevación de la escritura pública.
DGRN, Resolución de 5 de septiembre de 2012 270

Comunidad de bienes 272

Se deniega la inscripción de una Sentencia penal que, tras condenar al esposo por una insolvencia punible, declara la nulidad de la disolución de la comunidad de bienes que mantenía con su esposa, al no ser ésta parte en el proceso penal, siendo indiferente que interviniese como testigo.
DGRN, Resolución de 1 de agosto de 2012 272

Ejecución de sentencias extranjeras 274

Análisis de los requisitos que deben concurrir para inscribir en el Registro de la Propiedad una sentencia de divorcio extranjera en la que se contienen medidas sobre el destino de su patrimonio en España.
DGRN, Resolución de 27 de julio de 2012 274

SECCIÓN PRÁCTICA

CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INASISTENCIA DE LAS PARTES, DE LOS PROCURADORES Y DE LOS ABOGADOS A LA DILIGENCIA DE FORMACIÓN DE INVENTARIO 283

CASOS PRÁCTICOS 293

TRIBUNA ABIERTA

TRANSGRESIÓN DE DEBERES CONYUGALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Aurelia María Romero Coloma 301

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS 317

Página

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 323
Guarda y custodia 323
Régimen de visitas 325
Vivienda y ajuar familiar 326
Pensión alimenticia 327
Pensión compensatoria 328
Cuestiones procesales 329
Ejecución de sentencias 330
Regímenes económicos matrimoniales 331
Procedimientos de menores 332
Filiación 333
Uniones de hecho 333
Cuestiones penales 333

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA VIVIENDA FAMILIAR: ADJUDICACIÓN DEL USO. TERCEROS Y LIQUIDACIÓN: PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado

RESUMEN

La vivienda familiar: adjudicación del uso. Terceros y liquidación: perspectiva jurisprudencial

La vivienda familiar es uno de los elementos de discusión prioritarios en los procesos matrimoniales, entre otras razones porque suele ser sin duda el principal patrimonio del matrimonio, y más aún en la actual situación de crisis que estamos padeciendo, y donde el automatismo en la concesión del uso a los menores puede conllevar situaciones injustas.

Conocer qué se entiende por domicilio, a quién se le atribuye su uso, cómo y cuándo puede pedirse la modificación o extinción de este, la reclamación por terceros propietarios de la posesión, o su liquidación, serán los elementos que intentaré abordar en este trabajo, desde la perspectiva jurisprudencial, analizando las recientes sentencias del Tribunal Supremo dictadas en esta materia.

Palabras Clave: Atribución del uso e interés superior del menor, terceros, precario, comodato, gastos del domicilio, modificación, extinción, liquidación de la sociedad de gananciales o del proindiviso.

ABSTRACT

The family home is one of the priority discussion in matrimonial proceedings, not least because is usually undoubtedly the main assets of the marriage, and more so in the current crisis we are experiencing, and where the automatism in the concession use can lead to unfair situations.

Knowing what is meant home, who is credited with the use, how and when requested modification or termination, the third owners claim possession, or settled, will be the elements that I will try to address in this work in a jurisprudential perspective, analyzing the recent Supreme Court decisions handed down in this matter.

Key Words: Award of use and interest of the child, third, precarious, comodato, expenditures home, modification, extinction, liquidation of the conjugal partnership or undivided.

SUMARIO

I. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.

II. REGULACIÓN NORMATIVA.

1. Normas de protección frente al otro cónyuge.

2. Normas que protegen frente a terceros.

III. NATURALEZA JURÍDICA.

IV. GASTOS OCASIONADOS POR EL USO DE LA VIVIENDA.

V. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA.

1. Existencia de hijos menores.

A) Atribución al no custodio.
B) División material del inmueble.
C) Limitaciones temporales al derecho de uso. Uso alternativo de la vivienda.
D) Cuando el domicilio conyugal queda acreditado no es propiedad de los cónyuges.

2. Existencia de hijos mayores.

3. Inexistencia de hijos.

VI. EL DERECHO FORAL.

VII. PAREJAS DE HECHO.

1. Posición jurisprudencial sobre la atribución de la vivienda en las parejas de hecho.

VIII. LA VIVIENDA CONYUGAL Y SU LIQUIDACIÓN.

1. Régimen de separación de bienes.

2. Régimen de gananciales.

3. Venta del domicilio acordada en el convenio regulador.

A) Pactos puros y simple de venta del inmueble manteniendo sin liquidar la sociedad de gananciales.
B) Ausencia de pacto de mantener la indivisión (art. 400 CC).

4. Especial referencia a las *Viviendas de Protección Oficial.*

IX. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO.

1. Falta de ocupación de la vivienda.

2. La existencia de un pacto expreso establecido en el convenio regulador aprobado judicialmente.

3. Alcanzar los hijos la mayoría de edad.

4. La convivencia del progenitor custodio con otra persona en el mismo domicilio.

A) A favor de la extinción.
B) En contra de la extinción.

CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

En principio puede no haber duda sobre qué o cuál es el domicilio conyugal o familiar, pero la realidad es variopinta, y nos demuestra que no es tan fácil.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994** define la vivienda familiar como «*bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario*», ¿pero cuál?, la actual en la que reside la familia, la que acaban de adquirir y aún no se han trasladado o la segunda residencia que es más moderna.

Hasta la sentencia del Tribunal Supremo **de 9 de mayo de 2012**, existía la discusión de si la sentencia podría atribuir el uso de otros inmuebles, pero a raíz de la citada sentencia de unificación de doctrina se establece que, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso entre los cónyuges, no pueden atribuirse el uso de viviendas o locales distintos a aquel que constituye la vivienda familiar(1).

A tal efecto deberemos por consiguiente considerar la vivienda familiar aquella donde la familia reside de forma continuada en el momento de interponerse la oportuna demanda.

Expuesto lo anterior, podemos definir la vivienda familiar, tal y como hace la **SAP de las Palmas, Sección 3.ª, de 8 de septiembre de 2007**, citando otra de 17 de noviembre de 2005 que nos recuerda una definición de vivienda familiar, como *«el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa…) puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar».*

Particularmente entiendo que hemos de extender el derecho de uso de la vivienda a los aparcamientos, zonas comunes y trasteros del inmueble siempre que:

a) Constituyan anejos inseparables o complementos de la vivienda (AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de julio de 2010).

b) Siendo fincas registralmente independientes, estén en el mismo inmueble y pertenezcan a ambos (AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de junio de 2009).

No se extenderá a aquellos inmuebles registrales que sean propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o que, comunes, estén en otro edificio.

Evidentemente todo lo anterior será en caso de falta de acuerdo, pues las partes podrán llegar en el convenio a acuerdos de atribución de otras viviendas o inmuebles libremente.

(1) En ese mismo sentido ya se mostró la Audiencia Provincial de Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María de la Soledad Jurado Rodríguez: «Es inviable el primer motivo del recurso en el que se pretende que una sentencia de divorcio contenga el pronunciamiento de atribución del uso y disfrute de un inmueble que no constituía la vivienda familiar, no siendo este procedimiento tampoco el adecuado para determinar la naturaleza privativa o ganancial de dicho bien».

II. REGULACIÓN NORMATIVA

El artículo 96 del Código civil establece 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».*

Sin embargo, éste no es el único artículo que contiene en nuestro ordenamiento las referencias al uso del domicilio conyugal y la protección que el ordenamiento le ofrece; así tenemos el art. 39 CE —principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia—, o el apartado c) del art. 90 del CC en cuanto al contenido mínimo del Convenio Regulador.

La atribución del uso del domicilio y su protección legal podemos subdividirlos en dos bloques distintos: protección frente al otro cónyuge y frente a terceros.

1. Normas de protección frente al otro cónyuge

— **Art. 96.4 CC:** *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.*

— **Art. 1320 CC:** *Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial, con la sanción prevista en el artículo 1322 del mismo Código Civil, cual es la anulabilidad del acto.*

— **Art. 606 LEC:** ***Son inembargables** el **mobiliario** y el **menaje de la casa**, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.*

2. Normas que protegen frente a terceros

— **Art. 1373 CC:** *Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, En cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Si se realizase la ejecución*

*sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal. Por correspondencia el artículo **541 de la LEC**, que regula precisamente dónde y cómo proceder en este caso.*

— **Art. 144 RH:** *Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea **anotable** en el Registro de la Propiedad el **embargo de bienes inscritos** conforme a lo previsto en los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94 (esto es, inscrito como **bien ganancial o bien con presunto carácter ganancial)** deberá constar que la **demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges** o que, estando demandado uno de los cónyuges, **ha sido notificado al otro el embargo.***

*Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 (**bienes privativos)** el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor.*

Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.

Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla.

Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

— **El art. 15 de la LAU** regula la atribución de la vivienda familiar cuando ésta es arrendada y no es propiedad, exigiendo la notificación de la atribución al arrendador en el plazo de 2 meses desde la resolución judicial[(2)].

— **El art. 24 TRLAU de 1964** es aplicable a arrendamientos anteriores a la entrada en vigor de la LAU con una interpretación dada por los tribunales para salvar los problemas de omisión del caso, como realiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de marzo de 1999.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Llegados a este punto es preciso analizar si estamos en presencia de un derecho real o no.

Cierto que los perfiles de este derecho no están bien descritos ni en la ley ni en la jurisprudencia, debiendo recordar que el art. 96 del CC no crea un derecho de uso ilimitado a favor del progenitor custodio y los hijos menores.

Se discute por ejemplo si en caso de liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación del bien a un tercero, o inclusive al progenitor no custodio, desaparece dicho

(2) Sentencia de la audiencia Provincial de Barcelona de 29 de octubre de 2003.

derecho de uso o permanece como un *ius ad rem*[3] sobre la cosa, con eficacia *erga omnes* al menos hasta la mayoría de edad de los hijos o aun después, mientras mantienen su derecho a alimentos.

Por ejemplo, la **STS de 18 de abril de1994 afirmó el carácter real del derecho, y la STS de 29 de abril de 1994 lo negó**.

En general, se sostenía la primera tesis, de modo que que si la resolución judicial no limita temporalmente el derecho —bien fijando un término final o una condición resolutoria como el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales—, el derecho de uso se mantiene inclusive frente a terceros (*v.gr.* STS de 4 de abril de 1997).

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2004 establece que «(…) la jurisprudencia de esta sala ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí **como un "ius ad rem"»**.

El Tribunal Supremo, en **Sentencia de 27 de febrero de 2012**, ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges **no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros** (sentencias del Tribunal Supremo de 14 y de 18 de enero de 2010).

Se trata, en definitiva, de un derecho de naturaleza *sui generis*, oponible a terceros (Sentencia del TS de 11 de diciembre de 1992) sin que se extinga, aunque la propiedad de la vivienda pueda llegar a atribuirse a un tercero previa subasta pública (Sentencia del TS de 20 de mayo de 1993).

Derecho que es inscribible en el registro de la propiedad, conforme a la Resolución de 19 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Este «derecho sui géneris», donde suele intentar hacerse valer es en sede de gananciales y frente a terceros.

a) Fase de liquidación de gananciales:

En primer lugar he de indicar que la concesión del derecho de uso no impide ni liquidar la sociedad de gananciales[4] ni ejercitar la oportuna acción de división de cosa común[5].

En segundo lugar, el uso de la vivienda familiar no integra un crédito del titular frente a la comunidad, sino una medida de protección del interés más necesitado de protección, que no encaja, en definitiva, en ninguno de los conceptos del pasivo, que se contienen en el artículo 1398 del Código Civil, no constituyendo una carga de la extinta sociedad de gananciales sino una obligación personal que cada uno de los progenitores ha de prestar

---

(3) Diferencia con el *ius ad rem* o derecho a la cosa, mientras el *ius in re* es el derecho en o sobre la cosa.

(4) Atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa no existe ningún obstáculo para que se pueda liquidar la sociedad de gananciales y ejercitar la acción de división de la cosa común, llegando incluso a la pública subasta del inmueble, pero ello no afectará, mientras subsista, al derecho de uso que se estableció a favor de un cónyuge en la sentencia de divorcio (**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 1999**. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández).

(5) No extinción del derecho de uso de la vivienda a pesar de que en un procedimiento declarativo se acordó la división de la cosa común y la venta en pública subasta (**AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 1999**. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca).

proporcionando materialmente la habitación o el efectivo necesario para el cumplimiento de dicha obligación (AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011; AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de julio de 2010 y AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de enero de 2006 entre otras).

Sin embargo, la Sentencia del **Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de junio de 2007**, realiza la siguiente consideración a modo de *obiter dicta*: «*La atribución del uso de la vivienda a los hijos comunes* ***tendrá sus efectos en el momento de la valoración del inmueble a efectos de su venta en pública subasta en la que podrán participar licitadores extraños****»*.

Esto último podría aplicarse en caso de separación de bienes y ser la vivienda común. ¿Significa que es valorable?; ahí queda la duda. Hasta ahora no era así, pero el Tribunal Supremo no deja de sorprendernos.

Sorprendentemente, la Audiencia Provincial de Palencia, en sentencia de fecha 9 de noviembre de 2012, abre una nueva puerta y nos dice que se incluye en el activo de la sociedad de gananciales un crédito frente al cónyuge que tiene concedido el derecho de uso de la vivienda familiar, lo que finalmente tiene la consecuencia de que la esposa se adjudica un 43% del inmueble, mientras que el esposo se adjudica un 57%.

> «SEGUNDO.—En relación al tema que nos ocupa ya han quedado descritas en el anterior fundamento las posturas de las partes, posturas que no hacen sino que coincidir con los distintos criterios que doctrinalmente se sostienen al respecto, y que son los de considerar que el derecho de uso que en sentencias de separación, nulidad y divorcio se concede a uno de los cónyuges es una carga de la sociedad a descontar del activo patrimonial antes de la división de bienes; o bien que se constituye en activo y como tal debe de ser tenido en cuenta en la partición y liquidación de la sociedad en cuestión.
>
> Esta sala descarta que el uso en su día concedido a la ahora recurrente de la que fue vivienda familiar, pueda ser considerado como carga o deuda de la sociedad en cuestión, y para fundamentarlo se remite al artículo 1398 del Código Civil. Este artículo establece que el pasivo de la sociedad, es decir las deudas y obligaciones de la misma a satisfacer antes de la división de bienes entre los cónyuges, estará integrado por "las deudas pendientes a cargo de la sociedad; el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad, regla que se aplicará también a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad; y el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad, y, en general, las que constituyen créditos de los cónyuges contra la sociedad", y en ninguno de los conceptos que se describen puede incluirse el uso a que nos venimos refiriendo. Ello resulta de una interpretación literal del precepto, pero es que también es de tal parecer la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993, cuando afirma que el derecho de uso "no tiene la consideración de carga susceptible de devaluar el precio del bien, o como deuda de la Sociedad de gananciales", criterio que confirma la sentencia del mismo Alto Tribunal de 23 de enero de 1998, cuando rechaza la posibilidad de descontar el importe del derecho en cuestión antes de hacer la partición.
>
> Así las cosas la conclusión resulta inevitable, pues descartado que el derecho de uso a que nos venimos refiriendo pueda ser entendido como una carga de la sociedad, e independientemente de la naturaleza jurídica del mismo, cuestión discutida, y así también de que su

carácter personal dificulta calificarlo de derecho patrimonial, lo que es indudable es que tiene un contenido económico, aunque el derecho tenga el carácter de intransmisible. Tal contenido económico supone en el caso ventaja para el que disfruta el derecho, que lógicamente no tiene que hacer desembolso alguno para disfrutar de una vivienda, y desventaja para el que no disfruta del derecho, y para el que el impedimento del uso que la atribución al otro partícipe de la sociedad le supone, le conlleva necesariamente una minoración en su patrimonio ante la necesidad de proveerse de vivienda en que desarrollar actividades imprescindibles en su vida.

El derecho de uso concedido en sentencia matrimonial cuando nos referimos a una vivienda propiedad de la sociedad conyugal, supone que aquellas facultades que definen el derecho de propiedad, y de las que hacían uso los partícipes en la misma antes de la crisis conyugal, (facultades de usar, disfrutar y disponer) ya no pertenecen en su totalidad a uno de los partícipes en la propiedad, pues no tendrá la facultad de usar. De ahí que sea correcto no sólo incluir en el activo patrimonial el derecho de propiedad de la vivienda, derecho que hasta la liquidación de la sociedad lo es proindiviso, sino también de una de sus facultades, que es el derecho de uso a efectos de su valoración, que es de contenido económico como se ha dicho, y que sólo ostenta un partícipe. En consecuencia es correcto el cuaderno particional y la sentencia dictada, y el resultado de ello es que la valoración del derecho en cuestión se tenga en cuenta a efectos de la partición a realizar.

A lo anterior no se puede objetar a los efectos de lo que se resuelve en esta sentencia, que el derecho de uso que se concede no es sino un medio de satisfacción legal de la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela, pues aunque ello es así, no deriva de tal circunstancia que el derecho en cuestión no tenga contenido económico, y que la atribución que se hace no perjudique a aquel que se vea privado del uso de la vivienda, aunque la vivienda se conceda a aquel cónyuge que esté más necesitado de protección, y en todo caso al que se quede con la custodia de los hijos. Precisamente tales circunstancias no sólo sirven para la atribución de uso de la vivienda, sino también para determinar la cuantía de las pensiones alimenticias y compensatoria a satisfacer. Es decir la mayor necesidad de uno de los cónyuges y la protección del mismo o de los hijos, encuentran amparo en la regulación que se hace en el Código Civil de la separación, nulidad y divorcio matrimonial, pero no en la liquidación de la sociedad.

A mayor abundamiento de lo dicho, y aunque sea un artículo no aplicable analógicamente al caso, debe de citarse el contenido del 1408 del Código Civil, ilustrativo de la voluntad del legislador en una situación con concomitancias evidentes como la que se estudia. Dicho artículo dice que "de la masa común de bienes se darán alimento a los cónyuges, o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras dure la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajaran de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas"; es decir el legislador prevé la necesidad de alimentación a los cónyuges, aunque sea durante la liquidación de la sociedad conyugal, pero no a costa del otro cónyuge, sino de su participación en la sociedad conyugal, criterio que *mutatis mutandis* debe de ser trasladado a una situación como la que nos ocupa».

b) Terceros propietarios de la vivienda:

Como hemos expresado, el derecho de uso es oponible a terceros, pero no es un derecho real; por ello, los propietarios del inmueble podrán ejercitar la oportuna acción judicial para recuperar la posesión del inmueble.

El problema surge en determinar si la previa cesión del inmueble a los cónyuges lo fue en virtud de algún contrato (comodato) o como mera liberalidad carente de título alguno (precario).

La cuestión no es pacífica y ha suscitado contradicciones tanto en el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales como en el de las resoluciones del Tribunal Supremo que han abordado el problema.

Así, en un principio, la cesión de la vivienda de una persona a otra durante un tiempo y sin contraprestación comenzó a considerarse por el Tribunal Supremo como un comodato. La **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992** o la **Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994** señalaban que la cesión del uso de la vivienda que los padres realizan a su hijo y su familia no era equiparable al precario, sino al comodato, dado que se cedía con el objeto o finalidad de constituir allí su residencia familiar, de ayuda a la familia o al hijo.

Posteriormente, el Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre la cuestión en la **Sentencia de 26 de diciembre de 2005**, señalando en ella que **nos encontramos ante un precario**, y declarando que la atribución judicial del uso de la vivienda no es título suficiente para acreditar la posesión de la vivienda. Declara el Tribunal Supremo que la sentencia de separación o divorcio no puede afectar a terceros que no fueron parte en el procedimiento.

Esta es la línea[6] que se viene manteniendo de forma constante y unánime hasta las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2011 y de 30 de abril de 2011.

c) Pero la cuestión se complica con las atribuciones de guarda y custodia compartida con alternancia del uso del propio domicilio, pues como mantiene **la Audiencia Provincial de Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2010**, *«Se desestima la demanda de desahucio por precario interpuesta por la madre del esposo al considerarse la existencia de un comodato que mantiene su vigencia al haberse acordado la custodia compartida».*

Y mantiene, no con falta de criterio judicial, que *«… es cierto que desde la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 2 de octubre de 2008 se ha unificado la doctrina que considera que la ocupación de la vivienda por tolerancia de los padres de uno de los cónyuges no atribuye, en principio, derecho de uso alguno oponible a los propietarios, sino que se ha de considerar precario, sin que la atribución del uso hecho a favor de uno de los cónyuges por un Tribunal en procedimiento de familia tenga trascendencia frente a los propietarios, ajenos a dicho proceso. Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en otras muchas resoluciones, como las sentencias de dicho Tribunal de 30 de junio y 29 de octubre de 2009 y de 14 de julio de 2010.*

---

(6) Reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la citada Sentencia de 26 de diciembre de 2005, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008** pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión, sentando doctrina jurisprudencial que se expresa en los siguientes términos: *«La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».*

Ahora bien, ello no excluye que, en determinados casos, pueda darse un supuesto de comodato *(arts. 1740 y siguientes del C. c.), en cuyo supuesto sí tiene título el usuario, no pudiendo ser desahuciado mientras esté vigente dicho contrato. Como señala la sentencia del T.S. de 30 de junio de 2009,* ***el comodato exige que, aparte del uso genérico de vivienda propio de la cosa, se haya pactado "un uso concreto y determinado".*** *En el mismo sentido, la sentencia del T. S. de 13 de abril de 2009* ***aprecia la existencia de comodato, y no de precario, cuando "la propietaria permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso" por el hijo que era pleno propietario y pasa a ser nudo propietario al enajenar a la madre el usufructo.***

El supuesto tiene grandes analogías con el caso ahora examinado (el esposo que intervino en el acuerdo es nudo propietario de la vivienda), y la cuestión queda más clara en el presente caso porque el uso de la vivienda no se ha atribuido en exclusiva a la madre, sino que se ha pactado una custodia compartida del hijo menor y se prevé que los padres se alternen en su estancia en la casa para cuidar al hijo, correspondiendo al padre los fines de semana y el resto a la madre.

A todo ello hay que añadir que la actora, ahora apelante, al ser preguntada por el Letrado de la demandada durante su interrogatorio admitió que acompañó a su hijo al juicio de divorcio, que conoció lo que allí se pactó y que estuvo de acuerdo con ello, respondiendo afirmativamente cuando se le preguntó si le parecía bien lo acordado (minuto 26 de la grabación)».

d) La atribución de la vivienda arrendada:

En el supuesto que la vivienda familiar fuese una vivienda alquilada ante una crisis matrimonial, y el contrato fuera suscrito por uno solo de los cónyuges o conviviente, no existe ni problema ni modificación respecto a la atribución del uso, pues se aplica el art. 15 de la LAU, como ya hemos apuntado.

Esto significa que basta con poner en conocimiento del arrendador en el plazo de 2 meses la adjudicación de la vivienda a uno de los dos cónyuges.

IV. GASTOS OCASIONADOS POR EL USO DE LA VIVIENDA

Es preciso analizar ahora qué gastos son los que debe asumir el que ocupa y usa la vivienda domicilio conyugal y cuáles son comunes a los cónyuges propietarios de la vivienda, independientemente del régimen matrimonial.

Es unánime la jurisprudencia al entender que los gastos de consumo por suministros[7], aun cuando vengan a nombre del otro cónyuge, han de ser asumidos por el que utiliza la vivienda.

(7) Procede acordar el pago por mitad de los gastos, impuestos y gravámenes que afecten a la propiedad de la vivienda (amortización del préstamo hipotecario, IBI y cuotas de comunidad), recayendo sobre el cónyuge que usa la vivienda aquellos otros gastos de mantenimiento y uso de la vivienda (suministros de agua, luz, gas) que son prestaciones propias de la necesidad habitacional (AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Dolores Viñas Maestre).

Hasta ahora era común entender y obtener sentencias de distintas audiencias provinciales que indicaban que los gastos de suministro e impuestos[8] inherentes a la propiedad (IBI o seguro) eran asumidos por ambos al 50%, siendo normalmente del que usaba la vivienda los gastos de comunidad ordinarios, y los extraordinarios por mitad.

Sin embargo, todo esto ha cambiado, pues de conformidad con lo establecido por el Tribunal Supremo en **sentencias de 5 de noviembre de 2008 y 28 de marzo de 2011**, ambos cónyuges deberán sufragar por mitad la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar, así como el IBI, seguros y gastos de comunidad.

Criterio seguido por la AP de Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2011, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez, que impone el pago de los gastos comunitarios de la vivienda familiar a ambos ex cónyuges, en su condición de propietarios.

V. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

En este apartado hemos de distinguir cuando existan hijos menores, cuando éstos sean mayores de edad o la inexistencia de hijos.

1. Existencia de hijos menores

El artículo 96 del Código Civil, como hemos visto anteriormente, es taxativo y de obligado cumplimiento cuando existen hijos menores y no exista acuerdo entre las partes, de forma que el juez atribuirá el uso no al cónyuge, sino a los hijos menores.

No olvidemos que el progenitor con quien los hijos menores o mayores conviven y al que se atribuye, por tal circunstancia, el uso de la vivienda, es tan sólo un titular del derecho de uso indirecto o *per relationem*, en la medida en que sólo lo ostentará mientras tenga atribuida la custodia de los menores o los mayores continúen viviendo en su compañía.

Así establece el citado 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**»*.

Este automatismo en la concesión del uso existiendo menores o con la voluntad de los mayores de vivir en compañía de uno u otro progenitor es una rémora legal que debe ser modificada, no olvidemos, no por el juez, sino por el legislador.

En la práctica forense tenemos muestras de las injusticias que muchas veces se generan con la atribución automática del uso, y más aún tras las sentencias que hemos visto del Tribunal Supremo que obligan al propietario que no usa la vivienda a seguir abonando por mitad los gastos de hipoteca, IBI o comunidad, sin disfrutarla y provocando la asfixia económica del no custodio, de ordinario el padre.

En las actuales circunstancias de crisis económica se coloca al progenitor no custodio en un estado de precariedad económico-patrimonial que le impide rehacer su vida en condiciones aceptables para su dignidad personal.

---

(8) El pago del IBI y de los préstamos concertados deben ser sufragados por ambos cónyuges por partes iguales, al tratarse de levantamiento de las cargas familiares (AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D. ª María Inmaculada Suárez Barcena Florencio).

La aplicación obligatoria de este criterio decisorio para la atribución del uso de la vivienda familiar, como ha establecido el Tribunal Supremo de forma reiterada (**Sentencia del TS 284/2012, de 9 de mayo, entre otras**), con la finalidad y fundamento de garantizar en todo caso el interés del menor, ha dado lugar a notorias e innumerables injusticias.

Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse al respecto:

- ✓ Casos de propiedad privativa del progenitor no custodio.
- ✓ El progenitor custodio dispone de unos recursos económicos muy superiores a los del no custodio.
- ✓ O qué decir de los casos de convivencia marital sobrevenida del progenitor custodio con tercera persona en la vivienda familiar[9].
- ✓ Otro tanto ocurre en los supuestos en que la vivienda familiar común permitiría su división material, sirviendo también para proporcionar habitación al progenitor no custodio.

Ante estas situaciones parece que el Tribunal Supremo se va haciendo eco, con las limitaciones que el propio artículo 96 le impone, como veremos a continuación.

A) Atribución al no custodio

Tenemos **la sentencia del Tribunal Supremo 671/20012, de 5 de noviembre**, que se aparta justificadamente de la regla general de atribución del uso a quien se hubiera atribuido la guarda y custodia de la hija menor por haber adquirido la madre una vivienda quedando así cubierta la necesidad de alojamiento de la menor.

Pero cuidado, nos dice que, «Siendo la regla general la de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge al que hubiera sido atribuida la guarda y custodia de los hijos menores de edad, **existen dos factores que permiten excepcionar el principio general**. Uno de ellos es el carácter no familiar de la vivienda, y el otro, y el que en este caso ha sido tenido en cuenta, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, esto es, por poder habitar en otra vivienda idónea, tal y como así expresamente se contempla en el Código Civil catalán al establecer que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez podrá sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada».

B) División material del inmueble

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha **22 de enero de 2013**, si bien dictada al resolver la acción de división de cosa común en un régimen de separación de bienes, establece

(9) **Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12.ª,** sentencia de 3 de junio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo. Resumen: El recurrente solicita que «se pueda proceder las limitaciones del uso y disfrute de la vivienda para la esposa en tanto en cuento se mantenga la misma sólo si conviviera con los menores y no lo hiciera maritalmente con otra persona», pero ha de tenerse en cuenta que el uso se le otorga en función de haberle sido otorgada la guarda y custodia de los hijos, por lo que mientras tanto esta se mantenga continuara en el uso de la vivienda, y ello con independencia de que pueda no sólo convivir maritalmente con otra persona, sino, incluso, convivir con quien haya contraído matrimonio.

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

Anteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2012 asienta la doctrina por la cual «cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad» (Fundamento jurídico cuarto).

C) Limitaciones temporales al derecho de uso. Uso alternativo de la vivienda

Muchas han sido las sentencias de las audiencias provinciales que limitaban el derecho de uso de la vivienda(10), incluso existiendo menores, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, o hasta un determinado plazo. Incluso otras establecían el uso alternativo por años de la vivienda.

Sin embargo, el Tribunal Supremo vuelve a dar un varapalo, y dice que esas soluciones no son jurídicamente aceptables, y así lo ha manifestado de forma rotunda primero en la Sentencia de **14 de abril de 2011**(11), y luego en la Sentencia de **13 de julio de 2012**.

A pesar de ello, algunas Audiencias provinciales, como la de **Valladolid**, siguen manteniendo su criterio, y establecen que aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo impide limitar temporalmente el uso de la vivienda cuando existen hijos menores, ha de *fijarse con carácter temporal el uso del domicilio familiar cuando los recursos económicos de los cónyuges permiten garantizar a los menores un alojamiento adecuado y capaz de satisfacer sus*

---

(10) Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3.ª, 4 de junio de 2008.

(11) STS de 14 abril de 2011: *«El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat).* ***La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien****. Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto. Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los casos de separación/divorcio de parejas casadas. Dicha doctrina, que se repite, establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC».*

necesidades si se reparten el producto de la venta de la vivienda conyugal o si se adjudica, en la liquidación de la comunidad ganancial, a uno solo de ellos indemnizando al otro en la mitad de su valor (AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2011).

De forma similar se pronuncia la AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2012, al decir que aunque es clara la doctrina jurisprudencial en cuanto a no establecer ninguna limitación al uso de la vivienda cuando existen hijos menores, debe tenerse en cuenta que el progenitor custodio solicitó la atribución hasta la disolución del *pro indiviso* constituido sobre el inmueble, por lo que, si bien de forma excepcional, puede prescindirse de la proyección indiscriminada del art. 96 del CC cuando los hijos tienen ya asegurado el alojamiento.

D) Cuando el domicilio conyugal queda acreditado no es propiedad de los cónyuges

Supuesto novedoso es el contemplado en la **sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, qure unifica y pronuncia la siguiente doctrina:**

> «El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos».

En el citado caso la vivienda era propiedad del esposo en un 33% y de los padres de éste en un 67%, y que la poseen a título de precario, poseyendo los cónyuges otra vivienda que estaba en alquiler.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2013 vuelve a insistir que los terceros, en este caso los abuelos propietarios de la vivienda, no pueden asumir una carga que le corresponde a los padres, por lo que excepciona la aplicación automática del artículo 96 y atribuye otra vivienda privativa del esposo.

La referida sentencia nos dice literalmente:

> *«TERCERO.—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, precisamente 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 art. 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 malas 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 trámite 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».

2. Existencia de hijos mayores

El art. 96 del CC, al disponer del uso del domicilio familiar a favor de los hijos, dice: «y al cónyuge en cuya compañía queden»; se está refiriendo a hijos menores de edad y al cónyuge custodio, ya que los hijos mayores de edad al disponer de toda su capacidad legal no están obligados a vivir en el domicilio familiar ni sujetos a patria potestad ni a guarda y custodia.

Así nos lo recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia de **30 de marzo de 2012**, al decir que *«Los hijos mayores de edad quedan fuera de la protección del Art. 96 del Código Civil aunque carezcan de independencia económica»*, algo que ya mantuvo en la Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2011, otorgando en ese caso el uso al cónyuge por ser el más necesitado de protección.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de **30 de mayo de 2012**, nos excepciona un supuesto, cual es el del hijo mayor de edad e incapacitado. A los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, debe equipararse su situación a la de los menores de edad, procediendo en consecuencia concederles al hijo y la madre el uso de la vivienda privativa del padre.

3. Inexistencia de hijos

El artículo 96 del Código civil expresa que, *«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 hicieren aconsejable y su interés fuere el más necesitado de protección».*

Así pues, si no hay hijos, en principio, la vivienda es para el titular, salvo que el Juez estime, atendidas las circunstancias, atribuirlo al no titular por ser su interés el más necesitado de protección, aunque solo por el tiempo que prudencialmente se fije, y el titular solo puede disponer de la vivienda con el consentimiento del otro cónyuge o de la autorización judicial.

Cuando ambos esposos son titulares de la vivienda familiar, la titularidad no podrá tomarse en consideración en orden a la atribución de su uso a uno u otro de los cónyuges, y tendrá que estarse a las circunstancias y al interés más necesitado de protección, señalando un plazo prudencial a fin de no privar al no ocupante del ejercicio de la acción de división (artículo 400 CC)[12].

Puede incluso darse el uso alternativo de los ex esposos por intervalos temporales[13] de un año hasta que se practique bien la venta de la vivienda, bien la liquidación de la sociedad de gananciales, respondiendo a dichos períodos de tiempo cada uno de los usuarios de los gastos derivados del uso (luz, gas, electricidad, teléfono, etc.), en tanto que los que gravan la vivienda (IBI, cuotas de comunidad, seguros, etc.) sean abonados por mitad entre ambos titulares (**AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2011**. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez)[14].

VI. EL DERECHO FORAL

Más avanzado es el Código civil de Cataluña[15] de fecha 30 de diciembre de 2002, cuando establece, apartándose del automatismo del artículo 96 del Código Civil común, en el artículo 236.17:

> «Los progenitores determinan el lugar o lugares donde viven los hijos y, de forma suficientemente motivada, pueden decidir que residan en un lugar diferente al domicilio familiar».

---

(12) AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011.

(13) La sentencia de la **AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, de 26 de julio de 2012, Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco**, concede el *«uso de la vivienda familiar (…) a la esposa por un plazo de diez meses, transcurrido el cual deberá abandonar la vivienda y ponerla a disposición del esposo, sin perjuicio de lo que se acuerde en el proceso de liquidación de gananciales dado que se discute el carácter ganancial o privativo del inmueble».*

(14) No ostenta ninguno de los esposos un interés más digno de protección, pues ambos cuentan con medios de vida propios y muy similares y los dos padecen dolencias físicas o psíquicas que limitan su acceso al mercado laboral, por lo que la atribución del uso del que fuera domicilio familiar se hace a ambos esposos por períodos alternos de seis meses cada uno (AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de enero de 2011. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Inmaculada Suárez-Barcena Florencio).

(15) Artículo 231.3. «Domicilio familiar.—1. Los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente.

2. En caso de desacuerdo respecto al domicilio, cualquiera de los cónyuges puede acudir a la autoridad judicial, que debe determinarlo en interés de la familia a los efectos legales».

Además, el artículo 240.6. «Efectos de la extinción de las relaciones de convivencia respecto a la vivienda.—1. Si la extinción de las relaciones de convivencia se produce en vida de todos los convivientes, los que no sean titulares de la vivienda deben abandonarla en el plazo de tres meses.

2. Si la extinción de las relaciones de convivencia se produce por defunción del propietario de la vivienda, los convivientes pueden continuar ocupándola durante seis meses, salvo que hayan pactado otra cosa.

3. Si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del contrato, si es inferior. A tal fin, los convivientes deben notificarlo al arrendador, en el plazo de tres meses desde el fallecimiento del arrendatario».

Por su parte el Código civil de Aragón, de fecha 22 de marzo de 2011, es mucho más moderno y establece en su artículo 81:

> «Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.—1. **En los casos de custodia compartida**, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.
>
> 2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, **salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor**.
>
> 3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores **debe tener una limitación temporal** que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.
>
> 4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez **acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares**.
>
> 5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables».

En cuanto al uso de la vivienda, la valenciana Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, al regular el derecho de uso es más amplia que el CC, pues incluye otras posibilidades distintas a la simple asignación del uso, como puede ser la venta del inmueble, la compensación al otro, o la protección del que tenga más dificultades de acceso a otra vivienda, limitando temporalmente el uso de la misma o no adjudicándolo si el custodio tiene otra residencia.

> «Artículo 6.—Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
>
> 1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, **la preferencia** en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, **al progenitor** que tuviera objetivamente **mayores dificultades de acceso a otra vivienda**. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una **compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso**. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.
>
> 2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, **en ningún caso se adjudicará una vivienda,** aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, **si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar**. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso

de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda **tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso,** sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

5. **El ajuar** familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.

6. **Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar**, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso».

Quizás este sea el camino de la reforma que debemos seguir en el derecho común.

VII. PAREJAS DE HECHO

Analizaremos ahora cómo se atribuye el uso del domicilio común de los convivientes en caso de uniones de hecho.

Atendiendo a la normativa reguladora de las parejas de hecho, y centrándome en la **Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre**, conforme a ella las parejas de hecho pueden suscribir un pacto, que es lo recomendable, donde reflejen el régimen económico voluntariamente pactado entre sus miembros, convenir los efectos patrimoniales derivados de la disolución de la pareja de hechos tales como la distribución y adjudicación de bienes, atribución del uso de la vivienda y el ajuar, contribución a las cargas y alimentos, así como indemnización a favor de uno de sus miembros. Dicho pacto es inscribible en el registro de parejas de hecho.

La referida ley, y el resto de leyes, generalmente establece que los miembros de la pareja de hecho son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa.

En ausencia de pacto, y para el caso de fallecimiento de uno de los miembros, el que sobreviva tendrá derecho a residir en la vivienda habitual durante un plazo de un año.

A aquellas parejas de hecho «de hecho», es decir, aquellas que no queriendo regular su situación, o no pudiendo hacerlo, han constituido una pareja, en principio se les aplicarán las normas de las parejas de hecho.

1. Posición jurisprudencial sobre la atribución de la vivienda en las parejas de hecho

Que las uniones de hecho constituyen una realidad social reconocida por los tribunales es algo que se mantuvo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 y de 16 de diciembre de 1996.

Al igual que en el matrimonio, es preciso distinguir la atribución del uso del domicilio familiar en varias circunstancias, como cuando existe descendencia común o cuando no concurre descendencia.

Cuando existe descendencia común: se entiende aplicable a las uniones de hecho lo dispuesto en el art. 96 del CC, y así lo han mantenido tanto el Tribunal Supremo (SSTS de 16 de noviembre de 1996 y 10 de marzo de 1998) como la mayor parte de las audiencias provinciales (SAP de Barcelona de 25 de octubre de 1999, SAP de Baleares de 17 de julio de 2002 o SAP de Málaga de 10 de febrero de 2004, entre otras).

Cuando no existe descendencia común el Tribunal Supremo reconocía el derecho a usar el inmueble al compañero no propietario en sus sentencias de 6 de diciembre de 1996 y de 10 de marzo de 1998, sentencias en las que se fundaba no en la aplicación por analogía de las normas matrimoniales sino en el principio de «protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho»[16].

Pero la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011**[17] modifica nuevamente su criterio y así desestima el recurso de casación planteado por entender que hay que huir de la aplicación de las normas aplicables a la institución del matrimonio, pues a la pareja *more uxorio* no les son aplicables dichas normas, ni en virtud de la analogía, pues en ningún caso los convivientes quisieron contraer matrimonio.

---

(16) Como sentencias que se refieren a la atribución de la vivienda en los casos de parejas de hecho sin hijos, destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de junio de 2006 o la de la Audiencia Provincial de Gerona de 2 de octubre de 2002.

(17) *«La principal razón de la desestimación del motivo reside en la STS 611/2005, de 12 septiembre, que proclama: a) "[...] que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio —STC 184/1990 y la 222/92, por todas—, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias"; b) "Por ello debe huirse de la aplicación por 'analogía legis' de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio". Esta sentencia ha sido seguida por otras, especialmente las 160/2006, de 22 febrero; 1048/2006, de 19 octubre y 240/2008, de 27 marzo, sentencia esta a la que nos referimos a continuación. De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama "disímiles", para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio.*

2.º Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicará la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación, por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el Art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha citado.

3.º Antes se ha hecho referencia a la STS 240/2008, que resuelve un supuesto muy semejante, aunque la discusión se produjo entre el conviviente que ocupó el piso propiedad de su pareja premuerta y quienes pidieron la devolución fueron los herederos de ésta última. En esta sentencia se dice que "[...] no puede considerarse que el recurrente ostente ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda propiedad de la premuerta. No alega ningún título que justifique su posesión y le permita oponerla frente a la acción de desahucio por precario interpuesta por los titulares de la vivienda. Esta falta es determinante para el éxito de la acción ejercitada por los herederos". Esta doctrina debe aplicarse también al presente recurso».

VIII. LA VIVIENDA CONYUGAL Y SU LIQUIDACIÓN

1. Régimen de separación de bienes

Si la vivienda es el único bien existente, o uno de ellos, hemos de recordar que le será de aplicación la reforma introducida por la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, publicada en el BOE núm. 162, de 7 de julio 2012; en la Disposición final tercera establece:

> «Doce. Se añade una excepción 4.ª al apartado 3 del artículo 438, con la siguiente redacción:
>
> *"4.ª En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos"».*

Ahora los procesos de divorcio podrán acumular acciones de liquidaciones de proindiviso puras previas al matrimonio, en los regímenes de separación de bienes o mixtas, como puede ocurrir con las compras del inmueble que constituya el domicilio conyugal y que se pague con precio aplazado (artículo 1357 en relación con el 1354 del Código Civil).

Hasta ahí me parece acertado concentrar la litis en un mismo proceso y juzgado, pero los problemas procesales, sin duda, están por llegar.

Del mismo modo, el legislador parece que da un paso más, y sin modificar el código Civil (artículos 404 y 1062, párrafo 2.º, del Código Civil), parece que intenta evitar que estas acciones de liquidaciones de proindiviso terminen en una absurda subasta, de forma que estipula: *«Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos»*, es decir, abre la posibilidad de hacer lotes y compensar.

Pero lo que no dice la reforma, que entró en vigor el 27 de julio de 2012, es si el Juez se convierte en contador partidor, designa los peritos y hace los lotes a su libre albedrío, o si, conforme a los artículos 404 y 1062,2 del Código Civil, la oposición de uno de ellos a adjudicarlos y compensar la diferencia al otro ha de ser respetada, o de si es objeto del proceso judicial valorar los bienes y discutir sobre su importe, o si esto es materia de ejecución.

En este punto, entiendo que la reforma va en la línea marcada tanto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2011 comentada anteriormente (BOE núm. 306, de 21 de diciembre), como por la ya por marcada por el Tribunal Supremo y algunas Audiencias, que entendían que ha de evitarse tanto la adjudicación en proindiviso como la subasta de los bienes cuando estaban liquidándose los gananciales, pues como el propio texto legal indica el juez hará lotes y los adjudicará (STS, Sala 1.ª, 104/1998, de 16 de febrero de 1998, Ponente: Francisco Morales Morales; AP Madrid, Sec. 24.ª Sentencia de 4 de junio de 2010, Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Rosario Hernández Hernández; AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de junio de 2009, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flores Menéndez; AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2007, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Rafael Pedrosa López; AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2007, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro).

2. Régimen de gananciales

Cuando exista un solo bien, normalmente la vivienda conyugal, el contador partidor podrá, a mi modo de ver, adjudicar el bien a uno de los cónyuges compensando al otro en metálico. Esta afirmación la entiendo aplicando los artículos 1057 y 841 del Código Civil, dado que el contador partidor, aquí, asume la función de contador partidor dativo. De no aplicarse estos preceptos, si sólo hacemos uso del artículo 1062 del CC, el otro cónyuge podría oponerse solicitando la venta en subasta pública(18).

Para los casos en que, a pesar de lo anteriormente expuesto, se adjudicaran los bienes en proindiviso, es recomendable la lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada con fecha 21 de noviembre de 2011 (BOE núm. 306, de 21 de diciembre), siendo ponente D.ª Elisa Pérez Vera(19).

Dicha sentencia analiza si en un supuesto de división de cosa común, al declararse desierta la subasta de un bien en proindiviso, el ejecutante tiene las facultades previstas en el artículo 671 de la LEC. Critica esta sentencia la regulación de los artículos 400 y siguientes del Código Civil, y en aras de evitar mayores perjuicios nos dice en su fundamento de derecho cuarto que,

---

(18) **Respecto de la adjudicación en proindiviso al 50% no es una solución jurídica aceptable**, y ello conforme a las siguientes sentencias del TS y Audiencias provinciales (**STS, Sala 1.ª, 104/1998, de 16 de febrero de 1998**, Ponente: Francisco Morales Morales; AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 4 de junio de 2010, Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Rosario Hernández Hernández; AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de junio de 2009, Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Florez Menéndez; AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2007, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Rafael Pedrosa López; **AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2007, Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro**).

(19) La sentencia señala que la resolución impugnada parte de una premisa patentemente errónea, como es la asimilación de la figura del cónyuge que solicita la liquidación del bien común con la de un «acreedor», y, en sentido contrario, la de aquel otro que no ha tomado la misma iniciativa como un «deudor» de aquél. Como consecuencia de ello se llega a un resultado absolutamente desproporcionado e irrazonable, al permitir la adjudicación de la vivienda en común, cuya propiedad pertenecía al marido sólo en una 5/12 porción, por un precio total, descontadas las cargas del inmueble, de 600 €, cuando la vivienda estaba tasada, sin cargas, en la cantidad de 177.722,63 €.

Añade la sentencia que *no cabe asimilar en pura lógica los papeles de «acreedor» y «deudor» entre cónyuges que están liquidando un bien común, como si uno de ellos fuera el obligado y otro el titular del derecho, sólo porque formalmente uno ha pedido la liquidación-ejecución y por ello reciba el trato de «ejecutante»* incluso cuando, como en este caso, el otro se opone a esa ejecución. Que la LEC prevea que en los casos de ejecución de obligaciones dinerarias y donde se subasta un bien inmueble, a falta de posturas suficientes no se le deba causar más perjuicios al acreedor, permitiéndole la adjudicación del bien por una cantidad igual o superior al 50% del valor de tasación o por lo que se le «deba por todos los conceptos» (art. 671 LEC —La Ley 58/2000—), es una medida que se justifica, precisamente, en la óptica de un proceso seguido para el cumplimiento de una obligación que un sujeto tiene contraída frente a otro. Sólo por eso puede entenderse el sacrificio que entraña una sensible desvalorización del bien mediante esa adjudicación, último remedio para no seguir prolongando una espera que sólo uno de ellos sufre, por responsabilidad del otro.

Sigue afirmando la sentencia que tal situación nada tiene que ver con la liquidación de un bien matrimonial, donde ambos son titulares del bien inmueble y ambos se ven sujetos a su conversión en dinero. Si bien en principio resultan aplicables las reglas de la subasta previstas en la LEC, ello ha de serlo hasta el punto en que resulte razonable la asimilación. No, precisamente, en el punto de adjudicar el bien al cónyuge ejecutante por un importe irrisorio con el que se vendría a dar por satisfecha una deuda como tal inexistente, confundiendo en definitiva, con ello, el ámbito de las relaciones familiares y la división del haber común matrimonial, con el de las obligaciones pecuniarias.

Advierte que, si bien el inmueble no logró subastarse porque no se realizaron posturas, existen en la LEC otras formas articuladas para su realización forzosa, que no consta que hubieran sido siquiera exploradas por las partes ni sugeridas por el ejecutante. En su defecto, la propia ley prevé la celebración de una nueva subasta.

La sentencia acaba destacando la irrazonabilidad de la decisión adoptada, vulnerándose de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE —La Ley 2500/1978—), en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada.

> *«Si el bien inmueble no lograba subastarse porque no se realizaban posturas,* ***existen otras formas articuladas en al ley de enjuiciamiento civil vigente (venta privada, intervención de entidad especializadas: arts. 640 y 641) para su realización forzosa,*** *que no consta hayan sido siquiera exploradas por las partes ni sugeridas por el ejecutante. En su defecto, la propia ley prevé la celebración de una nueva subasta».*

En el caso de autos la que se colocó en calidad de «ejecutante», no siéndolo procesalmente, se adjudicó el bien en 600 euros, algo que el TC no permite por entender que dicha decisión es irrazonable y vulnera el artículo 24 de la Constitución.

Pero nuevamente el Tribunal Supremo, esta vez de la mano como ponente de D. José Antonio Seijas Quintana (del que seguro seguiremos hablando, pues parece ha recibido el testigo que dejara D.ª Encarnación Roca), insiste en que **la acción de división de cosa común** en regímenes de separación de bienes, y entiendo yo aplicable a los gananciales, **no puede sujetarse a la literalidad de las normas de la división de cosa común y proceder siempre a la subasta del bien**. Nos recuerda que, impuesta la necesidad de división de la cosa común, ésta puede hacerse de distintos modos, y no siempre acudiendo a la subasta del bien, como ya he indicado.

Insiste el Tribunal Supremo en la doctrina de que la división, para el Código civil, ***no significa solamente división material, sino que comprende la división en sentido jurídico***, y así en **la Sentencia de 22 de enero de 2013** nos dice textualmente:

> *«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)».

En el caso citado, se acuerda dividir materialmente el bien en dos plantas atribuyendo una a cada cónyuge y respetando el uso concedido en la sentencia.

En **la posterior sentencia de 5 de febrero de 2013**, Seijas Quintana nos indica además 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 pública subasta, si es que se consigue en estas condiciones, va a impedir al esposo, partícipe 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».

Tanto en la sentencia de fecha enero de 2013 como en la de febrero, el Tribunal Supremo respeta la atribución del uso concedido en la sentencia dictada en el proceso matrimonial, y lo curioso de ambas resoluciones es que obedecen a procesos judiciales ordinarios interpuestos en regímenes de separación de bienes, pero las argumentaciones jurídicas esgrimidas respecto de la división material de los bienes son aplicables también a los cuadernos particionales en sede de gananciales o de herencias. Por ello tomemos nota de ellas y recordemos que la solución que ha de darse en estos procesos de reparto de bienes entre copropietarios debe ser sobre todo eficaz y práctica, evitándole a las partes perjuicios innecesarios, pues ya tenemos más argumentos legales con estas nuevas resoluciones.

3. Venta del domicilio acordada en el convenio regulador

Es habitual encontrarnos con convenios reguladores en los que se acuerda por los cónyuges la venta del domicilio conyugal, se establecen cláusulas penales, precios mínimos de venta, sanciones, etcétera.

Para complicar más aún el contexto, hay veces que se mantiene sin liquidar el bien en los gananciales, y en otras se liquida y adjudica en proindiviso, olvidando en la mayoría de las veces establecer una renuncia a la liquidación de la sociedad de gananciales o un pacto de indivisión.

Todo esto, y siempre ateniendo a cómo esté redactada la cláusula, hará que el pacto pueda ejecutarse con complicaciones, o que aquella sea del todo imposible.

Distinguiré algunos tipos de cláusula y la respuesta dada por los tribunales.

A) Pactos puros y simple de venta del inmueble manteniendo sin liquidar la sociedad de gananciales

Que las referidas cláusulas del convenio carecen de fuerza ejecutiva ya lo ha sostenido nuestra Audiencia Provincial en el Auto de fecha 2 de marzo de 2005, sección sexta, siendo ponente D. Antonio Alcalá Navarro, en un asunto muy similar al que nos ocupa.

La resolución aborda una ejecución de sentencia que insta el esposo solicitando la ejecución del acuerdo contenido en el convenio, en el que se adjudicaron los cónyuges a cuenta determinados bienes y estipulaban la fórmula para vender la vivienda conyugal y otro inmueble más. En dicho convenio no se acordó la liquidación de gananciales.

Opuesta la esposa a la ejecución la Sala acuerda estimar la oposición a la ejecución de obligar a vender el inmueble; la Sala acuerda que efectivamente ese proceso no es el oportuno, sino que hay que acudir a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Y al efecto literalmente establece:

> «Es claro que las normas dadas para que se facilite la venta de la vivienda, que queda en poder de uno de los cónyuges, no convierte a ésta en un fin en sí, como ha interpretado la parte ejecutante, sino unos acuerdos específicos para ese bien dentro del marco de la liquidación general de la socedad de gananciales de la que es, con creces, su valor más consistente, y no puede ser realizada independientemente, sino en el contexto de la liquidación de la sociedad conyugal (…), **motivo por el cual no es adecuado el procedimiento del artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino el de la liquidación del régimen económico matrimonial de los artículos 806 y siguientes del mismo texto legal**».

En igual sentido se ha pronunciado sobre la falta del carácter ejecutivo nuestra Sección sexta de la Audiencia provincial en el Auto de fecha 4 de mayo de 2009, siendo ponente D.ª Soledad Jurado Rodríguez, en el cual se establece que, *«en virtud de este precepto la aprobación que la posterior sentencia de separación o divorcio haga de lo pactado en el convenio regulador no se extiende a todos los acuerdos a los que hayan podido llegar los cónyuges en virtud del principio de la autonomía de la voluntad sino que, por el contrario la aprobación tendrá solo el alcance a las cuestiones que se relacionan en dicho precepto».*

De ahí que cuando la Sentencia aprueba el convenio regulador, *«dicha aprobación no alcanza a pactos entre las partes ajenos a las medidas que el juez puede adoptar en un procedimiento de separación o divorcio, materias que deberá(n) dilucidarse en el oportuno procedimiento».*

Pero es más, el propio Tribunal Supremo, en la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2006, siendo ponente D. Antonio Salas Carceller, nos expresa que, ante la imposibilidad de llevar a cabo la venta de un inmueble pactada en el convenio regulador, lo que procede es la acción de división de cosa común.

Así, nos expresa en el fundamento de derecho séptimo:

> «SÉPTIMO.—El noveno de los motivos del recurso denuncia, por la vía del artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 392 del Código Civil, en tanto que dicha norma dispone que la comunidad de bienes se regirá por las prescripciones del Código Civil sólo a falta de contratos o de disposiciones especiales, sosteniendo la parte recurrente que en el caso existía un contrato entre las partes que excluía la aplicación de las normas legales sobre división de cosa común. Efectivamente las partes convinieron en realizar la venta del inmueble privadamente y a partir de un precio mínimo, pero una vez que ello no se ha conseguido, como claramente queda demostrado mediante la prueba practicada, por razón además de depender de un tercero (comprador), no puede descartarse la posibilidad de que cualquiera de los interesados inste la aplicación de las normas legales del Código Civil sobre división de cosa común, como así ha sucedido, pues lo contrario crearía además una situación injustamente beneficiosa para la parte que ostenta la posesión y disfrute de la vivienda, en este caso el demandado.
>
> En consecuencia ha de ser rechazado este motivo noveno, al igual que el décimo que, con iguales razonamientos, viene a sostener la indebida aplicación de los artículos 400 y 404 del Código Civil dada la existencia del citado pacto entre los cónyuges e incluso el convenio entre los condueños para que se adjudicara la vivienda a uno indemnizando al otro, lo que en forma alguna puede aceptarse como cierto a la vista de la prueba practicada».

Por consiguiente, **no se trata aquí de una alteración de lo pactado en las medidas acordadas en convenio ni de la propia liquidación de la sociedad conyugal, pues lo acordado por las partes fue proceder privadamente a la venta del inmueble si se obtenía determinado precio por él**, para lo que resultaba necesario el concurso de un tercero, ***sin que en consecuencia se tratara de un acuerdo directamente ejecutable***. El hecho de que las partes, en un plazo ya dilatado, no hayan podido obtener su propósito de venta en determinadas condiciones faculta a cualquiera de ellas para instar, como así se ha hecho sin oposición de la hoy ejecutante, la fase de inventario en el proceso de división de patrimonio, y seguiremos con la siguiente fase de liquidación, pues evidente, como ha quedado acreditado con los burofaxes cruzados que no existe voluntad de proceder de mutuo acuerdo a la venta, no solo por el tiempo transcurrido, sino por la dificultad de poner precio al inmueble.

B) Ausencia de pacto de mantener la indivisión (art. 400 CC)

Si no se establece en el pacto de venta de forma expresa y clara la intención de mantener la indivisión del bien[20], hasta la venta o, de no liquidar la sociedad de gananciales, durante

(20) Máximo 10 años, conforme al art. 400.2 CC.

un determinado plazo, la jurisprudencia entiende que la única posibilidad es acudir, como hemos visto antes, a la liquidación de gananciales, o instar la acción de división de cosa común.

En ese sentido se muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de julio de 2011.

4. Especial referencia a las *Viviendas de Protección Oficial*

Sin perjuicio de las sentencias recaídas estimando la validez civil del sobreprecio en las enajenaciones de las viviendas de protección oficial (*vid*. SSTS de 3 de septiembre de 1992 —Ar. 1992, 6882—, 4 de octubre de 1992 —Ar. 1992, 7557—, 4 de junio de 1993 —Ar. 1993, 9998 —), cabe plantear si en la liquidación de la sociedad de gananciales habrá de estarse al precio máximo señalado por la Administración o al que resulte del informe pericial conforme a precios de mercado.

Las primeras sentencias del Tribunal Supremo iban encaminadas a determinar el valor real de mercado[21]; posteriormente se modifica el criterio, que es el que actualmente está vigente en la **STS de 4 de abril de 2008**.

Dicha sentencia recoge la evolución y discrepancias doctrinales en esta materia, por lo que sienta la siguiente doctrina jurisprudencial:

a) La vivienda no descalificable: Por el valor oficial de venta.

b) La vivienda descalificable —dice el TS— debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado, porque en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales la vivienda no es de libre disposición, aunque, debido a su naturaleza, lo será en el tiempo establecido en el concreto plan, que ambos cónyuges conocen. Por tanto, «en los casos de vivienda descalificable se aplicará el valor del mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección».

La **Audiencia Provincial de Huesca, Sec. 1.ª, S. de 26 de mayo de 2009, núm. 93/2009, rec. 283/2008, Ponente: Santiago Serena Puig**, nos facilita la forma de hacer el cáclulo; así, nos dice:

> «PRIMERO.—El único motivo de recurso es la valoración que deba darse a la vivienda en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial. Se trata de una vivienda acogida al régimen general de vivienda protegida, que no se puede transferir a terceros ni descalificar como vivienda protegida hasta pasados 15 años desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que no se cumplirá hasta el año 2011, según se deduce del informe pericial (folios 134 y siguientes). El coste de la descalificación no podrá hacerse hasta cumplido el plazo legal y dependerá de las ayudas que haya tenido, por tanto, no puede fijarse por falta de datos. Para resolver este recurso, consistente en cuál ha de ser el valor de la vivienda de protección oficial incluida en el inventario de los bienes, hemos de seguir la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2008, que

(21) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1995.

dice: "para proceder a la valoración en la liquidación de los gananciales, de las viviendas de protección oficial debe partirse de un dato imprescindible, cual es la posibilidad de que en un plazo determinado dicha vivienda deje de tener la condición de vivienda protegida y sea, por tanto, descalificada, para entrar en el mercado libre. De aquí que: 1.º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial. 2.º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado, porque en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, la vivienda no es de libre disposición, aunque debido a su naturaleza, lo será en el tiempo establecido en el concreto plan, que ambos cónyuges conocen. Por tanto, en los casos de vivienda descalificable se aplicará el valor del mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección". Procede, de acuerdo con esta doctrina, calcular cuál es la disminución que haya de aplicarse, por lo que, a falta de otros datos, partimos de los 147.500 euros que el informe pericial señala como valor de mercado de la vivienda, y de los 101.539,62 euros como vivienda protegida. Teniendo en cuenta que faltan dos años hasta que pueda ser descalificada, consideramos que debe asignársele un valor de 141.372 euros. Para llegar a esta cantidad hemos tenido en cuenta la diferencia de valores dividida por los 15 años de duración del plazo durante el que no puede ser descalificada. El activo debe quedar fijado en 174.944,88 euros, la diferencia con el pasivo (22.938,89 euros) es pues de 152.005,99 euros, la mitad que corresponde a cada uno es, por tanto, 76.002,99 euros. Dado que los bienes adjudicados a Augusto ascienden a 1.126,82 euros, la diferencia a su favor es de 74.876,27 euros, cantidad que deberá satisfacer Sonsoles, de conformidad con lo señalado en la sentencia, que ha ganado firmeza en los pronunciamientos no recurridos».

De ahí podemos extraer la siguiente fórmula:

PM – PA / TT × TR = Importe a deducir del PM

Donde: Precio de Mercado (PM); Precio máximo Administrativamente fijado de venta en el momento de liquidación (PA); Tiempo total en que ha de estar sometida la VPO a dicho régimen (TT); Tiempo restante para poder ser descalificada (TR)[(22)].

Ejemplo práctico:

Vivienda de VPO sometida a dicho régimen por 20 años (TT).

Tiempo restante para poder ser descalificada: 7 años (TR).

Precio de mercado: 150.000 euros (PM).

Precio máximo administrativamente fijado de venta en el momento de la liquidación: 100.000 euros (PA).

La fórmula sería: PM – PA / TT × TR = Importe a deducir del PM.

En números: 150.000 – 100.000 = 50.000 / 20 = 2.500 × 7 = 17.500.

150.000 – 17.500 = 132.500 euros, que sería el valor a aplicar a la VPO en el momento de la liquidación.

(22) Fórmula matemática elaborada por el compañero Roberto García Alfonso.

IX. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO

Ya hemos visto que ni la extinción del proindiviso ni la liquidación de gananciales conllevan la extinción del derecho de uso, por consiguiente analizaremos otros supuestos para determinar cuándo se extingue éste:

1. Falta de ocupación de la vivienda

Se deja sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, dado que la madre y el hijo residen en otra vivienda, donde se han empadronado, con el compañero sentimental de aquella, careciendo de eficacia la alegación de que el empadronamiento solo ha sido a efectos de obtener una plaza escolar, pues además del bajo consumo en suministros en la vivienda familiar, la diligencia de emplazamiento se practicó en el nuevo domicilio (**AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia e 19 de mayo de 2010**. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro).

Se extingue la atribución del uso, ya que la madre y los hijos se han trasladado a residir a otra ciudad, no pudiendo amparar el art. 96 del CC el uso ocasional o esporádico. *No obstante, dicho pronunciamiento no implica que el uso deba concederse al padre, sin perjuicio de que la ex esposa o el ex esposo puedan hacer uso del inmueble como copropietarios* (**AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de julio de 2012**).

Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios (la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja), procede dar por extinguido el derecho de uso. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido propuesto por la madre sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC (**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2011**).

2. La existencia de un pacto expreso establecido en el convenio regulador aprobado judicialmente

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011.

3. Alcanzar los hijos la mayoría de edad

Esto, como hemos visto anteriormente, no es causa de extinción.

Al ser los hijos mayores, la atribución y el mantenimiento del derecho de uso debe hacerse al margen del derecho de alimentos de aquellos, siendo de aplicación la regla tercera del art. 96 del CC (AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 13 de julio de 2012).

4. La convivencia del progenitor custodio con otra persona en el mismo domicilio

Este es un tema muy controvertido, y hay sentencias a favor de la extinción y otras en contra.

A) A favor de la extinción

Siendo la finalidad tuitiva del art. 96 del CC la de proteger a la parte de la unidad familiar en crisis que se encuentre más desfavorecida, carece de justificación alguna el mantenimiento de dicha especial protección cuando el núcleo familiar a cuyo favor se hizo ese peculiar reconocimiento ha sido sustituido por un nuevo núcleo familiar más amplio en el que se integran de forma y manera continuada y estable otras personas que resultaban ajenas al anterior grupo familiar (AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012).

Si la pensión compensatoria se extingue por la convivencia de su beneficiaria con un tercero, también debe extinguirse la atribución del uso de la vivienda familiar cuando se da esta circunstancia y el uso, ante la inexistencia de hijos comunes, se atribuyó a la esposa (AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de abril de 2011).

B) En contra de la extinción

El que una madre pueda tener una relación sentimental estable con un hombre no puede ser causa de privar a los hijos del uso de la vivienda familiar (AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010.)

La convivencia en el domicilio familiar de la pareja sentimental de la madre no conlleva *per se* la extinción del derecho de uso del domicilio a la madre e hija menor (AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010).

Nuestra Audiencia provincial hace un amago, pero se funda en el convenio para extinguirlo, así nos dice que se declara extinguido el derecho de uso de la vivienda atribuido a la esposa y al hijo al quedar acreditado que aquella convive con una tercera persona en la vivienda que fue conyugal y se pactó en el convenio regulador que esta convivencia conllevaría la extinción del derecho de uso (**AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2010**).

Igualmente quisiera aclarar que el tercero que ocupa la vivienda no tiene obligación de abonar cantidad alguna al otro copropietario por la utilización de ésta (AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de abril de 1999; AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de febrero de 1999, entre otras).

CONCLUSIONES

El artículo 96 del Código civil es de los pocos artículos que desde el año 1981 no ha sido modificado ni actualizado, siendo la jurisprudencia la que ha tenido que ir interpretando y adaptando a la realidad social, pero dentro de los estrechos márgenes que la ley le concede.

Son las legislaciones forales las que han avanzado en esta materia, por lo que no solo es conveniente, sino necesario que se afronte definitivamente una reforma del citado artículo, con el fin de evitar inseguridades jurídicas e injusticias.

En las distintas Jornadas de celebradas entre jueces y la AEAFA[23], así como en otras tantas reuniones de jueces de familia[24], se ha abordado la problemática actual de la atribución del derecho de uso del domicilio familiar, y se propuso la reforma del citado artículo 96 de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias mientras se realiza la liquidación.

El legislador debe entender que la protección del interés del menor no se produce adjudicándole el uso de la vivienda y asfixiando al otro progenitor o embarcándolo en largos procesos judiciales, puesto que la ley lo que ha de garantizar es el derecho de habitación digno, que puede conseguirse facilitando la venta del inmueble o la adjudicación que libere económicamente a la pareja de verdad y no la mantenga unida por la hipoteca.

Desde esa perspectiva deberá huirse del automatismo que establece el artículo 96 del Código Civil en la atribución del uso y fijar en todo caso criterios de adjudicación preferentes de este, al modo de lo establecido ya en la legislación catalana o aragonesa, y con ello garantizar un derecho igual para todos, y no dependiendo de dónde se resida y se lleve el proceso.

Si poco o ningún caso le han hecho a ilustres magistrados y abogados, auguro que seguiremos igual, pues difícilmente escucharán a un pobre abogado de provincias.

(23) III encuentro, año 2008; IV Encuentro de Magistrados, jueces de familia y asociaciones de abogados de familia, y VI Jornada Nacional de Magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales (Valencia 26 a 28 de octubre de 2009). «

(24) VII Jornadas de jueces de familia, de incapacidades y tutelas (1 a 3 de marzo de 2011). Se ratificaron las conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, jueces de familia y asociaciones de abogados de familia, y de la VI Jornada Nacional de Magistrados, jueces de familia, fiscales y secretarios judiciales (Valencia 26 a 28 de octubre de 2009), sobre uso de la vivienda familiar y el art 96 del CC, y se añadió así mismo: «Mientras se proceda a la reforma del art 96 del c.c. en territorios de derecho común los jueces, con carácter orientativo, pueden motivar sus decisiones relativas al uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta la nueva normativa contenida en la ley catalana 25/2010 de 29 de julio y en la ley aragonesa 2/2010 de 26 de mayo o la que se recoja en sucesivas leyes que sobre el uso de la vivienda familiar se puedan ir aprobando por las diferentes Comunidades Autónomas siempre que sean más flexibles y adaptadas a las diferentes situaciones familiares que el rígido sistema del art 96 del c.c.».

PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*. EL ARTÍCULO 156.5 CC

ARÁNZAZU BARTOLOMÉ TUTOR

Funcionaria de carrera del Cuerpo de Especialistas del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Escala Superior

RESUMEN

Propuesta *de lege ferenda*. El artículo 156.5 CC

El presente trabajo hace una propuesta *de lege ferenda* en sede de Derecho de Familia, y más concretamente en relación al tenor del art. 156.5 del CC, por entender que, en la actualidad, su redacción resulta, al menos, confusa, extemporánea y de nula aplicabilidad en la sociedad actual.

El legislador de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y la determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, recogió, con este precepto, los supuestos de familias separadas de hecho, que, durante la dictadura franquista, no acudieron a los tribunales eclesiásticos para instar la nulidad o separación canónica de su matrimonio; de ahí que, con el art.156.5 CC, se pretendía facilitar a las madres la asunción de los deberes que trae consigo la institución de la patria potestad.

En la actualidad, como expondremos, resulta un contrasentido mantener su tenor, cuando, en la mayoría de los casos, la implicación del progenitor no custodio en el cuidado y la atención de sus hijos es destacada y más aún, si cabe, cuando hoy estamos hablando de nuevas fórmulas tales como un régimen de visitas amplio y flexible o una custodia compartida por ambos progenitores.

Palabras Clave: Patria potestad, privación de la patria potestad, guarda y custodia, co-parentalidad.

ABSTRACT

Proposal of lege ferenda. Article 156.5 CC

The current work makes a proposal of lege ferenda relating to Family Law, and more specifically in relation to what is provided by the article 156.5 of the Civil Code, as we understand that, at present, its writing is, at least, unclear, untimely and of null applicability in the current society.

The law-maker of the Law 30/1981, of July 7th, on the revision of the regulation of marriages in the Civil Code and the setting of the procedure to be followed in nullity separation and divorce trials, gathered, with this rule, the events of separate families of fact that, during the Francoist dictatorship, they didn't apply to the ecclesiastical courts to urge the nullity of the canonical separation of their marriage; that is why, the article 156.5 Civil Code intended to facilitate mothers the assumption of the duties included in the parental rights institution.

At present, as it will be explained further, it is a contradiction to maintain this provision, when, in most cases, the implication of the non-custodial parent in the care and attention of the children is significant and even more, when today we are talking of new formulas such as a wide and flexible regime of visits or a shared custody by both progenitors.

Key Words: Parental authority, privation of the parental authority, parental responsibility and custody, co-parenting.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. SENTIDO DEL ARTÍCULO 156.5 CC.

II. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 156 5 CC.

III. SENTIDO DE LA PATRIA POTESTAD Y CONCLUSIONES.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. SENTIDO DEL ARTÍCULO 156.5 CC

Este trabajo pretende llamar la atención sobre la necesaria actualización de nuestro Código Civil en materia de Derecho de Familia y más concretamente en relación al tenor del art. 156.5 del CC, ya que, como intentaremos demostrar a lo largo del trabajo, este artículo adolece de escasa aplicabilidad, atendiendo a los cambios sociales y normativos de nuestra sociedad.

El precepto recogido en él se establecen las reglas de ejercicio de la patria potestad, atendiendo a su carácter dual. Fundamentalmente se refiere, entre otras cuestiones, a los consentimientos expresos o tácitos en su ejercicio; a la validez de los actos que se realicen conforme al uso social; las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad; las vías de solución en caso de desacuerdo de ambos progenitores, o la exclusividad en el ejercicio de uno sólo de los padres ante situaciones de ausencia, incapacidad o imposibilidad para su ejercicio.

Su último párrafo (5) recoge que, cuando los padres vivan separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Si bien contempla la posibilidad de que el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, pueda, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad, bien para que se ejerza conjuntamente o para que se distribuya su ejercicio entre ambos[(1)].

Para entender el sentido de este último párrafo, hemos de trasladarnos a 1981 y al sentir del legislador de aquel momento. Durante los 40 años de la dictadora franquista, la separación o el divorcio civil quedaron vedados, existiendo como única posibilidad la declaración de nulidad o separación canónica de los cónyuges[(2)].

Durante ese período de tiempo, fueron numerosos los matrimonios que se habían separado de hecho, ante la imposibilidad de acudir a los tribunales eclesiásticos y así como en supuestos de hijos extramatrimoniales cuyos progenitores vivían separados[(3)]. Así, las

(1) Art. 156.5 CC: *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*.

(2) Nos remitimos al art. XXIV del Concordato firmado con la Santa Sede el 27 de octubre de 1953, donde se reconocía la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino.

(3) Al respecto son significativos, por un lado, las conclusiones que exponía el segundo Informe de la Fundación Foessa en 1970, donde se recoge que en España se ignoraba todo lo referente a las separaciones de hecho (*vid*. Informe 1970, p. 493); y cómo en 1977 el diario *El País* estimaba que unos 500.000 matrimonios se habían separado de hecho durante este período (*vid. El País*, de 10 de diciembre de 1977).

mujeres asumían la crianza y el cuidado de sus hijos, si bien es cierto que con las dificultades que ello aparejaba, dado que la patria potestad era asumida con carácter exclusivo por el padre, el *pater familias*. De ahí que este párrafo tuviera una finalidad concreta. Este se refiere al momento sociológico e histórico de cuando se aprobó la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y la determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Como bien apunta CASTÁN VÁZQUEZ, se pretendía contemplar los supuestos de familias separadas de hecho y con el fin de facilitar a las madres que la asunción de los deberes que trae consigo la institución de la *patria potestad*(4).

Por ello, es quizás interesante remitirnos a la tramitación parlamentaria de esta Ley. En este sentido, cabe destacar que el párrafo 5 de este artículo 156 fue fruto de las enmiendas introducidas en el Congreso y en el Senado por los Grupos Parlamentarios de Coalición Democrática, Partido Comunista y Minoría Catalana. De la lectura del debate se refleja la preocupación de los parlamentarios sobre cómo debía ser el ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores estaban separados de hecho(5).

---

(4) CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª: «Título VII. De las relaciones familiares», en AA.VV. (ALBALADEJO, Manuel, Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III, vol. 2.º, artículos 142 a 180 del Código Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 158 a 160.

Asimismo, véase MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis: *El nuevo Derecho de Familia, Filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, Estudio de la Constitución Española y de la Ley de 13 de mayo de 1981*, Gráficas Espejo, Madrid, 1981, p. 88.

(5) Nos remitimos al Diario de Sesiones, Cortes Generales, núm. 139, años 1980, 17 de diciembre de 1980, pp. 8871 y 8872, sobre la enmienda 114 del Grupo Parlamentario del Partido Comunista. «SOLE BARBERA: *En el artículo 156 pretendemos añadir un nuevo párrafo que se refiere a la situación en relación con la patria potestad de los hijos no matrimoniales. Nosotros nos oponemos y continuamos pensando que es un tremendo error esta distinción que hace la ley entre hijos no matrimoniales e hijos matrimoniales. Pero ya no tiene remedio; ahí están. Están no solamente ahí, quiero decir que están dentro del texto, y estando dentro del texto es necesaria una regulación de su situación, y en materia de patria potestad parece que lo hemos olvidado, parece que no existen. Hablamos de patria potestad y nos centramos en unas situaciones concretas, ninguna de las cuales es encajable a la situación de los hijos no matrimoniales. Entonces, nosotros pretendemos añadir un nuevo párrafo en el cual damos como principio que la patria potestad, en el caso de los hijos no matrimoniales, corresponderá a la madre. Tendría miedo de aportar argumentos jurídicos; traigo argumentos de tipo humanitario. El hijo no matrimonial normalmente es primero reconocido por la madre, normalmente el hijo no matrimonial vive con la madre; normalmente ésta es la situación. No dar a esta situación real, a esta situación humana, una plasmación dentro del Código Civil, nos parece un error. Añadimos, pues, un nuevo párrafo al artículo 156, en el cual no queremos nada más ni nada menos que esto: ya que hemos reconocido la existencia de hijos no matrimoniales, vamos a ver en qué condiciones acostumbra a ser necesario para ellos la patria potestad y en qué condiciones se debe ejercer normalmente, ateniéndose única y exclusivamente a este matiz, a ese cariz humano. Los hijos normalmente son reconocidos primero por la madre, los hijos normalmente viven primero con la madre. Si hay conclusión, eso sí lo tenemos resuelto dentro del Código Civil; si no hay conclusión de intereses alrededor de la patria potestad entre el padre y la madre, no hay más que un problema humano, y en ese caso nosotros pedimos que se contemple en este artículo 156, porque nos parece que es el sitio donde realmente debemos regular esta situación».*

Asimismo, véase en mismo Diario de Sesiones, pp. 8866 y 8867, el debate sobre las enmiendas 380 y 381, presentadas por el Grupo Parlamentario de Minoría Catalana y la contestación del Grupo Parlamentario de Coalición Democrática. «RUIZ-NAVARRO I GIMENO: *Pero es que, además, la enmienda de la Minoría Catalana no tiene en cuenta un supuesto que es de extraordinaria importancia y que se produce también con gran frecuencia: el caso en que los padres vivan separados. ¿Cómo va a ejercerse la patria potestad de los no emancipados indistintamente por el padre o la madre cuando éstos viven separados? Esto crea el grave problema, que ya el Derecho ha enfrentado y que la jurisprudencia y la doctrina han intentado resolver, de los actos contradictorios. ¿Qué sucedería si el padre adopta una solución, una decisión, y la madre adopta otra completamente distinta? ¿Cuál tendría que prevalecer? Fíjense SS. SS. que digo "adoptan" y no que "van a adoptar"; es decir, que ya han adoptado, y esto crea el problema, complejo*

La redacción definitiva vino de la mano de una enmienda (119) presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, atendiendo a que *«El Proyecto, al regular la patria potestad, no hace apenas distinciones entre la filiación matrimonial y la no matrimonial. Solamente el artículo 160 se refiere expresamente a la segunda. También aquí el Proyecto simplifica con exceso, pues la situación de los padres, en orden a la patria potestad, es mucho más rica en posibles variantes, según se trate de unos hijos o de otros. Por eso, la CGC regulaba separada y minuciosamente el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos no matrimoniales. Como reproducir esta reglamentación supondría una alteración sustancial del articulado, tal como el Proyecto está redactado, puede bastar un retoque o modificación del último párrafo del artículo 152 en la forma que se propone. Porque, si los padres viven separados (y lo mismo puede decirse si el problema se plantea relativamente a la filiación matrimonial, en caso de separación de hecho de los cónyuges), atribuir lisa y llanamente la patria potestad al progenitor que viva permanentemente con el hijo es una solución demasiado simplista. La separación no se opone necesariamente a que se aplique la regla general, es decir, el ejercicio conjunto de la patria potestad. Y, tampoco, a que determinadas funciones (por ejemplo, administración de los bienes del hijo) correspondan al padre y las restantes a la madre. Si se acepta la redacción que se propone, el problema puede resolverse con mayor flexibilidad en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto»* (6).

---

jurídicamente, insisto, de la actuación solidaria, de tan difícil solución en una materia tan importante y de tanta trascendencia para los menores no emancipados, como es el ejercicio de la patria potestad».

(6) Véase BOCG, Senado, I Legislatura, núm. 154 C, Serie II, 24 de febrero de 1981, p. 96, y BOCG, Senado, I Legislatura, núm. 154 D, Serie II, de 21 de marzo de 1981, pp. 128 y 129, sobre la enmienda 119, atendiendo a que *«El Proyecto, al regular la patria potestad, no hace apenas distinciones entre la filiación matrimonial y la no matrimonial. Solamente el artículo 160 se refiere expresamente a la segunda. También aquí el Proyecto simplifica con exceso, pues la situación de los padres, en orden a la patria potestad, es mucho más rica en posibles variantes, según se trate de unos hijos o de otros. Por eso la CGC regulaba separada y minuciosamente el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos no matrimoniales. Como reproducir esta reglamentación supondría una alteración sustancial del articulado, tal como el Proyecto está redactado, puede bastar un retoque o modificación del último párrafo del artículo 152 en la forma que se propone. Porque si los padres viven separados (y lo mismo puede decirse si el problema se plantea relativamente a la filiación matrimonial, en caso de separación de hecho de los cónyuges), atribuir lisa y llanamente la patria potestad al progenitor que viva permanentemente con el hijo es una solución demasiado simplista. La separación no se opone necesariamente a que se aplique la regla general, es decir, el ejercicio conjunto de la patria potestad. Y, tampoco, a que determinadas funciones (por ejemplo, administración de los bienes del hijo) correspondan al padre y las restantes a la madre. Si se acepta la redacción que se propone, el problema puede resolverse con mayor flexibilidad en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto».*

Vid. BOCG, Senado, I Legislatura, núm. 154 D, Serie II, de 21 de marzo de 1981, pp. 128 y 129, sobre el artículo 156 del Código Civil, que recoge textualmente: *«Se han presentado las enmiendas número 30 del Grupo Parlamentario Socialistas Andaluces, así como las registradas con los números 49 y 119, ambas del Grupo Parlamentario de UCD. La Ponencia acepta las enmiendas números 30 y 49, proponiendo que este artículo 156 pase a numerarse artículo 157, con la siguiente redacción: "Artículo 157: La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo 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.*

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.

Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriera otra causa distinta de las que establece el artículo 170 que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije que no podrá nunca exceder de dos años.

Entendemos que esta tesis queda reforzada en tanto que de manera excepcional se rompen las reglas generales de la titularidad dual de la patria potestad. Por cuanto los arts. 90 y 92 CC recogen que con respecto a los hijos éstos quedarán sujetos a la patria potestad de ambos progenitores, incluso en las situaciones de nulidad, separación o divorcio de los progenitores.

No obstante, BAYOD LÓPEZ refiere que el art. 92.4 CC permite al Juez decidir que, en beneficio de los hijos, la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores, decisión que podrá verse reforzada con el art. 156.5 CC[7].

Sin embargo, discrepamos de esta interpretación, pues basta con que esta posibilidad sea recogida en un artículo, sin que tenga que ser reforzado por otro. A lo que se unen las razones históricas y sociológicas que anteriormente hemos apuntado. Por ello, consideramos que la vigencia de este párrafo resulta confusa, extemporánea y de nula aplicabilidad en la sociedad actual.

Huelga recordar que la sociedad española en estos últimos 30 años ha dado un giro copernicano y más aún si cabe en materia de derecho de familia. Como apunta MEIL LANDWERLIN[8], podemos hablar de una tendencia hacia la pluralización de las formas de vida familiar (familias matrimoniales, no matrimoniales, monoparentales, de hecho, etc.). Y en la que el presente y futuro de la familia en España no es más que una creciente diversificación y pluralismo de formas y comportamientos, de tal manera que, incluso, llega a difuminarse la propia definición tradicional de la familia[9].

La aplicación de este párrafo en la sociedad actual supone un anacronismo y apareja una suerte de castigo para el progenitor no custodio, al que parece se le priva de la patria potestad.

La reforma que se operó en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, cambió la rúbrica del Título VII del Libro I del Código Civil *«De la patria potestad»* a *«De las relaciones paterno-filiales»*, resultando más coherente con el contenido de los preceptos, confiriéndole el carácter de *officium*, como respuesta al art. 39.3 CE, con ese deber que tienen los padres de prestar asistencia a los hijos de todo orden.

Esta reforma pivotaba sobre tres objetivos: estructurar la *patria potestad* como una función tuitiva y dual del padre y de la madre (intransmisible, irrenunciable e imprescrip-

---

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de los terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél 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"».

(7) BAYOD LÓPEZ, M.ª Carmen: «El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC: ¿Qué casos son subsumibles en esta disposición?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1991, núm. 604, p. 938.

(8) MEIL LANDWERLIN, Gerardo: «La sociología de la familia en España, 1978/1998», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, núm. 83, 1998, p. 1998.

(9) BECERRIL RUIZ, Diego: «La percepción social del divorcio en España», *en Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, núm. 123, 2008, p. 207.

tible), destinada a la protección de los menores; erigir en principio básico el respeto de la personalidad del hijo, regla y medida de la educación y trato que haya de recibir, y acentuar en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia del juez, en consideración del interés del hijo[10]. De ahí que los autores significaran que el retrato robot del padre que emergía a través de la reforma hubiera sido el que los actuales legisladores hubieran deseado tener cuando, en vez de legisladores, eran niños[11].

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Álava, en Sentencia de 8 de febrero de 2010, cuando señala que *«la patria potestad queda configurada en nuestro ordenamiento jurídico como un conglomerado de derechos y deberes de los padres respecto de la prole habida de su unión, en situación legal de dependencia, en aras precisamente de la función protectora y formativa que, por derecho natural, corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear a un hijo, y ello mientras éste no se encuentre en condiciones naturales y jurídicas de valerse por sí mismo. Tal importantísima función en orden al cuidado y formación del menor se confía, en situaciones normales de convivencia de los progenitores, a ambos conjuntamente (artículos 154 y 156), no tanto de cara a consagrar, en tal punto, principios de igualdad de derechos de los mismos, sino también, y fundamentalmente, con el fin de una mejor protección del prioritario interés del descendiente, en cuanto cualquier decisión de trascendencia para el mismo no podrá ser adoptada unilateral y caprichosamente por uno sólo de dichos ascendientes, debiendo, por el contrario, ser deliberada, sopesada y resuelta por ambos conjuntamente y, en defecto de acuerdo, por el Juez (párrafo segundo del artículo 156), lo que pone de manifiesto la trascendencia que el interés del hijo cobra para nuestro legislador, por encima inclusive de los de sus padres que deben subordinarse a aquél».*

---

(10) CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª: «Artículo 154 CC», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dir.): *Comentarios a las reformas del Código Civil y Compilaciones forales,* tomo III, vol. 2, arts. 142-180 CC, Edersa, Madrid, 1982, pp. 107 y 109; y en AA.VV.: *Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981*, vol. I y II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, p. 196.

FUENTE NORIEGA, Margarita: *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 33, subraya como institución jurídica, la Patria Potestad supone el trasunto en la ley de una situación de hecho que surge en la relación paterno-filial. Así, en virtud de esta institución jurídica, ratifica el derecho a la asunción que, *iure proprio*, hacen los padres de la asistencia y dirección de sus hijos menores, por lo cual se trata de una facultad natural de dirección asentada como tal en la propia naturaleza que corresponde a los padres y a nadie más que a ellos, siendo, por último, una institución flexible, adaptándose a las circunstancias de personas y tiempos, lo que significa que cuando los hijos no son menores ya no hay patria potestad, pero aun dentro de la minoría va cambiando el tono de su desarrollo.

(11) Como DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La reforma del Código Civil en materia de patria potestad», en AA.VV.: *La reforma del Derecho de Familia. Matrimonio, separación, divorcio. Jornadas Hispalenses sobre reforma del Derecho de Familia*, Universidad Hispalense, Diputación Provincial de Sevilla, Colegio Notarial de Sevilla, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Sevilla, 1982, p. 293.

Una muestra más de ello es el propio discurso del Ministro de Justicia del momento, FERNÁNDEZ ORDÓNEZ, quien, ante el Pleno de la Cámara Alta, de 23 de marzo de 1981, insistió en el carácter de estos cambios profundos, ya operados en la sociedad, que, junto con la revolución ideológica producida desde finales del s. XIX, tenía que imponer en el Derecho el reconocimiento de la personalidad de la mujer y de los hijos; lo que aparejaba la necesidad de reconocer, entre otras cuestiones, el respeto a la personalidad del hijo (Diario de Sesiones del Senado, núm. 98, de 3 de abril de 1981, pp. 5025 y 5026).

Al respecto véase CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª: *La patria potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pp. 16, 18, 22, 23, 24, 25, y 30. LACRUZ BERDEJO, José Luis (ed. revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín): *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Familia*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 385 a 387, y VENTOSO, Alfonso: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pp. 25 a 29, 46, 48, 51.

II. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 156.5 CC

Otra muestra más la escasa aplicabilidad de este párrafo es la jurisprudencia obrante al respecto. Es reducida y, como comprobaremos, a continuación, no se adecua a la filosofía que justificó su redacción.

Para ello, vamos a analizar las sentencias que se han producido sucesivamente.

1. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 7 de octubre de 1999**; resuelve que como *«lo señalado en el art. 156-5º del C.C. que contempla la posibilidad, en el caso de que los padres vivan separados, como es el caso, de que la patria potestad se ejerza por aquél con quien el hijo convive, siendo así que no se ha interesado la aplicación de la regla excepcional, por la que se podría haber interesado el ejercicio conjunto de la patria potestad o la distribución de funciones entre los progenitores previa justificación sobrada de tal petición, que se ha omitido.*

En modo alguno se ha aplicado el art. 170 del C.C. (sobre privación de patria potestad), tampoco está privado el padre de la posibilidad de ejercer la patria potestad en los supuestos y casos en los que haya que tomar decisiones importantes o transcedentales en la vida, salud o el patrimonio de la incapaz; pero sí debe aceptar que las decisiones cotidianas que afecten a la vida ordinaria de la hija, en tal situación de incapacidad, las adopte la madre, quien, a la sazón, continúa ejerciendo deberes propios de la guarda y custodia, por cuanto que tampoco se discute la convivencia de la hija con la madre».

Al respecto, la Audiencia debería haber distinguido más claramente el sentido de la patria potestad con la guarda y custodia. Realmente lo que se está atribuyendo en exclusiva es la guarda y custodia, que no la patria potestad.

Como apunta SAINZ TORRES[(12)], la atribución de la custodia a uno de los progenitores no supone, de ningún modo, que se asigne a éste de forma exclusiva ni el deber de velar y cuidar de los hijos ni el de tener a los hijos en su compañía, privándole al otro del ejercicio de dichas funciones. En la misma línea, ECHARTE FELIÚA[(13)] aclara que la custodia no es más que la convivencia física habitual con el menor, perteneciendo siempre a ambos progenitores el deber de tener a sus hijos en su compañía.

2. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 1999** (AC1999/7600); recoge que *«la atribución de la patria potestad en exclusiva a la madre, al parecer fundada en el artículo 156 del Código Civil que permite adoptar tal medida en supuestos de graves conflictos entre los progenitores en el ejercicio de la misma, no se apoya en un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales del padre ni en un hipotético conflicto de este con la madre (hechos que no solo no se han acreditado sino que ni tan siquiera fueron alegados en la demanda) sino en un dato o circunstancia meramente procesal, esto es, que el art. 156, 5 C.C. No se puede compartir el criterio del Juzgador "a quo" y ello por dos razones: Primero, porque, como se ha dicho, no existe*

---

(12) SAINZ TORRES, Marta, en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.): *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 231.

(13) ECHARTE FELIÚA, A.M.: *Patria Potestad en situación de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000, p. 64.

en autos ninguna prueba de que D. Fernando haya incumplido gravemente sus deberes paterno filiales con su hijo o de que hayan existido graves conflictos entre los padres sobre el modo de ejercer la patria potestad, por lo que difícilmente puede entenderse cuál es el beneficio que el hijo va a obtener con el hecho de que su padre no pueda ejercer la patria potestad sobre él».

En este caso, la Audiencia recuerda al Juzgado de Instancia que no puede interpretar este precepto como si se tratara del art. 170 CC, relativo a los requisitos a tener en cuenta para la privación de patria potestad, porque está confundiendo ambos preceptos.

3. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 2001** (JR 2001/245868); señala que *«Ciertamente el conjunto de la prueba muestra un total desinterés del padre por la hija desde la ruptura, y una nula colaboración, económica y de todo orden, en su educación y formación. En términos llanos difícilmente ésta es la imagen típica de lo que debe entenderse por un padre. Ciertamente también la actora no postuló el ejercicio exclusivo de la potestad en su momento, sí un régimen muy restrictivo de visitas, y, como la misma sentencia de instancia reconoce probado, desde octubre de 1998 sólo se contabilizan dos visitas del padre a la hija. (…) Y debiéndose aplicar el principio, —recogido expresamente en el art. 137.3 del CF como al 156.4 y aún más al 156.5— de que el progenitor que tiene la guarda del hijo en situación de separación o ruptura de la unión no matrimonial respecto al otro, ejerce íntegramente el contenido de facultades inherentes a la potestad ni el otro está ausente —no en los términos del art 181 y ss. del CC relativos a la ausencia legal estrictamente entendida sino en el más amplio sentido de falta total de colaboración en el ejercicio de dichas facultades, inherentes a la filiación—, que en el CC es, además, el principio general de que rige la situación de separación de hecho de los progenitores, esta Sala entiende que no hay causa suficiente para mantener compartido este ejercicio entre ambos progenitores ni, consecuentemente, establecer un régimen de visitas que el padre no ha pedido en ningún momento y hasta que este evento se produzca, debiéndose valorar en ejecución de sentencia o en ulterior procedimiento de modificación de medidas, en su caso, esta eventual petición y las circunstancias que la rodean, en interés de la menor».*

Como podemos comprobar, en esta sentencia la Audiencia aplica el contendido del art. 156.5 CC, atendiendo al abandono por parte del progenitor no custodio de los deberes inherentes a la patria potestad. No obstante, quizás habría que plantearse si, en todo caso, no hubiera sido más correcta la aplicación del art. 170 CC, relativo a la privación de la patria potestad, en todo o parte, ante el incumplimiento de los deberes inherentes a ella.

4. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de octubre de 2006**; señala que *«es sabido que el art. 156.5 del Código Civil dispone que, en casos de separación de los progenitores, la patria potestad será ejercida por aquél con quien conviva el menor, en interés del cual, además, podrá el Juez, a solicitud del otro progenitor, acordar el ejercicio conjunto e incluso distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a dicho ejercicio. En el presente caso, no ha quedado de manifiesto motivo alguno para que el actor, pese a no tener la custodia de su hija, sea excluido de la toma de decisiones sobre los aspectos más relevantes vinculados al ejercicio de la patria potestad sobre la menor, por lo que procede hacer constar en la Sentencia que el actor podrá intervenir en las decisiones importantes que afecten a la vida de la menor, y en particular a los aspec-*

tos relacionados con el cuidado, la salud y la educación de aquélla, las cuales habrán de adoptarse de mutuo acuerdo, debiendo decidir el Juzgado en el caso de discrepancia».

5. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 15 de diciembre de 2009**; recoge que *«el artículo 171 del Código Civil establece que "si el hijo menor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuese incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiera si el hijo fuera menor de edad"; por su parte, el artículo 156 del Código Civil, en su párrafo quinto, establece que "si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva", aunque a continuación el precepto dice que "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".*

La aplicación de estas normas permitiría rehabilitar la patria potestad solo en la persona de la madre del incapaz, pero en los presentes autos no se ha practicado prueba alguna que permita deducir que esto sería beneficioso para el incapaz, por lo que ante esta falta de prueba no resulta pertinente adoptar la medida solicitada por la madre, que por lo demás "de facto" será quien ejercite la patria potestad, al ser el progenitor que convive con el hijo incapaz, conforme a lo previsto en el párrafo 5.º del artículo 156 del Código Civil, y todo ello sin perjuicio de que si en algún momento las actitudes del padre pudieran resultar lesivas para los intereses prioritarios del incapaz, pudiera acordarse lo ahora solicitado por la madre de atribuir total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad, conforme al apartado 2.º del art. 156 del Código Civil, o en su caso, incluso acordar la privación al padre de la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el art. 170 del Código Civil».

En estas dos últimas sentencias, ambas Audiencias rechazan la aplicación del precepto, en tanto supondría indirectamente los efectos propios de la privación de la patria potestad que, como apunta el Tribunal Supremo, en Sentencias de de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223) y 23 de febrero de 1999 (RJ 1999/1130), *«implica una medida de protección, en cuanto que la conducta del progenitor resulta gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor y no se revela como la más adecuada para la futura formación y educación».*

Y sobre todo, cuando la privación ha de venir determinada por unas circunstancias concretas, en virtud de lo previsto en el art. 170 CC. Y así se refiere en la doctrina jurisprudencial, en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Ávila de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/309644) y la de la Audiencia Provincial de Álava de 8 de febrero de 2010 cuando señala que *«Por ello la privación de la patria potestad, o de su ejercicio, respecto a uno u otro de los procreadores ha de estar, incluso en situaciones de ruptura convivencial, basada en causas excepcionales, por afectar de modo grave al menor (artículo 170), en cuanto perjudique seriamente su formación integral, con incumplimiento de entidad de los deberes que se entrelazan con los derechos definidores de la función regulada en el indicado contexto de preceptos. En consecuencia, tal decisión judicial, de enorme trascendencia y gravedad, ha de limitarse a supuestos de índole excepcional, basados además no en meras sospechas o alegaciones de una de las partes en contienda, sino en una sólida resultancia probatoria demostrativa, sin sombra de duda, del perjuicio que para el hijo implica el que uno de sus padres siga ostentando, conjuntamente con el otro».*

En definitiva, hemos comprobado que, a nivel jurisprudencial, su aplicación es escasa y poco adecuada al sentido que el legislador le confirió, con efectos nocivos para el progenitor no custodio, rompiendo con la idea de la patria potestad dual.

III. SENTIDO DE LA PATRIA POTESTAD Y CONCLUSIONES

Como hemos visto, la reforma operada por el legislador de 1981 confiere a la patria potestad un sentido dual y de mutua cooperación. La previsión del art. 156 *in fine* CC tuvo un sentido específico y concreto para paliar una realidad social como eran las separaciones de hecho, fruto de la imposibilidad de que los cónyuges pudieran acceder a la separación o divorcio.

Además, la necesidad de esta reforma debe venir reforzada por la defensa de la coparentalidad, que es indiscutible, como así lo ponen de manifiesto el Tribunal Supremo o las Audiencias.

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2982), ha establecido que *«la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de Enero, sobre protección judicial del menor (artículo 2). Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño».*

En definitiva, resulta confuso el mantenimiento de este precepto, que fue dictado con un sentido histórico determinado (tal y como se deduce de los debates de la tramitación parlamentaria). Asimismo, su aplicación puede producir una suerte de «castigo» al progenitor no custodio, que no se ha visto inmerso en causas relativas a la privación de la patria potestad. Y, finalmente, si una cuestión sociológica fue la que justificó su inclusión, en la actualidad, en la mayoría de los casos, la implicación del progenitor no custodio en el cuidado y atención de sus hijos es destacada, buscándose nuevas fórmulas, como un régimen de visitas amplio y flexible o una custodia compartida de ambos progenitores.

Por todo lo anterior, sería deseable y una buena oportunidad que el art. 156.5 CC quedara vacío de contenido en el proyecto pendiente de actualización de la ley orgánica de protección jurídica del menor, en aras a su necesaria adecuación a los tiempos actuales[14].

IV. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981*, vol. I y II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

BAYOD LÓPEZ, M.ª Carmen: «El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC: ¿Qué casos son subsumibles en esta disposición?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1991, núm. 604, pp. 915-950.

BECERRIL RUIZ, Diego: «La percepción social del divorcio en España», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, núm. 123, 2008, pp. 187 a 208.

CASTÁN VÁZQUEZ, José M.ª: *La patria potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

— «Artículo 156 CC», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.): *Comentarios a las reformas del Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III, vol. 2, arts. 142-180 CC, Edersa, Madrid, 1982, pp. 139 a 162.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La reforma del Código Civil en materia de patria potestad» en AA.VV.: *La reforma del Derecho de Familia. Matrimonio, separación, divorcio. Jornadas Hispalenses sobre reforma del Derecho de Familia*, Universidad Hispalense, Diputación Provincial de Sevilla, Colegio Notarial de Sevilla, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Sevilla, 1982.

ECHARTE FELIÚA, A.M.: *Patria Potestad en situación de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000.

FUENTE NORIEGA, Margarita: *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1986.

GALLEGO GARCÍA, Elia A.: *Los cambios del Derecho de Familia en España (1931-1981). Crónica breve de una mutación polémica*, Tirant lo Blanch, Monografías, Valencia, 2005.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (ed. revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín): *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Familia*, Dykinson, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ- CALCERRADA, Luis: *El nuevo Derecho de Familia, Filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, Estudio de la Constitución Española y de la Ley de 13 de mayo de 1981*, Gráficas Espejo, Madrid, 1981.

MEIL LANDWERLIN, Gerardo: «La sociología de la familia en España, 1978/1998», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (Reis)*, núm. 83, 1998, pp. 179 a 215.

SAINZ TORRES, Marta, en LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.): *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

VENTOSO, Alfonso: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989.

(14) Recordemos que ni en la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ni en el anteproyecto de ley de 8 de julio de 2001 elaborado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad sobre actualización de la legislación sobre protección de infancia se previó tal posibilidad.

ÉTICA Y DEONTOLOGÍA DEL PSICÓLOGO FORENSE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

ASUNCIÓN MOLINA BARTUMEUS

Doctora en psicología por la Universidad de Barcelona
Psicóloga forense acreditada por el Colegio Oficial de psicólogos de Cataluña (COPC)
Miembro del Turno de intervención de Peritos del COPC
Presidenta de la Junta de la sección de Psicología Jurídica del COPC

RESUMEN

Ética y deontología del psicólogo forense en los procedimientos de familia

El aumento progresivo de la participación de los psicólogos en el ámbito judicial ha provocado la necesaria especialización de estos.

En cualquier área de intervención psicológica pueden surgir dilemas éticos; sin embargo, es la tarea forense la que constituye el área de trabajo que acentúa tales dilemas, siendo el ámbito en el que con más frecuencia el psicólogo presenta conductas negligentes y no éticas.

Por este motivo, teniendo en cuenta que en nuestro país está constatado un elevado número de denuncias a las Comisiones Deontológicas de los diferentes Colegios Oficiales de Psicólogos motivadas por intervenciones en el ámbito forense, cabe valorar indispensable una formación óptima de estos profesionales, así como concienciar a los operadores jurídicos de la utilidad de estos expertos siempre que su labor profesional se enmarque dentro de los niveles más altos de competencia y ética posibles.

Palabras Clave: Psicología forense, familia, ética, deontología.

ABSTRACT

Ethics and deonthology of phorensic phsycologists in family proceedings

The progressive increase of the participation of psychologists in the judicial environment has made them to specialize accordingly.

Ethical dilemmas can arise in any area of psychological participation; however, it is in the forensic area where such dilemmas become more noticeable, being in this sphere where the psychologists have frequently non-ethical and negligent behaviors.

For this reason, taking into account that in our country there is a high number of complaints against the Deontological Commissions of the different Psychologists Associations caused by their interventions in the forensic field, these professionals need to be trained suitably and, at the same time the legal operators need to be made aware of the utility of these experts whenever their professional work is within the highest possible competence and ethical levels.

Key Words: Forensic psychology, family, ethics, deontology.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL MEJOR INTERÉS DEL MENOR.

III. RESPONSABILIDAD Y COMPETENCIA.

IV. OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD.

V. CONFIDENCIALIDAD, SECRETO PROFESIONAL Y CONSENTIMIENTO INFORMADO.

VI. CONTRAINFORMES.

VII. CONCLUSIONES.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha habido un aumento progresivo de la participación de los psicólogos en el ámbito forense, sobre todo en los procedimientos de familia, provocando la necesaria especialización de estos en un contexto, el judicial, en el que su labor profesional debe enmarcarse en los niveles más altos de competencia y objetividad posibles (PACKER, 2008; TORRES, 2002; URRA, 2007), ya que es el ámbito en el que con más frecuencia el psicólogo acaba presentando conductas negligentes y no éticas (CAYUELA, JARNE y MOLINA, 2005; COPM, 2009; DEL RÍO, 2000; EFPA, 2001), ya sea por falta de formación y/o experiencia o por dejarse llevar por motivaciones personales y/o presiones externas.

En esta línea, hay que dejar claro que la labor del psicólogo forense que actúa en los procedimientos de familia tiene un carácter propio y se enmarca en un contexto que necesariamente deben conocer estos profesionales, y aquellos que contraten sus servicios, para poder actuar de manera óptima y así servir al sistema judicial como expertos asesores.

II. EL MEJOR INTERÉS DEL MENOR

La Convención de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989), en su artículo tres, apartado primero, establece como criterio guía de todas las medidas a tomar en relación con los menores el principio superior del *mejor interés del niño*, manifestando:

> «3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (p. 2).

De acuerdo con este estándar legal, por el cual priorizamos por encima de todo los intereses y el bienestar de los niños, las evaluaciones forenses en el ámbito de familia proporcionarán información útil que servirá de soporte a la decisión judicial final.

En este sentido, el psicólogo forense que se enfrenta a estas evaluaciones tiene que tener presente que su objetivo principal es valorar de forma prioritaria el mejor interés del menor (COPM, 2009; EFPA, 2001), que debe prevalecer sobre el de sus padres aunque los intereses de éstos puedan ser valorados como legítimos.

Tal como señala URRA (2007), «El objetivo del psicólogo ha de ser siempre el mejor interés del niño. Es fácil dejarse influenciar, ser poroso a los comentarios perdiendo la necesaria objetividad e imparcialidad de la evaluación, sesgando la información competente tan necesaria para los tribunales» (p. 97) o FARIÑA y SEIJO (2002): «Cuando un psicólogo se inmiscuye en una evaluación de custodia ha de partir de la premisa de que su informe debe perseguir el mejor interés del menor» (p. 108).

Sin embargo, el principio guía del mejor interés del menor adolece de concreción, como señala GRANADOS (1991): «la cuestión ya no es, el mejor interés del niño, que no se niega, sino cuál es su contenido y sentido de dicho interés» (p. 221). Aunque se han realizado numerosos intentos de definir y delimitar el estándar, tanto desde la psicología (UNIFORM MARRIAGE AND DIVORCE, 1970; STHAL, 1994) como desde el entorno jurídico (MONTERO, 2001; ORTEGA, 2002), el concepto mantiene su imprecisión a causa de la magnitud de factores a considerar.

Aun así, desde una perspectiva ética, el psicólogo forense deberá tener en cuenta este principio superior que priorizará por encima de cualquiera, incluso del que contrate sus servicios. Y en ese sentido, no perderá su objetividad e imparcialidad en el momento de explorar al menor y recomendar lo mejor y más beneficioso para éste.

III. RESPONSABILIDAD Y COMPETENCIA

Consideramos que un psicólogo es responsable en la realización de su labor profesional cuando la ejecuta de forma competente, íntegra y objetiva. Partiendo de esta base, en contexto forense, como señalan KNAPP y VAN DE CREEK (2001), la competencia profesional resulta prioritaria en tanto la labor como «experto asesor» que tiene el psicólogo en un entorno en el que, además, pueden derivarse consecuencias para los litigantes en función de las conclusiones expresadas por él.

Según TORRES (2002), los psicólogos deben ser responsables y capaces de definir si son competentes para actuar en este contexto, en qué condiciones y dentro de qué límites y, en cualquier caso, abstenerse a prestar declaraciones cuando su competencia sea limitada o nula. Asimismo, esta autora señala la importancia de que «los psicólogos promuevan la precisión, honestidad y veracidad en el ejercicio de la profesión, en la ciencia y en la docencia; no implicándose en ninguna actividad fraudulenta, subterfugio o falsedad de forma intencional» (p. 36).

La competencia profesional es, de hecho, un requerimiento ético común a todas las áreas de intervención del psicólogo que se recoge en los códigos éticos como tal, pero en relación con la psicología forense, autores como IBÁÑEZ y ÁVILA (1989) han insistido en la necesidad de realizar un especial esfuerzo por depurar la calidad de nuestras prácticas, dada la creciente importancia que la prueba pericial está cobrando dentro del ordenamiento jurídico español.

En esta línea, tal como indican diversos autores (FARIÑA y SEIJO, 2002; PACKER, 2008; TORRES, 2002; URRA, 2007), los psicólogos deberán ser responsables y conscientes de la necesidad de poseer elevados niveles de competencia, formación y experiencia,

para llevar a cabo las evaluaciones forenses de forma óptima, remarcando la necesidad de poseer conocimientos tanto éticos como legales relacionados con este ámbito.

IV. OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD

Según TORRES (2002), la objetividad debe ser el principio superior del examen pericial, independiente de los intereses de las partes, y tiene que ser el principio del que se debe partir siempre. En este sentido, el psicólogo forense en su labor profesional debe evitar los conflictos de intereses y relaciones duales que pongan en peligro esta objetividad.

En el ámbito de familia, es importante tener en cuenta las implicaciones éticas que conlleva aceptar la realización de una intervención pericial en los casos que ya hemos intervenido, o estamos interviniendo, clínicamente. Una evaluación pericial no puede realizarse por el terapeuta, es decir, tal como señalan FARIÑA y SEIJO (2002), «Cuando un psicólogo se inmiscuye en una evaluación de custodia (…) se han de dar ciertos condicionantes, (…) que no haya mantenido ninguna relación previa con los miembros de la familia (como terapeuta, evaluador, asesor y mediador)» (p. 108). Aun así, sobre este tema, en la actualidad, se evidencia un debate técnico con posturas dispares.

En un extremo, para autores como GREENBERG y SHUMAN (1997; 2007) realizar labores forenses y terapéuticas de forma simultánea es incompatible, afirmando que si un terapeuta proporciona testimonio experto forense se encuentra ante un conflicto ético irreconciliable.

En una postura menos categórica, WHITE, DAY y HACKETT (2007) desaconsejan llevar a cabo estos dos roles simultáneamente con el mismo individuo aunque, como señalan KNAPP, GOTTLIEB, BERMAN y HANDELSMAN (2007), no siempre es fácil y posible distinguir ambos roles, por ejemplo, en los casos donde el cliente ya está implicado en un litigio cuando inicia un tratamiento, o en aquellos casos en los que el cliente, al iniciar una intervención terapéutica, decide interponer una demanda e iniciar un procedimiento judicial, como en casos de violencia doméstica o abuso sexual.

Otros autores como HELTZEL (2007) ponen en tela de juicio afirmaciones tan taxativas como las de GREENBERG y SHUMAN (1997; 2007), al señalar que, aunque está claro que los psicólogos deben ser conscientes de los desafíos éticos asociados a la realización simultánea de labores terapéuticas y forenses, pueden ser papeles compatibles.

En nuestra opinión, los psicólogos forenses deben ser conscientes de los posibles conflictos que este tipo de relaciones puede ocasionar e intentarán minimizar sus efectos, recomendándose evitar proporcionar servicios profesionales forenses a las partes con las que se tengan relaciones personales o profesionales de otro tipo (KNAPP y VAN DE CREEK, 2001 y TORRES, 2002) teniendo en cuenta lo que se señala en el artículo 29 de nuestro código deontológico (COP, 1987): «… no se prestará a situaciones confusas en las que su papel y función sean equívocos o ambiguos».

Asimismo, tal como señalan IBÁÑEZ y ÁVILA (1989), además de realizar su labor profesional de forma objetiva, ésta deberá ser plasmada por escrito con la misma objetividad, al considerar que este informe pericial o dictamen psicológico pericial debe ser un documento científico.

En este sentido, DEL RÍO (2000) señala que un informe que se elabora a partir de los datos de una sola de las partes interesadas y en conflicto corre bastante riesgo de ser parcial, salvo que se limite estrictamente a la descripción de los aspectos psicológicos de la parte evaluada sin extraer conclusiones generales que afecten a la otra parte.

Es decir, cuando el motivo de la evaluación pericial es la valoración de custodia, resulta evidente la necesidad de explorar a ambos progenitores para poder ofrecer una respuesta fehaciente tal como recomiendan las directrices publicadas por la APA para la evaluación de custodia infantil (APA, 2009). Si se explora exclusivamente a uno de ellos, sólo será posible ofrecer una valoración de si éste es o no un buen progenitor custodio o si dispone o no de capacidad parental.

V. CONFIDENCIALIDAD, SECRETO PROFESIONAL Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Otro aspecto controvertido en la práctica forense es el referido a la confidencialidad y el secreto profesional, dado que presenta diferencias fundamentales respecto al clásico concepto contemplado en los demás ámbitos de aplicación de la psicología. Tal como señala ECHEBURÚA (2002), «a diferencia de los psicólogos clínicos, los psicólogos forenses no están sujetos al secreto profesional» (p. 491), o, como afirman DAY y WHITE (2008): «En contexto forense no es posible ofrecer el mismo nivel de confidencialidad como es posible hacer en entornos clínicos» (p. 188).

Autores como MAZA (2001) han señalado que los psicólogos forenses están eximidos, de forma parcial, del secreto profesional, por cuanto se encuentran al servicio directo de la Justicia. Como la función del perito consiste en verter en el «foro» las respuestas adecuadas a las cuestiones que se plantean como objeto de pericia, en psicología forense no existen límites absolutos para el secreto profesional.

Sin embargo, está ampliamente aceptada la premisa de que el psicólogo debe esforzarse en mantener la confidencialidad respecto a cualquier información que no tenga que ver directamente con los propósitos legales de la evaluación (TORRES, 2002).

Por estos motivos, antes de iniciarse la intervención forense, el perito informará de todos estos aspectos al sujeto o sujetos implicados en la exploración y se deberá recabar el consentimiento informado, que en este contexto, en palabras de MARTÍN (2002): «se articula fundamentalmente a través de una relación verbal entre el psicólogo y el interesado justo al inicio de una intervención pericial» (p. 840).

En caso de que el consentimiento sea denegado por parte del sujeto, únicamente podrá ser suplido por una orden judicial, a través de la cual, la capacidad para otorgar consentimiento es limitada y la negativa a someterse a la exploración puede conllevar efectos negativos para la persona implicada.

No obstante, es importante diferenciar entre la falta de consentimiento y la falta de conocimiento del otro progenitor de la existencia de la exploración pericial. Una cosa es que uno de ellos no sepa que se está realizando la evaluación y otra muy diferente que, sabiéndolo, se oponga a ella. Sea cual sea el caso en el que nos encontremos, las intervenciones de los psicólogos forenses quedan clarificadas por la normativa legal vigente.

El artículo núm. 156 del Código Civil (2000) establece que la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, pero que serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Bajo este prisma, cualquiera de los progenitores podrá iniciar, en caso necesario, una exploración pericial sin el consentimiento del otro.

Si pormenorizamos todavía más la cuestión, a nivel judicial, en las conclusiones de un seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito de familia organizado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, 2010), y que fue dirigido por la Ilustre Dolores Viñas Maestre, Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, se pone de manifiesto que: «El informe pericial emitido por un perito sobre un menor debe de tenerse en consideración cuando cuente con el consentimiento de uno solo de los progenitores, pero se considera conveniente que el otro progenitor tenga conocimiento de la realización de la pericia, y ello salvo casos excepcionales en los que, a criterio del perito, no resulte aconsejable ponerlo en conocimiento del otro progenitor por poder afectar al objeto de la pericia y/o perjudicar el interés del menor» (p. 8). Bajo esta perspectiva, la realización de informes periciales sin el consentimiento y/o conocimiento de uno de los progenitores es un tema que los juristas han clarificado.

Y a nivel ético, el artículo núm. 42 de nuestro código deontológico (COP, 1987) establece que «Cuando dicha evaluación o intervención ha sido solicitada por otra persona —jueces, profesionales de la enseñanza, padres, empleadores, o cualquier otro solicitante diferente del sujeto evaluado—, este último o sus padres o tutores tendrán derecho a ser informados del hecho de la evaluación o intervención y del destinatario del Informe Psicológico consiguiente…». Lo que, a nuestro entender, implica la obligatoriedad de informar a ambas partes de la existencia de nuestra intervención al actuar como peritos.

VI. CONTRAINFORMES

El concepto de contrainforme queda claramente definido en palabras de ZUBIRI (2006), Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que entiende el contrainforme como la crítica o revisión de un informe forense previamente elaborado con el fin de informar sobre posibles fallos metodológicos y/o conclusiones erróneas indicando los pasos necesarios para completar objetivamente la evaluación.

A su vez, los informes periciales son medios probatorios sometidos al principio de contradicción, y según el artículo núm. 347 punto cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, 2009), en el que se exponen las posibles actuaciones de los peritos en el juicio o en la vista, se incluye la «Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria», que se puede llevar a cabo con lo que denominamos «careo de peritos» o mediante el análisis del otro informe presentado.

En esta línea, bajo una perspectiva legal queda justificada la realización de los contrainformes siempre que se realicen con los más altos niveles de objetividad y respeto por el trabajo del otro profesional (u otros profesionales).

VII. CONCLUSIONES

Evidenciada la especificidad del rol forense del psicólogo y las repercusiones sociales que conlleva esta práctica laboral, parece fundamental velar por la realización de una labor profesional sustentada por la ética.

Por ello, además de ser indispensable seguir trabajando para la creación y diseño de pautas y/o directrices que tengan como objetivo velar por una tarea profesional óptima del psicólogo en este contexto, trasladamos también a los técnicos que trabajan en este ámbito la responsabilidad de formarse y reciclarse de manera continuada y de no dejarse llevar por motivaciones que no prioricen y velen por el mejor interés de los menores implicados en los procedimientos en los que se requieren sus servicios, ya que tendrán en sus manos el destino de personas y sus dictámenes pueden conllevar una decisión judicial con consecuencias, en ocasiones, negativas y difícilmente reversibles.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2009), *Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings*. Disponible en <http://www.apa.org/practice/guidelines/child-custody.pdf>.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1989), *Convención de los Derechos del Niño.* Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

CAYUELA, R., JARNÉ, A. y MOLINA, A. (2005), «Estudio descriptivo de las denuncias atendidas por la Comisión Deontológica del COPC en relación con las intervenciones periciales», en R. ARCE, F. FARIÑA, y M. NOVO, *Psicología jurídica* (pp. 247-255). Colección Psicología y Ley, 1. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.

Código Civil Español (2000). Disponible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>.

COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS (1987), *Código deontológico del psicólogo.* Disponible en <http://www.cop.es/vernumero.asp?id=7>.

COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS DE MADRID (2009), *Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores.* Disponible en <http://www.copm.org>.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2010), *Conclusiones del Seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del derecho de familia*. Disponible en <http://www.icam.es/docs/ficheros/201004200007_6_0.pdf>.

DAY, A. y WHITE, J. (2008), «Ethical practice from the perspective of the forensic psychologist: Commentary on the uses and value of the australian psychological society (2007) code of ethics», *Australian Psychologist*, 43(3), pp. 186-193.

DEL RÍO, C. (2000), «Informes de parte en conflictos matrimoniales: implicaciones deontológicas», *Infocop, 10*, pp. 15-20.

ECHEBURÚA, E. (2002), «El secreto profesional en la práctica de la psicología clínica y forense: alcance y límites de la confidencialidad», *Revista Análisis y modificación de conducta*, 28(120), pp. 485-501.

EUROPEAN FEDERATION OF PSYCHOLOGISTS ASSOCIATIONS (2001), *The European Psychologist in forensic work and as expert witness. Recommendations for an ethical practice*. Disponible en <http://www.efpa.eu/ethics/efpa-guidelines>.

FARIÑA, F., SEIJO, D., ARCE, R. y NOVO, M. (2002), *Psicología Jurídica de la Familia: Intervención en casos de separación y divorcio*. Barcelona: Cedecs.

GRANADOS, F. (1991), *Ética y técnica de la intervención psicológica en los juzgados de familia* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, 1991. Madrid: Universidad Complutense.

GREENBERG, S. y SHUMAN, D. (1997), «Irreconcilable conflict between therapeutic and forensic roles», *Professional Psychology, Research and Practice*, 28(1), pp. 50-57.

— (2007), «When worlds collide: Therapeutic and forensic roles», *Professional Psychology, Research and Practice*, 38(2), pp. 129-132.

HELTZEL, T. (2007), «Compatibility of therapeutic and forensic roles», *Professional Psychology, Research and Practice*, 38(2), pp. 122-128.

IBÁÑEZ, E. y ÁVILA, E. (1989), «Psicología forense y responsabilidad legal», en GARZÓN, E. (comp.), *Psicología y Justicia* (pp. 287-326). Valencia: Promolibro.

KNAPP, S., GOTTLIEB, M., BERMAN, J. y HANDELSMAN, M. (2007), «When laws and ethics collide: What should psychologists do?», *Professional Psychology, Research and Practice*, 38(1), pp. 54-59.

KNAPP, S. y VAN DE CREEK, L. (2001), «Ethical Issues in Personality Assessment in Forensic Psychology», *Journal of Personality Assessment* 77, pp. 242-254.

Ley de Enjuiciamiento Civil. (2009). Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17493.pdf>.

MARTÍN, S. (2002), «El consentimiento informado y el dictamen pericial psicológico», en URRA, J. y VÁZQUEZ, B (comps.), *Tratado de Psicología Forense* (pp. 837-844). Madrid: Siglo Veintiuno.

MAZA, J.M. (2001), «Responsabilidad del médico forense», en REGO, J.L. (2001), *Deontología del médico forense*, Madrid: Centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia.

MONTERO, J. (2001), *Guarda y custodia de los hijos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ORTEGA, I. (2002), «El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea», *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2(3), pp. 87-108.

PACKER, I.K. (2008), «Specialized practice in forensic psychology: Opportunities and obstacles», *Professional Psychology: Research and Practice*, 39, pp. 245-249.

STAHL, P.M. (1994), *Conducting child custody evaluations a comprehensive guide,* Thousand Oaks, California: Sage Publications.

TORRES, I. (2002), «Aspectos éticos en las evaluaciones forenses», *Revista de Psicología. Universitas Tarraconensis*, 24, pp. 58-93.

Uniform Marriage and Divorce Act (1970), 402, 9A U.L.A. 561. Retrieved 04/02/2008, 2008, Disponible en <http://www.abanet.org>.

URRA, J. (2007), *Psicología y Deontología. Estudio empírico basado en dilemas éticos* (tesis doctoral), Universidad de A Coruña, 2007.

WHITE, J., DAY, A. y HACKETT, L. (2007), *Writing reports for court: A practical guide for psychologists working in forensic contexts*. Australian Academic Press.

ZUBIRI, F. (2006), «Valoración de la prueba pericial», *Cuadernos de derecho judicial*, 12, pp. 219-259.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Aunque la hija haya tardado más de veinte años en ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial y la accesoria de impugnación de la paternidad matrimonial, no se considera que exista mala fe en el ejercicio del derecho ni fraude de ley. No se aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a la madre biológica, ya que esta tenía conocimiento del procedimiento e intervino como testigo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de abril de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª María Luisa mantuvo una relación estable extramatrimonial con D. Guillermo, desde 1958 hasta el fallecimiento de éste, en 2008. D.ª María Luisa se casó en 1968 con D. Remigio y durante el matrimonio, en 1970, nació la demandante en este pleito, D.ª Elvira, que fue inscrita como hija matrimonial de D. Remigio.

D.ª Elvira mantuvo relaciones con D. Guillermo, durante los periódicos encuentros que su madre y D. Guillermo mantuvieron a lo largo de su vida. Desde los 11 años sabía que D. Guillermo era su padre biológico. Este había pagado los gastos de educación de su hija y ésta había mantenido relaciones familiares con los hijos de la demandante.

D. Remigio falleció en 1992 y D. Guillermo en 2008.

A la muerte de D. Guillermo, D.ª Elvira demandó a sus herederos D. Jenaro, D. Mariano, D. Cipriano, D. Benigno, D.ª Benita y D. Dámaso, interponiendo una demanda de reclamación de la filiación no matrimonial y de impugnación de la filiación contradictoria, al amparo del art. 131 CC.

Los demandados opusieron la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al considerar que debía demandarse también a los herederos del padre D. Remigio y a la madre, D.ª María Luisa. Además, alegaron que la acción se había interpuesto en forma tardía y que era contraria a la doctrina de los actos propios.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Córdoba dictó Sentencia el 9 de junio de 2010 estimando la demanda. La cuestión del litisconsorcio pasivo necesario fue resuelta en sentido negativo por auto de 3 de junio de 2009. Respecto al fondo del asunto, después del examen de las pruebas, la sentencia dijo que se alcanzaba «[...] la conclusión, por presunciones, de

que es más que probable que D. Guillermo sea el progenitor de la actora, y es aquí, con el anterior acervo de pruebas, donde debe valorarse la negativa de los demandados a someterse a las pruebas biológicas interesadas de contrario», aunque no la trata como una *ficta confessio*, sino en conjunto con la prueba practicada.

En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 3 de diciembre de 2010 confirmando la sentencia recurrida con los siguientes argumentos: a) no puede estimarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, porque lo que se reclamó fue la filiación paterna, no siendo cuestionada la materna y la madre, Sra. María Luisa, fue oída como testigo, por lo que la alegación de los recurrentes sobre la infracción del art. 766 LEC, «carece de fundamento y debe ser rechazada por considerar que lo que estos pretenden es ampararse en formalismos enervantes para impedir que se entre en el fondo de la cuestión debatida»; b) de los actos de la Sra. María Luisa, madre de la demandante, «se deduce con meridiana claridad estar conforme con la pretensión deducida por la hija»; c) las pruebas no dejan lugar a dudas y la valoración efectuada no incurre en ningún error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción; d) no está justificada la negativa de los recurrentes a la prueba biológica en el hecho de que la actora actuaba de mala fe, puesto que ésta no se ha probado; e) la actitud obstruccionista a la prueba biológica produce infracción del art. 118 CE, puesto que «[...] en los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, de acuerdo con la jurisprudencia del TS»; f) la acción de reclamación de la filiación puede ser ejercitada por el hijo durante toda su vida y en este caso, se ejercitó 7 meses después del fallecimiento del padre biológico, lo que es suficiente para desestimar la alegación de que la demandante actuó de mala fe, y g) «no es aplicable la doctrina del retraso desleal al presente supuesto, ni por tanto ha quedado acreditado que la actora actuara contraviniendo el principio de buena fe».

D.ª Benita, D. Benigno y D. Cipriano interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

Los recurrentes, al amparo del Art. 469, 1, 2 LEC, denuncian la infracción del Art. 766 LEC, porque no se demandó a la madre ni a nadie como heredero del progenitor legalmente determinado, que debe ser parte en el procedimiento, por lo que no se puede reservar al demandante la facultad de decidir sobre qué progenitor de los inscritos en el Registro civil debe ser demandado. Ello implica no respetar ni el principio de tutela judicial efectiva, ni el principio de seguridad jurídica. Deben ser demandados quienes aparezcan como progenitores suyos en virtud de la filiación legalmente determinada.

El motivo no se estima. En las acciones de impugnación de la filiación, el art. 766 LEC exige que se demande «a quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada», sustituyéndose por los herederos cuando alguno de ellos hubiese fallecido. Esta regla general crea un litisconsorcio pasivo necesario en este tipo de acciones, por lo que la ley exige que se demande a la madre y si no lo es, en principio, estará mal constituida la litis. Ahora bien, para decidir el caso concreto, debe procederse a la interpretación de la norma, en este caso, el art 766 LEC, de acuerdo con su espíritu y finalidad, según dispone el art 3.1 CC. Así, las razones por las que, a diferencia de lo

que ocurría en el Código civil, se introdujo la necesidad de demandar a la madre en el art. 766 LEC son: la primera, que en los procedimientos de impugnación de la paternidad se van a discutir cuestiones que afectan al derecho a la intimidad de la madre; en segundo lugar, que si no se la demanda, se puede producir indefensión, por lo que la necesidad de demandarla constituye una garantía procesal; y la tercera, porque la filiación es indivisible y la declaración de paternidad extramatrimonial afecta a la matrimonial de la madre también. Estas razones van más allá de un puro formalismo, que es el que late en las alegaciones de la parte recurrente desde el inicio del procedimiento, y teniéndolas en cuenta, hay que rechazar que en el presente supuesto se haya producido una falta de litisconsorcio pasivo necesario, que deba llevar a la anulación de todo el procedimiento. Una solución de este tipo implicaría volver al inicio, demandar a la madre y dilatar la solución que muy probablemente sea la misma que se ha producido en las sentencias recaídas hasta ahora.

Hay que tener en cuenta que: 1.º Esta Sala ha manifestado reiteradamente que no tiene que ser demandado quien dentro del proceso ha reconocido la legitimación del otro. (SSTS de 2 abril 1986, y 16 julio 1985, entre otras). 2.º La madre ha tenido oportunidad de declarar en el procedimiento sobre el núcleo de la cuestión discutida, es decir, si el progenitor biológico de su hija y demandante D.ª Elvira era su marido, D. Remigio, o bien D. Guillermo, porque ha intervenido como testigo en el pleito y se ha manifestado explícitamente sobre la cuestión debatida y concretamente, a favor de la paternidad de D. Guillermo.

2. Recurso de casación

En el primer motivo se alega la interpretación errónea del Art. 7.1 CC, que exige que los derechos se ejerciten conforme a las reglas de la buena fe. El conflicto jurídico se produce porque «ha transcurrido un tiempo suficiente para permitir a la parte contraria confiar en que no se va a ejercitar la acción de reclamación de la filiación, habiéndose producido una acomodación a la actitud resultante de tal conducta pasiva». Se ha retrasado durante más de 20 años el ejercicio de la acción, lo que permitió al padre que nunca reconoció a la demandante, que ésta no iba a ejercitar la acción de reclamación. Se va a examinar conjuntamente con el motivo segundo, que denuncia la inaplicación del Art. 6.4 CC, que proscribe el fraude de ley. La actora conoce la regla de la imprescriptibilidad y la utiliza a su conveniencia para elegir el momento de ejercicio de las acciones. La finalidad de la regla del Art. 133 CC es que el transcurso del tiempo no constituya un obstáculo para el ejercicio de la acción en el momento en que surja el conocimiento de la filiación. La imprescriptibilidad es una norma de cobertura dictada para fines distintos a los que se han utilizado y se ha burlado para conseguir otros derechos protegidos en el ordenamiento jurídico, como la seguridad, el derecho al honor y la intimidad familiar y el ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe.

Los motivos primero y segundo se desestiman.

La parte recurrente denuncia la infracción de dos normas generales que chocan frontalmente con la regla de la imprescriptibilidad de las acciones de filiación durante la vida del hijo. Las razones por las que la ley declara imprescriptible una acción obedecen a la necesidad de proteger determinados principios o intereses generales que son superiores a otros presentes y absolutamente legítimos en el ordenamiento jurídico, pero que no tienen la preponderancia de aquellos especialmente protegidos. Siguiendo este argumento, la acción para reclamar la determinación de la filiación biológica constituye una manifestación del principio de protección de la persona, que es preferente en nuestro ordenamiento por declaración expresa del art. 10 CE y para ello, en el art. 39.2 CE, se determina que la ley posibilita la investigación de la paternidad, lo que va a abrir la puerta a las obligaciones impuestas en el párrafo tercero del propio art. 39 CE. Consecuencia de ello, el Código civil trata de forma distinta la prescripción en las acciones de impugnación y las de reclamación: estas son imprescriptibles para el interesado, es decir, el hijo, quien puede ejercerlas durante toda su vida.

La pretensión de que se considere abusivo o fraudulento que el hijo ejercite una acción de reclamación mucho tiempo después de haber

conocido su origen biológico resulta contraria a los principios protegidos en el ordenamiento jurídico, que priman la dignidad de la persona frente a los otros derechos que los recurrentes consideran vulnerados.

No puede excluirse como regla general, que una reclamación de filiación pueda resultar efectuada en fraude de ley, pero para que pudiera declararse así, se requeriría la determinación de la norma defraudada y el resultado contrario que produciría en el ordenamiento jurídico español. Es obvio que ello no es lo que se pretende con la acción de reclamación ejercitada por D.ª Elvira, quien ha ejercitado la acción en el momento que ha considerado oportuno, a la vista de sus circunstancias personales y familiares. Y, por supuesto, dentro del plazo previsto por la ley, es decir, durante su vida.

En apoyo de esta argumentación debe constarse también que la norma no es extravagante y se inserta en un contexto más amplio tanto en el propio Código civil, en el que también existen acciones imprescriptibles (art. 1965 CC), como en otros ordenamientos jurídicos (así, el Art. 248 Codice civile italiano y el Art. 235-21.1 Código civil de Cataluña).

No existe abuso de derecho porque el hijo ejercite la acción de reclamación de filiación paterna bastante tiempo después de conocer la verdad biológica y tras el fallecimiento del presunto padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de abril de 2012.

Ponente. **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Ignacio y D.ª Concepción sostuvieron una relación puntual de la que nació D.ª Araceli. Después del nacimiento de la niña, los padres solo mantuvieron contados contactos telefónicos. D. Ignacio contrajo matrimonio con D.ª Josefa.

D. Ignacio falleció el 29 de mayo de 1996 sin haber reconocido a D.ª Araceli.

D.ª Araceli interpuso una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial contra la esposa e hijo de D. Ignacio.

Contestó la demanda oponiéndose D.ª Josefa, esposa de D. Ignacio; D. Sebastián no contestó la demanda y fue declarado en rebeldía.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Madrid dictó Sentencia el 30 de noviembre de 2009 estimando la demanda. Negó que el hecho de que la demanda se hubiera interpuesto después de la mayoría de edad y al no haber prueba alguna de que su único interés sea la herencia de quien podría ser su abuelo constituyeran causas de abuso del derecho ni de mala fe. Respecto a la prueba, se había producido una negativa a la prueba biológica por parte de los demandados, pero existía en el procedimiento un documento auténtico del presunto padre y además una prueba biológica del hermano del padre, aportada con la demanda, de cuyas conclusiones se deducía una posibilidad del 99,75% de que el hermano del presunto padre fuera el tío de la demandante.

En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 6 de octubre de 2010 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Josefa. Los argumentos jurídicos fueron

los siguientes: a) «se acredita la realidad de la relación en el momento de la concepción entre D.ª Concepción, progenitora biológica de la recurrida y el declarado padre, D. Ignacio»; b) de ello hay que deducir que D. Ignacio es el padre biológico de la demandante D.ª Araceli; c) «es completamente indiferente cuándo la hija demandante haya ejercitado la acción de filiación paterna, toda vez que le corresponde durante toda su vida, y entablada, por cierto, después de madurar la decisión, cuando tuvo conocimiento tardío del hecho, y sin que conste ejercicio abusivo del derecho, más allá de las manifestaciones interesadas de parte».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso de alega la vulneración del art. 133 CC en la redacción resultante de la STC 273/2005, de 27 octubre, en función del carácter abusivo del ejercicio de la acción. La acción no fue ejercitada por la madre biológica durante la vida del padre, por lo que, en el momento actual, la acción «lo es de declaración de parentesco entre hermanos», para lo que no existe específica habilitación legitimadora ni previsión alguna en el Código. El Art. 133 CC ampara una pretensión a favor del hijo, pero no para legitimar una acción de fraternidad como lo es la actual porque el destinatario ha fallecido. Por ello, la acción es abusiva y excede de los límites del Art. 133 CC. Dice que concurren los elementos para que se declare el ejercicio con manifiesto abuso del derecho, porque las intenciones expresadas para justificar el ejercicio de la acción, se pretende sacar «un inconfesado rendimiento patrimonial treinta años después» de una esporádica relación de fin de semana; carácter abusivo de pretensiones legitimarias por parte de quien impidió que la voluntad testamentaria del causante pudiera valorar la desconocida verdad biológica y la producción de un daño a tercero.

El motivo se desestima.

Debemos reproducir aquí lo que se afirma en la STS 208/2012, de 11 de abril. La parte recurrente denuncia la infracción de la regla del abuso del derecho, lo que choca frontalmente con la imprescriptibilidad de las acciones de filiación durante la vida del hijo. Las razones por las que la ley declara imprescriptible una acción obedecen a la necesidad de proteger determinados principios o intereses generales que son superiores a otros presentes y absolutamente legítimos, pero que no tienen la preponderancia de aquellos especialmente protegidos. Siguiendo este argumento, la acción para reclamar la determinación de la filiación biológica es una manifestación del principio de protección de la persona, que es preferente en nuestro ordenamiento por declaración expresa del art. 10 CE y para ello, en el art. 39.2 CE se afirma que la ley posibilita la investigación de la paternidad, que va a abrir la puerta a las obligaciones impuestas en el párrafo tercero del propio art. 39 CE. Consecuencia de ello, el Código civil trata de forma distinta la prescripción en las acciones de impugnación y las de reclamación: estas son imprescriptibles para el interesado, es decir, el hijo, quien puede ejercerlas durante toda su vida.

La pretensión de que se considere abusivo que el hijo ejercite una acción de reclamación mucho tiempo después de haber conocido su origen biológico, resulta contraria a los principios protegidos en el ordenamiento jurídico, que priman la dignidad de la persona frente a los que los recurrentes consideran vulnerados.

D.ª Araceli ha ejercitado la acción en el momento que ha considerado oportuno, a la vista de sus circunstancias personales y familiares. Y, por supuesto, dentro del plazo previsto por la ley, es decir, durante su vida.

En apoyo de esta argumentación debe constarse también que la norma no es extravagante y se inserta en un contexto más amplio tanto en el propio Código civil, en el que también existen acciones imprescriptibles (art. 1965 CC), como en otros ordenamientos jurídicos, como el Art. 248 del Código italiano y el Art. 235-31.1 del Código civil de Cataluña.

Se desestima la acción de impugnación de la paternidad, ya que por haber contraído matrimonio con la madre la filiación reconocida se convirtió en matrimonial, por lo que el plazo de caducidad a aplicar sería el del año previsto en el art. 136 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de10 de mayo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Hermenegildo contrajo matrimonio con D.ª Candelaria en 1992. D.ª Candelaria tenía un hijo, nacido en 1981 de una anterior relación, que fue reconocido por D. Hermenegildo una vez contraído el matrimonio con la madre. Debido a las diferencias entre ambos, D. Hermenegildo emancipó al hijo D. Julio, en 1999.

D. Hermenegildo demandó a D. Julio y D.ª Candelaria, ejercitando la acción de impugnación del reconocimiento de la filiación. Los demandados opusieron la irrevocabilidad del reconocimiento y que solo era posible por la concurrencia de vicios de la voluntad.

El Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 1 de Torrevieja dictó Sentencia el 20 de enero de 2005, desestimando la demanda. Recogió los tres criterios aplicables en materia de impugnación del reconocimiento de conveniencia y dijo que la doctrina moderna «[...] parte de la premisa de definir el reconocimiento como un acto unilateral, personalísimo, formal y sobre todo irrevocable (Art. 741 CC), por ello únicamente pierde su fuerza legal si se acredita que se ha incurrido en vicio de la voluntad», casos que no ampararían el reconocimiento de complacencia. En el caso actual, «tratándose de una filiación matrimonial, sería aplicable el Art. 138, en relación con el Art. 141, de manera que hubiera tenido éxito la acción de haberse incoado al año de haberse producido el reconocimiento. No es aplicable al supuesto de autos el Art. 140 previsto para la filiación no matrimonial, como ha declarado el TS en sentencia de 26 noviembre 2001».

En grado de apelación, la AP de Alicante, Sec. 7.ª, dictó Sentencia el 19 de septiembre de 2006, confirmando la anterior sentencia. Como argumentos constan los siguientes: (a) la paternidad deriva del propio acto de reconocimiento; (b) aunque fuera de complacencia, no incurre en error porque «el actor era plenamente consciente, pues el niño ya tenía nueve años cuando contrajo matrimonio con su madre, de que él no era el progenitor»; (c) a pesar de ello «[...] procedió a practicar el reconocimiento de la filiación del mismo, lo que, de conformidad con los arts. 108, 115 y 119 CC, suponía determinar y calificar dicha filiación como matrimonial»; (d) no habiendo resultado probado el error invocado, D. Julio «tiene la cualidad a todos los efectos de hijo matrimonial». El recurrente no puede apoyarse en el Art. 140 CC «dado que la filiación tiene carácter de matrimonial, mientras que las hipótesis prevenidas en el expresado precepto son las referidas a «filiación no matrimonial»[...]».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente sostiene en el primer motivo del recurso que no se han aplicado las normas de derecho sustantivo y jurisprudencia adecuadas para resolver las cuestiones objeto de debate, por lo que denuncia la aplicación indebida de los arts. 138 y 141 y la no aplicación del Art. 140 CC. Dice el recurrente que se ejercitó la acción del Art. 140 CC, es decir, la impugnación de la paternidad y no la del reconocimiento. Falta la realidad biológica, que es el presupuesto base de la filiación, porque el demandado no es hijo biológico del recurrente. Insiste en que se impugna la filiación y no el reconocimiento. Alega a su favor las SSTS de 12 julio 2004 y la de 27 mayo 2004. Sintetizando, señala que la acción ejercitada es la de impugnación del Art. 140 CC y no la del Art. 141, ya que no hay vicio del consentimiento. La doctrina del TS dice que es posible ejercitar la acción de impugnación de paternidad al amparo de lo dispuesto en el Art. 140 CC cuando se trate de un reconocimiento de complacencia en el que no existe paternidad biológica. En el motivo segundo alega la infracción de los arts. 138 y 141 CC, en relación con los arts. 108, 115 y 119 CC por su aplicación indebida y el Art. 140 CC en relación con el Art. 120 CC por su no aplicación. No se puede calificar la filiación como matrimonial, porque falta el hecho de la concepción por naturaleza. Los arts. 118 y 119 CC parten de que existe paternidad biológica. Infringe la doctrina que entiende que en estos casos nos hallamos ante una filiación no matrimonial y no una filiación matrimonial.

Antes de entrar a examinar los concretos argumentos del recurso, el Tribunal Supremo analiza la naturaleza de la filiación a partir del reconocimiento realizado por el ahora recurrente.

Tal como se ha recogido en los antecedentes resumidos en el FJ 1 de esta sentencia, el recurrente D. Hermenegildo reconoció al hijo de su esposa después de haber contraído matrimonio con ella. La sentencia recurrida ha aplicado correctamente el Art. 119 CC, que establece que «la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado conforme a lo dispuesto en la sección siguiente». Por ello, debemos examinar si han concurrido los requisitos exigidos para que la filiación de D. Julio tenga carácter matrimonial.

1.º D. Julio nació antes del matrimonio de su madre.

2.º D. Hermenegildo contrajo matrimonio con la madre de D. Julio, cuando éste contaba nueve años.

3.º Una vez contraído este matrimonio, D. Hermenegildo reconoció al hijo de su esposa, es decir, de acuerdo con uno de los medios para determinar la filiación extramatrimonial, previstos en el Art. 120 CC.

4.º Este reconocimiento, efectuado constante matrimonio, atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial, puesto que el matrimonio de los padres produce el cambio de régimen de la filiación, tal como afirma la STS 1162/2002, de 28 noviembre, que dice «En cambio, la impugnación de la filiación (ya determinada), después del matrimonio de los padres es el de la filiación matrimonial. Por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen y se cumple la prevención del artículo 119 de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento. Este reconocimiento deja sin efecto la indeterminación de la filiación no matrimonial por interpretación "a contrario sensu" de la resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de Enero de 1988».

Por tanto, D. Julio es hijo matrimonial de D. Hermenegildo.

Además, debe recordarse que la aplicación del Art. 119 CC se produce con independencia de la existencia o no de relación biológica del padre reconocedor con el reconocido, porque se trata de un efecto legal del reconocimiento, unido al matrimonio de los padres. La restauración de la situación relativa a la coincidencia con la verdad biológica solo puede tener lugar

mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, que deben ejercitarse en los plazos y condiciones previstos en la ley.

La naturaleza matrimonial de la filiación ahora impugnada impide la aplicación del Art. 140 CC, contrariamente a lo que pretende el recurrente. Por tanto, debería haberse ejercitado la acción del Art. 136 CC; sin embargo, ello no era posible por haber transcurrido el plazo de un año desde la inscripción. Además, el marido sabía que el hijo a quien reconocía no era suyo desde el punto de vista biológico (Art. 136 CC) y no concurre ningún vicio de la voluntad en el reconocimiento (Art. 138 CC).

Pero aun en el hipotético caso de que se tratara de una filiación no matrimonial, había ya también transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el Art. 140.2 CC, que resulta aplicable según la STS 318/2011, de 4 julio, que declaró la siguiente doctrina: «La acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del Art. 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento», partiendo de las sentencias 453/2004, de 27 mayo; 1012/2008, de 29 octubre; 1177/2008, de 5 diciembre y 751/2010, de 29 noviembre, que habían aceptado la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial del Art. 140 CC, pero habían declarado su caducidad por no haberse efectuado dentro de plazo. Con la doctrina de la Sala expresada en la STS 318/2011 citada, queda superada la doctrina anterior citada por el recurrente y por ello, no aplicable.

GUARDA Y CUSTODIA

El Tribunal Supremo solo puede modificar el sistema de guarda cuando el juez *a quo* no aplica correctamente el principio de protección del menor. No se accede a la custodia compartida al declarar probado la sentencia recurrida que las relaciones entre los progenitores eran conflictivas, pues solo se comunicaban vía sms.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Adriano y D.ª Elsa contrajeron matrimonio el 12 de mayo de 2002.

El 1 de abril de 2004 nació del matrimonio una hija, a quien se le puso el nombre de Noelia.

El 19 de abril de 2005 se dictó sentencia de separación de mutuo acuerdo con aprobación de la propuesta de convenio regulador de 17 de febrero de 2005 en la que se atribuía la custodia a la madre.

D. Adriano interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas contra D.ª Elsa solicitando, con carácter principal, la guarda y custodia compartida de la hija del matrimonio y, de forma subsidiaria, la ampliación del régimen de visitas. D.ª Elsa interpuso igualmente demanda de divorcio solicitando la custodia materna de la menor.

El 6 de octubre de 2008 se emitió informe del equipo técnico psicosocial en el que se llegaba a la conclusión de que no era conveniente establecer una custodia compartida.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de San Vicente del Raspeig dictó Sentencia el 23 de diciembre de 2008 decretando el divorcio y acordando, en cuanto a la guarda y custodia de la hija menor, en atención a la pericial judicial practicada y al interrogatorio de los padres, que «a la vista de la edad de la menor y la relación existente actualmente entre los padres, sería más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre». Esta decisión se basó en el hecho probado de que, a raíz de un desencuentro habido entre los progenitores, las relaciones habían dejado de ser cordiales, comunicándose solo vía «sms».

En grado de apelación, la SAP de Alicante, Sec. 6.ª dictó Sentencia el 23 de septiembre de 2009 desestimando el recurso. El argumento utilizado por la Audiencia Provincial para desestimar la pretensión de custodia compartida es el siguiente: «La guarda compartida fue debidamente rechazada en la instancia, siendo criterio de esta Sala que, en supuestos como el presente, en que no concurren los requisitos de procedibilidad que constituyen exigencia legal para poder atender la pretensión de custodia conjunta, dado que no hay acuerdo de las partes al respecto ni el Ministerio Fiscal informa favorablemente esta petición (artículo 92, apartados 5 y 8, del Código Civil), así como en los que las relaciones entre los progenitores resultan ser muy conflictivas, no procede acordar este tipo de medida (sentencias de esta Sección de 9 de marzo de 2006, 1 de febrero de 2007, 17 de febrero de 2009 y 16 de julio de 2009)».

D. Adriano ha interpuesto recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivo del recurso.

El único motivo admitido por la Sala se introduce con la siguiente fórmula: «Se interpone el presente recurso de casación en base al motivo contenido en el art. 477. 2.3. º y 477.3 de la LEC habida cuenta que la sentencia recurrida resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor, siendo que en este caso, no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

Es este motivo se alega la infracción art. 92 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, justificando la existencia de interés casacional por tratarse de una norma de vigencia inferior a cinco años. La parte recurrente alega también la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales citando por un lado las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección sexta, de 8 de mayo de 2006 y de 29 de diciembre de 2004 que determinan entre los requisitos para la custodia compartida el acuerdo mutuo entre los progenitores, y por otro las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección decimoctava, de 20 de febrero de 2006 y la de la Audiencia Provincial de Castellón, sección segunda, de 23 de octubre de 2006 que determinan la procedencia de la custodia compartida aún no existiendo mutuo acuerdo entre los progenitores.

En este motivo la parte recurrente considera que la sentencia recurrida no argumenta la causa por la que considera que el nivel de conflicto entre los progenitores es elevado ni se refiere a los supuestos en que la custodia compartida puede ser concedida a pesar de no estar de acuerdo ambos progenitores. Considera que no existe nivel de conflictividad entre los progenitores y que la custodia compartida procede aun cuando sea

instada por uno de los progenitores, sin que deba otorgarse al informe desfavorable del Ministerio Fiscal valor vinculante para el Juez, según la Exposición de motivos de la ley 15/2005 de 8 de julio. Precisa también que en el caso el Ministerio Fiscal se apoyó en el informe psicosocial y que este informe tampoco tiene atribuido carácter vinculante en el artículo 92.9 del Código Civil.

2. Doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el régimen de guarda y custodia compartida, en todos aquellos asuntos en los que se ha justificado el interés casacional. Así, en la sentencia de 28 septiembre 2009, RC núm. 200/2006, se interpretó el art. 92 CC en el sentido siguiente: «[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1, 2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda"».

Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006, se señaló que «[...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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 compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

3. Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, 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 (SSTS de 22 julio 2011 RC 813/2009 y STS de 21 julio de 2011 RC 338/2009), pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este.

El recurso de casación interpuesto debe de ser desestimado por las siguientes razones:

El recurrente no alega en su recurso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida, único supuesto en el que procede la revisión en casación de los casos de guarda y custodia. La parte recurrente ataca los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial. Estos argumentos fueron tres: 1.º) la falta de requisitos del artículo 92, apartado 5 del CC (acuerdo de las partes); 2.º) la falta de requisitos del artículo 92, apartado 8 del CC (informe favorable del Ministerio Fiscal); 3.º) existencia de relación conflictiva entre los progenitores.

En cuanto al primero de ellos, la parte recurrente señala que la custodia compartida puede ser solicitada también únicamente por uno de los progenitores y que la sentencia recurrida no ha hecho referencia a este supuesto. Esta posibilidad está recogida legalmente (92.8 CC) sin que la sentencia recurrida haya realizado una interpretación contraria de este precepto, al recoger en sus fundamentos por remisión a la normativa, los dos supuestos legales: acuerdo de los progenitores o, falta de acuerdo con informe favorable del Ministerio Fiscal.

En cuanto al segundo de los fundamentos utilizados por la sentencia recurrida, la parte recurrente señala que el informe de Ministerio Fiscal desfavorable no puede tener un carácter vinculante para el Juez en detrimento de sus funciones judiciales. Este planteamiento ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, aún pendientes de resolver. La interpretación planteada por la parte recurrente sobre el carácter vinculante o no del informe del Ministerio Fiscal, no resulta condicionante para la decisión de este recurso al no ser la única razón en la que la sentencia recurrida apoyó su decisión de desestimación, pues se atendió a la conflictividad entre los cónyuges para denegar la custodia compartida.

Este último argumento también es atacado por la parte recurrente señalando que no existe conflictividad entre los cónyuges, lo que por sí solo supone causa de desestimación del recurso al producirse una alteración de la base fáctica de la sentencia recurrida que, con fundamento en la sentencia de primera instancia, ha declarado la existencia de conflictividad entre los cónyuges, cuya comunicación se realiza por mensajes de texto de móvil («sms»).

En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso. La sentencia recurrida, en su fundamentación ha confirmado la decisión de la sentencia de primera instancia que consideró más conveniente para la protección del interés de la menor la custodia materna en atención no solo al informe psicológico emitido, sino también en atención al interrogatorio de las partes. Una valoración conjunta de la prueba practicada determinó que la sentencia de primera instancia y por confirmación, la sentencia aquí recurrida, consideraran que «era más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre». La decisión está basada, por tanto, en el interés de la menor en atención a la prueba practicada. Como se señala en la STS de 3 de octubre de 2011 RC núm. 1965/2009 «este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino solo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor, tal como se ha dicho ya en la STS 496/2011, de 22 julio». Al haberse atendido en el caso planteado al interés del menor, y no haberse justificado que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente a este interés en función de la prueba practicada, el motivo ha de ser desestimado. Y todo ello, sin perjuicio de que pueda volver a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello.

No puede establecerse la custodia compartida cuando los progenitores no la han solicitado expresamente, dado que cada uno ha interesado que se le atribuyese la custodia exclusiva de los hijos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de abril de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Carlos José y D.ª Trinidad contrajeron matrimonio en 2001. Tuvieron una hija en 2005.

En 2007 se separaron por acuerdo mutuo y otorgaron un convenio regulador en el que se atribuyó la guarda y custodia a la madre.

D. Carlos José interpuso demanda de divorcio solicitando que se modificaran las medidas acordadas en el convenio regulador y que fueron homologadas en la sentencia de separación. La petición se centra en la atribución de la guarda y custodia de la niña, ya que el padre pidió la guarda exclusiva, con un amplio régimen de visitas a la madre.

D.ª Trinidad se opuso a la petición de su ex marido y pidió que se mantuvieran las medidas acordadas en la sentencia de separación respecto a la guarda y custodia.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 28 de julio de 2008, decretando el divorcio y estableciendo un sistema de guarda y custodia compartida, basándose en los informes de los servicios psicosociales obrantes en autos. Argumentó la sentencia que, en el procedimiento, la cuestión a resolver era si el interés de la niña se tutelaba mejor con el mantenimiento de la guarda exclusiva de la madre, con un derecho de visitas del padre, o bien debía modificarse lo decretado en la sentencia de separación. Puso de relieve que «el Ministerio Fiscal informó favorablemente la opción de la custodia compartida, pero lo cierto es que el actor y la demandada se inclinaron por reclamar cada uno la custodia de su hija y solo tímidamente la parte demandada manifestó que en su caso no se opondría a la custodia compartida». A la vista de los informes y valorando las pruebas, «[...] ha de acordarse de que ambos progenitores compartan el ejercicio de la patria potestad sobre su hija, modificándose lo resuelto en la sentencia de separación matrimonial en cuanto al tiempo en que la niña debe permanecer al cuidado de uno y de otro progenitor, y estableciendo en su lugar un reparto igualitario del tiempo de convivencia de Esther con su madre y con su padre, al cuidado de uno y otro [...]».

En grado de apelación, la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, dictó Sentencia el 21 de septiembre de 2009 revocando la sentencia apelada en lo relativo a la atribución de la guarda y custodia compartida en base a que: a) la guarda y custodia compartida es una medida que debe ser adoptada en interés de la menor; b) debe adoptarse siempre que lo hagan conveniente las circunstancias concurrentes en cada caso; c) debe considerarse en primer lugar que «en los escritos polémicos de las partes cada una interesa la atribución de la custodia para sí, en la vista, el padre reitera esta atribución y la madre en realidad también insiste en que se le atribuya a ella, lo que se reitera en el escrito de interposición del recurso, aunque dijera que no se opone al régimen compartido con condiciones de modo

que ni siquiera puede afirmarse que dicho régimen haya sido instado por una de las partes»; d) no puede decirse que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 92.8 CC; e) de los informes en los que se basa la sentencia recurrida, debe destacarse que «no es posible aun recomendar una custodia compartida»; f) «[...] la jurisdicción no puede alcanzar a imponer una medida que la propia ley califica de excepcional, y que en definitiva está resultando ineficaz e incluso contraproducente para el adecuado desarrollo y estabilidad de la menor porque la deseada coparentalidad responsable no está siendo posible y la profundización en la vinculación paterna tendrá que hacerse de otra manera», y g) la Sala estima que en la sentencia de separación se valoraron las mismas circunstancias, sin apreciarse incidencia esencial para modificar, pues «no se han acreditado variaciones [...] de carácter sustancial, en particular no se acredita que la atención de la madre a la hija se haya visto afectada negativamente de manera grave, ni que haya proyectado sobre la misma conducta alguna que no sea adecuada».

D. Carlos José interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Alega el recurrente la infracción del Art. 218.2 LEC, por vulneración del deber de motivación de las sentencias. La sentencia recurrida no da ninguna razón que justifique el cambio de criterio respecto de la sentencia de 1.ª instancia, limitándose a «obviedades como son la potestad discrecional del tribunal; el beneficio al menor, o la inexistencia de causas sobrevenidas, pero sin detallarlas».

El motivo no se estima.

La STS 287/2011, de 14 abril dice que «Como afirma la sentencia de esta Sala núm. 804/2010 de 16 diciembre, la resolución no puede considerarse debidamente motivada cuando resulte imposible conocer las verdaderas razones de su fallo (sentencia de 22 abril 2002) o no resuelva la cuestión verdaderamente planteada (sentencias de 14 abril 1999 y 9 junio 2004). La misma sentencia se refiere a la del Tribunal Constitucional n.º 236/2005, de 26 septiembre, que declara lo siguiente: «En relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal, en la STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4, resume la doctrina y recuerda que «la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1y 3)», por ello, prosigue esta misma Sentencia, «la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión —haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley—, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1)».

Pues bien, aplicando la doctrina expresada, debe desestimarse el motivo, porque la sentencia razona adecuadamente la denegación del régimen compartido de la guarda y custodia, con

la correspondiente atribución de la exclusiva teniendo en cuenta diferentes factores:

1.º Que no se ha pedido dicho régimen por ninguna de las partes.

2.º La valoración de la prueba consistente en los informes emitidos por el gabinete psicosocial adscrito a los juzgados de Familia.

3.º Que la medida es excepcional e incluso puede resultar contraproducente para la menor, porque la «deseada coparentalidad» no resulta posible en el momento actual.

4.º Que dadas las circunstancias, el único régimen beneficioso para la menor es la guarda exclusiva de la madre.

5.º Que al tratarse de modificación de las medidas adoptadas en su momento, no se ha demostrado que haya razones para el cambio ni que vaya a producir beneficios a la menor.

Por tanto, no debe confundirse la existencia de motivación, con la motivación que más se ajuste a los deseos de la parte litigante. La Audiencia provincial ha basado su argumentación denegatoria de la guarda compartida en el beneficio/interés de la hija menor y en la falta de petición por parte de los progenitores, requisito del Art. 92 CC, como se verá en el FJ 5 de esta sentencia. Por ello debe concluirse que existe motivación suficiente a los efectos del control de la concurrencia de los requisitos exigidos en el Art. 218 LEC.

En el motivo segundo se alega la incorrecta valoración de la prueba practicada. Se refiere al dictamen o informe psicológico que, según el recurrente, no dice lo que le hace decir el tribunal, por lo que se incurre en un manifiesto error en la valoración de la prueba, ya que lo actuado acredita lo contrario. Se vulnera lo establecido en el art. 348 LEC. Añade que las partes están conformes con la custodia compartida, el Ministerio Fiscal es favorable y el gabinete psicosocial del propio juzgado como consejo o dictamen, considera que es lo mejor para la niña.

El motivo se desestima.

El tribunal realiza una correcta valoración de la prueba consistente en los informes de los servicios psicosociales del juzgado, que, al tener categoría de informes periciales, deben ser valorados de acuerdo con lo que dispone el Art. 348 LEC (STS 660/2011, de 5 octubre) y no son vinculantes para el juez. La valoración de la prueba es correcta y el recurrente no puede pretender que se examine de nuevo en casación, porque basándose la sentencia recurrida en el interés de la menor, examina las conclusiones de los informes y llega a una conclusión correcta. No se puede imponer la propia interpretación de la prueba pericial y más cuando, como se examinará en la argumentación del recurso de casación, ninguno de los progenitores pidió que se estableciera el régimen de guarda y custodia compartida.

2. Recurso de casación.

Se alega interés casacional en base al art. 477.2, 3 LEC por vulneración de norma con menos de cinco años de vigencia, como es el art. 92 CC, en su redacción de 2005. Reproduce los requisitos para que el juez decrete la custodia compartida, que son que sea solicitada por uno solo de los progenitores, que el Ministerio Fiscal se pronuncie de forma favorable y que solo de este modo se proteja el interés del menor. Señala que no se han producido los supuestos en que debe negarse la custodia compartida. Dice que ésta fue solicitada, inicialmente, por ambos cónyuges, por lo que el juez venía obligado a concederla, aunque posteriormente la madre se desdijera solo en la fase de apelación. Con este sistema se protege el interés de los menores.

El motivo se desestima.

El Art. 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite «excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco», acordar este tipo de guarda «a instancia de una de las partes», con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión «excepcionalmente», véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide

uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

No obsta a lo anterior lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el Art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el Art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código civil.

En consecuencia, dado que ninguno de los progenitores ha pedido la guarda y custodia compartida, como pone de relieve la propia sentencia recurrida en su FJ 2, mal puede haberse infringido el Art. 92.5 y 8 CC.

Motivo segundo. Al negar la pretensión del recurrente, la sentencia recurrida desconoce que el «bonum filii» tiene un carácter informador del derecho de familia, con lo que vulnera el principio constitucional de protección integral de los hijos, según el art. 39.2 CE y la configuración de la patria potestad como función y como derecho-deber, de acuerdo con el art. 154 CC.

El motivo se desestima. La sentencia recurrida, después de poner de relieve la falta de petición del régimen de la guarda y custodia compartida, mantuvo el sistema de guarda acordado por las partes en el convenio regulador. En las presentes circunstancias, no se ha detectado que el interés del menor deba ser protegido mediante la modificación de las medidas. No debe entrarse a examinar este motivo porque faltan los presupuestos exigidos en el Art. 92 CC, como se ha dicho ya en el anterior FJ.

El recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia para resolver qué modelo de custodia procede, dado que las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales tienen en cuenta las situaciones concretas de cada caso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Juan Francisco y D.ª Lourdes contrajeron matrimonio en 1993. Tuvieron dos hijos. Eran menores de edad en el momento de interponerse la demanda de divorcio.

En 2003 se separaron, dictándose sentencia en un procedimiento de mutuo acuerdo, en el que se acordó la guarda y custodia exclusiva de la madre.

D. Juan Francisco interpuso demanda de divorcio contra D.ª Lourdes y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «... se dicte sentencia por la que: "1.º Se decrete la disolución matrimonial por causa de Divorcio el matrimonio formado por Juan Francisco y Lourdes. 2.º Se atribuya la guardia y custodia compartida de los menores a favor de los dos progenitores. 3.º Teniendo en cuenta la edad de los hijos y atendiendo en todo momento al interés de los mismos, se

establece en periodos alternos de cuatro semanas que comenzarán a partir de las 20 horas de los domingos y concluirán a las 20 horas del domingo de la cuarta semana siguiente. 4.º Se establezca que existe un régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no tenga a los mismos durante el periodo en el que los niños estén con el otro progenitor, y respecto de periodos vacaciones: El intercambio de los menores se realizará alternativamente en una y otra vivienda, debiendo ser el progenitor que inicia la estancia el que lo recoja, así mismo, se establece un régimen de visitas dos fines de semana de los cuatro correspondientes a la estancia, concretamente el primer y el tercer fin de semana de cada periodo desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo. En cuanto al periodo de Navidad, considerando que se trata de unas fechas en que resulta conveniente que los menores puedan estar con ambas partes, se suspenderán las estancias ordinarias, y se fijarán dos periodos a disfrutar por cada uno de los progenitores que comprenderán desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 31 de diciembre a las 20.00 horas y desde éste hasta el día en que reanude la actividad escolar. Cada año le corresponderá a un progenitor el eje del periodo (*sic*), y en caso de desacuerdo, elegirá, la madre los años pares y el padre en los años impares. Y en cuanto a las vacaciones de Semana Santa se establecerán igualmente dos periodos, correspondiendo cada uno de ellos a cada progenitor, eligiendo en caso de desacuerdo la madre los años pares y el padre los años impares. En igual sentido se dividirán las vacaciones de verano. 5.º Alimentos a favor de los hijos del matrimonio. Teniendo en cuenta el establecimiento de una custodia compartida, no se considera necesario un establecimiento de cantidad alguna.

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.ª Lourdes, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... se dicte en su día sentencia por la que se acuerde el Divorcio y la disolución del matrimonio, manteniendo las medidas adoptadas en la sentencia de separación. Subsidiariamente, y para el caso de que se otorgue la guarda y custodia compartida se acuerde que el padre deberá de seguir abonando en concepto de alimentos para los hijos del matrimonio, la cantidad que venía abonando hasta el momento, esto es, la acordada en la Sentencia de separación con las actualizaciones correspondientes en la cuenta designada por la madre, o subsidiariamente se reduzcan a la mitad».

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria dictó sentencia el 28 de diciembre de dos mil nueve, acordando el divorcio y manteniendo las medidas que se establecieron en la Sentencia de separación, aunque ampliando el régimen de visitas.

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Vitoria dictó sentencia el 7 de diciembre de 2010 desestimando el recurso interpuesto por D. Juan Francisco. Indica la Sentencia que desde mediados de 2002, los niños han permanecido con la madre, ya que el padre no solicitó la guarda y custodia ni de forma compartida, hasta llegar al acuerdo en el procedimiento de separación. Señala que «Desde entonces hasta abril de 2008, el interés de los menores ha estado adecuadamente protegido conviviendo con la madre y relacionándose ampliamente con el padre». Por ello, «no se aprecia un cambio sustancial de las circunstancias que justifique que en este momento el interés de los menores solo se vaya a proteger adecuadamente con la guarda y custodia compartida». De las circunstancias que quedan probadas en el procedimiento, se deduce que no existe interés de los menores en la adopción de este régimen de guarda. Al no haberse producido ninguna modificación de

las circunstancias, no se acuerda tampoco la modificación de la cuantía de la pensión por alimentos a cargo del padre.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se justifica el recurso por la concurrencia de interés casacional, dado que la sentencia recurrida resuelve una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales y además, se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cita diversas sentencias, según el recurrente, contradictorias entre ellas, sobre el establecimiento del régimen de la guarda y custodia compartida como muy favorable para el interés del menor. Añade que, a la vista de esta jurisprudencia, «se considera la existencia de infracción por inaplicación indebida, del art. 92.8 y 9 CC, habida cuenta que en el presente supuesto concurren todos los elementos necesarios para que el Juez acuerde la guarda y custodia compartida, determinado por el Informe del equipo psicosocial y avalado por el MF en ambas instancias». A continuación reproduce el contenido de los respectivos informes.

El motivo se desestima.

Este recurso vuelve a incidir en una problemática ya resuelta por esta Sala en sentencias que luego se citarán. Se pretende que se considere como doctrina contradictoria de las Audiencias provinciales las diversas resoluciones que se han dictado resolviendo los casos puntuales relativos a la atribución de la guarda y custodia compartida a la vista de la situación concreta de cada niño, lo que determina la solución más adecuada en cada caso.

Como afirma la STS 578/2011, de 21 julio, en todos los casos examinados contenidos en las sentencias de contraste, «las Audiencias provinciales han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenido en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque al contrario, todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el art. 92 CC. En definitiva, las sentencias que aporta son un pretexto para presentar el recurso, ya que cada una de ellas decide según las circunstancias de los casos planteados, teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho», que es el interés del menor. De este modo debe excluirse la concurrencia del interés casacional.

En el propio motivo primero, el recurrente efectúa un análisis exhaustivo de la prueba practicada, concluyendo que debía haberse acordado este régimen de guarda. 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».

El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El Juez ha valorado los informes que constan en los autos y ha considerado que lo más adecuado para el menor era el mantenimiento del régimen acordado por sus progenitores en el procedimiento de separación. 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.

En conclusión, la sentencia recurrida ha examinado las pruebas aportadas, cuya evaluación se ha producido dentro de los criterios establecidos para la valoración de la prueba en la LEC, y que, además, no se ha impugnado por el cauce establecido para ello, es decir el recurso extraordinario por infracción procesal.

Las mismas razones llevan a la desestimación del motivo segundo, que afirma que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala, en relación a la interpretación del art. 92.8 CC, con cita de las SSTS 94/2010, de 11 marzo, y 576/10 de 1 octubre.

VIVIENDA FAMILIAR

Los hijos mayores de edad quedan fuera de la protección del artículo 96 del Código Civil aunque carezcan de independencia económica.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Begoña y D. Héctor tuvieron dos hijas, que actualmente son mayores de edad.

En 2008, D.ª Begoña presentó demanda de divorcio contra D. Héctor, solicitando entre otras medidas que se le atribuyera el uso de la vivienda familiar, a lo que se opuso el marido, quien alegó que la esposa gozaba de un importante patrimonio inmobiliario.

El Juzgado de 1.ª instancia e Instrucción de Massamagrell dictó Sentencia el 24 de abril de 2009, atribuyendo el uso de la vivienda conyugal «[...] a la madre y a las hijas, aunque con carácter temporal, limitado al plazo de un año desde la fecha de la sentencia», a partir del cual deberían abandonarla, dejándola a disposición del Sr. Héctor.

En grado de apelación la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 5 de mayo de 2010 suprimiendo la limitación temporal establecida en la sentencia de 1.ª instancia con respecto a la atribución de la vivienda familiar, porque «las dos hijas, aunque son mayores de edad, no son independientes, tal como el propio demandado reconoció respecto de la hija mayor», por lo que «atendiendo a las necesidades de las hijas, la Sala estima oportuno suprimir la limitación temporal de un año establecida en la sentencia recurrida, y acordar que la atribución del uso de la vivienda acabará cuando las hijas sean independientes».

D. Héctor interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que acordó que no procedía atribuir el uso de la vivienda familiar ni a la madre ni a las hijas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente denuncia la oposición de la sentencia por la Audiencia Provincial a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente a las SSTS 100/2006, de 10 febrero, y 22 abril 2004, en las que se dice que el derecho de uso se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad. No existiendo hijos menores de edad, debe aplicarse el art. 96.3 CC, que prevé que la atribución del

uso de la vivienda al cónyuge no titular debe ser la excepción y que en el caso de que se atribuya, debe limitarse en el tiempo.

El motivo se estima.

La STS 624/2011, de 5 septiembre, del Pleno de esta Sala, distingue los dos párrafos del Art. 96 CC en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos «como concreción del principio *favor filii*», pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas. Así se dice: «Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1.º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el Art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1.º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el Art. 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los Arts. 142 y siguientes del CC (…) En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 CC, según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Aplicando la anterior doctrina, debe declararse que las hijas del matrimonio Héctor-Begoña no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda que fue domicilio habitual, sobre la base de los siguientes argumentos:

1.º La vivienda se ha atribuido a las hijas mayores de edad sin limitación de plazo, forzando el art. 96.3 en una especie de interpretación analógica con el 96.1 CC.

2.º Si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a la Sra. Begoña, las razones deberían haber estado fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores que el art. 96 CC no tutela.

3.º No constituye un interés digno de protección, de acuerdo con el Art. 96.3 CC, la convivencia de la Sra. Begoña con sus hijas mayores, ya que como se ha dicho antes, éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que

fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres.

4.º En el supuesto de que las hijas necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección que le ofrece el Art. 149 CC y decidir proporcionarlos «manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos».

En consecuencia, debe casarse y anularse en parte la sentencia recurrida, procediendo a revocar el segundo apartado del Fallo que acuerda «Revocar la citada sentencia para declarar que la actora y sus hijas podrán usar el domicilio familiar hasta la independencia económica de las hijas». Se mantiene en todo lo demás la sentencia recurrida. Al haberse anulado dicha parte del fallo, procede que esta Sala asuma la instancia y por ello se dicta sentencia y se desestima en parte la demanda formulada por D.ª Begoña y se declara que no procede atribuir el uso del domicilio familiar sito en Albuixec (Valencia) a las hijas del matrimonio ni a la madre.

Existiendo menores de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar les corresponde a ellos, sin que pueda entrar a valorarse si el interés del progenitor no custodio es el más necesitado de protección.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Esmeralda y D. Ceferino contrajeron matrimonio en 2001. Tienen un hijo, nacido en 2003.

La Sentencia de la AP de Bizkaia, sección 4.ª, de 24 de febrero de 2006, declaró la separación de los cónyuges y estableció las siguientes medidas: (a) atribución de la guarda y custodia del hijo menor al padre D. Ceferino, con previsión de que dicho menor debía seguir escolarizado en el centro donde trabajaba la madre; (b) derecho de visitas de la madre; (c) atribuyó el uso del domicilio familiar al hijo y al progenitor custodio, y (d) estableció la suma de 200 euros mensuales a cargo de la madre como alimentos al hijo.

D.ª Esmeralda presentó una demanda de divorcio, en la que pidió la modificación de las medidas adoptadas en la separación, referidas a la guarda y custodia del hijo menor y, en razón de la misma, la atribución del uso del domicilio conyugal «a la actora e hijo».

D. Ceferino contestó, alegando que no se había producido ninguna circunstancia para la modificación de las medidas relativas a la guarda y custodia del hijo y, en consecuencia, ello afectaba al uso de la vivienda conyugal.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Bilbao dictó Sentencia el 9 de julio de 2009 estimando la petición de divorcio y manteniendo la guarda y custodia del padre, si bien modificó el régimen de comunicación, visitas y estancias y, «en lógica correlación con la desestimación del cambio de guarda y custodia», desestimó «la pretensión de dejar sin efecto la medida relativa al uso de la vivienda familiar a favor del menor y del padre», al no concurrir ninguna alteración de las circunstancias que se habían tenido en cuenta en la sentencia de separación.

En grado de Apelación la AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, dictó Sentencia el 8 de septiembre de 2010 desestimando el recurso. Con respecto a la atribución de la guarda al padre y valorando la prueba pericial consistente en los informes de los servicios del Juzgado, entendió que el padre desarrollaba correctamente sus funciones. Se mantenía el uso del domicilio familiar al hijo y al progenitor que ejerce la guarda y custodia, al considerarse que las circunstancias alegadas por la recurrente no tenían virtualidad para alterar la atribución efectuada en la sentencia recurrida, porque el progenitor «[...] que ejerce la custodia de tal menor, debe necesariamente convivir con el mismo en el domicilio que fuera familiar, por mor de lo dispuesto en el art. 96 CC».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente que existe contradicción en relación con la interpretación del art. 96.1 CC y «no existe respecto al concreto punto de aplicación automática del mencionado párrafo o finalista y flexible, doctrina jurisprudencial». Alega una serie de sentencias de las Audiencias provinciales que aplican el mencionado art. 96.1 CC de una manera literal o automática y otras que consideran que puede atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge apartado de sus hijos cuando su interés sea el más digno de protección. Acaba considerando que a la vista de esta diversidad, los perfiles del art. 96 CC no están bien determinados en la ley ni en la jurisprudencia, por lo que debe fijarse una interpretación conjunta.

El motivo se desestima.

La recurrente pretende que se unifique la doctrina relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar y presenta un recurso de casación por interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, en este momento y a partir de la STS 236/2011, de 14 abril, se unificó la doctrina en el punto controvertido y esta Sala ha venido manteniendo la que se reproduce a continuación: «El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. [...] Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios». Y se había recogido en «la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto». Aplicando esta doctrina al presente caso, debe rechazarse el recurso de casación, porque la recurrente pretende que se le adjudique el uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar, sin tener en cuenta el principio del interés del menor, protegido en el art. 96.1 CC, que es el aplicable. Por ello, la ley atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor custodio cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, como sucede en el presente.

Cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor, y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª María y D. Luciano se casaron en 1999. Tuvieron dos hijos, menores de edad en el momento de la presentación de la demanda. Su régimen económico matrimonial fue el de bienes gananciales.

Los cónyuges tenían su domicilio conyugal en una casa adquirida por el marido D. Luciano, antes de contraer matrimonio.

D.ª María presentó demanda de divorcio en 2009, en la que pidió la guarda y custodia de los hijos, con un régimen de visitas del padre, la atribución del uso de la vivienda conyugal, los alimentos de los hijos y una pensión compensatoria.

D. Luciano se opuso en parte a la demanda y señaló que en la planta baja de la casa tenía su taller y pidió que se le reservase el derecho de uso de esta parte del inmueble, para instalar allí su vivienda.

El Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 3 de Vélez Málaga dictó Sentencia el 30 de junio de 2009, estimando en parte la demanda. En lo relativo a la atribución del uso de la vivienda y la partición de la casa, decidió que «se atribuye a la madre el uso y disfrute de la planta alta del domicilio familiar y al padre la planta baja y sótano [...]. El demandado Luciano deberá costear todas las obras necesarias para independizar ambas plantas».

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 28 de septiembre de 2010, revocando la de instancia en lo relativo a la división de la vivienda. Argumentó lo siguiente: (a) el art. 96 CC se limita al inmueble que constituye la vivienda familiar con la finalidad de satisfacer las finalidades de alojamiento de los hijos y debe aplicarse en este proceso; (b) la solución consistente en la división material en dos viviendas «carece de amparo en el citado precepto»; (c) si la vivienda familiar se divide «[...] ya no se trataría de vivienda familiar sino de otra u otras distintas», y (d) ello podría constituir un «[...] ataque a la intimidad y a la dignidad de las personas que supondría seguir habitando los ex cónyuges divorciados en el mismo inmueble en el que han habitado juntos diez años simplemente separándolos un tabique».

D. Luciano interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso pone de relieve la existencia de dos corrientes de interpretación del supuesto de división material y adjudicación de la vivienda familiar puesto que el procedimiento

matrimonial no es el marco adecuado para dilucidar la división material y adjudicación de los diferentes componentes de la vivienda familiar (SSAP Sta. Cruz de Tenerife 501/2002, de 129 julio y 729/2000, de 16 septiembre y SSAP de Las Palmas 198/1998, de 27 julio y 366/2008 de 29 mayo; SAP Murcia 342/2003, de 20 noviembre y Madrid 5 abril 2001). Un segundo criterio jurisprudencial admite la división material de la vivienda al amparo del Art. 96 CC, siempre que se acredite que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad y no exista relación conflictiva entre los interesados (SSAP Sevilla 26/2008, de 31 enero; 68/2000, de 3 febrero; SAP Madrid, 549/2010, de 26 julio; Alicante, 648/2003, de 20 noviembre, y Albacete, 20 octubre 2008). El segundo motivo dice que las sentencias indicadas como favorables a la petición del recurrente indican que los requisitos que se deben acreditar son tres: que sea posible la división desde el punto de vista material; que las unidades resultantes tengan condiciones de habitabilidad y que no exista conflictividad entre los cónyuges, requisitos que concurren en el presente supuesto.

Los motivos se estiman.

La cuestión se centra en el debate acerca de la división de un inmueble de tres plantas, con el fin de destinar una parte del mismo a la habitación de su propietario exclusivo, el marido, y la otra parte, al mantenimiento del domicilio familiar.

Esta Sala ha reiterado que la disposición del Art. 96 CC en relación a la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia está establecida para proteger el interés de los menores, no en interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad (SSTS 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2009, de 18 enero, entre otras). De este modo, la división de un inmueble a los efectos que se pretenden en el presente litigio, tiene como único límite esta protección.

Sin embargo, el Art. 96 CC no resulta suficiente, en el plano objetivo, para resolver el conflicto planteado, sino que a través de la interpretación adecuada de las normas de acuerdo con la realidad del tiempo en que deben ser aplicadas, debe decidirse si existen intereses contrapuestos. Señala el Ministerio Fiscal con acierto que las sentencias de contraste citadas no acuerdan la división de la vivienda sin más, sino que tienen en cuenta las circunstancias a las que se ha aludido antes y que se dan en este caso, lo que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia recurrida.

Un nuevo argumento lo proporciona el hecho de que el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el Art. 33 CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como en el art. 47 CE, que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina jurisprudencial: cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

La estimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Luciano contra la SAP de Málaga, sección 6.ª, de 28 septiembre 2010, determina la de su recurso. En consecuencia, se casa y anula la sentencia recurrida y asumiendo esta Sala funciones de instancia, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª instancia e instrucción n.º 3 de Vélez Málaga, de 30 junio 2009, en la parte relativa a la atribución a los hijos y al progenitor custodio de la planta primera del inmueble propiedad del marido como vivienda familiar, manteniendo el progenitor no custodio el uso del resto de su propiedad. Los gastos serán de cuenta del recurrente.

Se formula la siguiente doctrina: cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso entre los cónyuges no puede atribuirse el uso de viviendas o locales distintos a aquél que constituye la vivienda familiar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Pablo y D.ª Enma contrajeron matrimonio en 1988. Tienen dos hijos, menores en el momento de presentar la demanda. Actualmente han alcanzado la mayoría de edad.

El 21 de noviembre de 1995, los cónyuges pactaron la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y el régimen de separación de bienes. Se atribuyó a la esposa el piso que constituye la vivienda familiar y al esposo la propiedad de otro piso, que siguió siendo usado por la esposa para el ejercicio de su profesión de médico dentista, sin pago de renta alguna.

En 2009, el esposo, D. Pablo, presentó la demanda de divorcio, y entre otros pronunciamientos solicitó que se le atribuyera el uso de la vivienda ocupada por su esposa como despacho profesional y que se la requiriera para su desalojo en un plazo no superior a seis meses.

D.ª Enma pidió que se le otorgara el uso del referido local.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de El Ferrol dictó Sentencia el 21 de diciembre de 2009, desestimó la demanda en relación con la atribución del uso de local comercial al esposo en base a que: a) «teniendo en cuenta la situación económica de ambos cónyuges y con la finalidad de garantizar la estabilidad económica de los dos hijos comunes se considera que lo más adecuado es otorgar el uso y disfrute de esa vivienda a D.ª Enma, condicionando esta atribución a que lo siga destinando a clínica odontológica»; b) «ese uso se atribuye no en interés de la misma sino en interés de los hijos comunes por lo que no puede tener carácter indefinido», por lo que entendió suficiente atribuirlo durante diez años, periodo en que los hijos adquirirán capacidad suficiente para acceder al mercado laboral.

En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 15 de julio de 2010, confirmando la atribución del uso a la esposa «no obstante pertenecer privativamente al ex esposo y no constituir domicilio familiar», ya que esta decisión «se adoptó razonadamente, de manera excepcional, con una duración proporcionada y es ajustada a derecho al estar fundada en la concreta necesidad de asegurar los alimentos y el bienestar de los hijos, es decir, el interés de estos, atendidas las circunstancias del caso, los acuerdos anteriores y la continuidad de una situación que no es nueva sino de muchos años atrás».

D. Augusto interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, dejando sin efecto la atribución del uso del inmueble a la esposa.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos del recurso cuestionan que sea posible la atribución de segundas viviendas en los procedimientos matrimoniales. El primer motivo se basa en que se ha producido una infracción de los arts. 91, 96 y concordantes CC, así como del art. 1473 CC y el segundo, además, que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Los argumentos utilizados son: En el primer motivo, la infracción de los artículos citados, porque pretende atribuir el uso de una vivienda privativa que no constituye domicilio familiar del cónyuge no titular, ya que rige entre los cónyuges el régimen de separación de bienes. En el motivo segundo, se dice que las Audiencias Provinciales mantienen soluciones contradictorias: (a) la postura mayoritaria consiste en la negación de la atribución del uso y disfrute de la vivienda distinta de aquella que constituye el domicilio familiar, dado que el art 96 CC no prevé la asignación de otra distinta. En este grupo se incluyen las sentencias de la Audiencia provincial de Valencia, sección 10, 640/2002, de 4 diciembre; 661/2002, de 12 diciembre y 170/2003, de 27 marzo, así como otras que cita. (b) La postura minoritaria incluye sentencias que atendiendo al caso concreto, declaran la posibilidad de atribuir viviendas distintas a los solos efectos de cubrir las necesidades de habitación y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Cita las sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, sección 24, 528/2001, de 25 mayo y 269/2003, de 13 marzo. Finalmente, (c) postura intermedia, en algunas sentencias en las que se ha negado la atribución del uso y disfrute de vivienda distinta a la habitual, se asigna la administración a uno de los cónyuges, también en casos de necesidades de habitación y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Se citan las sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, sección 24, 608/2005, de 19 julio, y sección 22, 560/2007, de 25 septiembre, entre otras.

El recurrente afirma que la vivienda cuyo uso se ha atribuido, no ha constituido en ningún momento domicilio familiar, sino despacho de la ex esposa para ejercer en ella su actividad profesional; que el local es privativo del marido y que dicha actividad no está condicionada por el local que ocupa, entre otros argumentos.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 CC solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. El art 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio.

Existen varias razones para llegar a esta conclusión, dejando aparte la interpretación literal del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento, a la que se ha aludido:

1.ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges.

2.ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del art. 806 y ss LEC, en defecto de acuerdo previo.

3.ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el

uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el art. 103, 4.ª CC, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

Por otra parte, esta sentencia no contradice la 78/2012, de 27 febrero que atribuyó al marido el uso del domicilio familiar, debido a que ejercía allí su profesión de abogado, porque en el presente caso se trata de la decisión sobre el uso de un local que no es vivienda familiar y que, por esta condición, no puede ser atribuido en el procedimiento matrimonial.

En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

La doctrina casacional debe ser aplicada al presente recurso. Por ello, debe casarse en parte la sentencia recurrida, que confirmó la dictada por el juzgado de 1.ª instancia n.º 2 del Ferrol, de 21 diciembre de 2009, y dejar sin efecto la atribución efectuada a D.ª Enma del uso del piso (…) (…), situado en la dirección (…), propiedad de D. Pablo. No procede hacer ninguna atribución al recurrente del uso del piso de su propiedad, por no corresponder a este procedimiento matrimonial.

La estimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Pablo contra la SAP de A Coruña, sección 4.ª, de 15 julio 2010, determina la de su recurso, declarándose que no procede hacer ninguna atribución a D. Pablo del uso del piso de su propiedad y se pronuncia la siguiente doctrina: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

Al no haber existido convivencia familiar en el domicilio privativo del padre, no puede atribuirse el uso a la madre y al hijo, ya que estos ocuparon la vivienda tras la ruptura y por un acto de mera tolerancia del padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Ofelia y D. Fermín mantuvieron una relación sentimental, con convivencia, desde septiembre 2006 hasta noviembre 2008. De esta relación nació el hijo Nazario el 1 de diciembre de 2007.

La pareja estaba domiciliada en Mallorca, donde D. Fermín prestaba sus servicios como profesional del fútbol, hasta que fue contratado por un club turco, en cuyo momento trasladó su domicilio a Estambul, sin que le acompañara D.ª Ofelia.

D.ª Ofelia ocupa en la actualidad un inmueble propiedad de D. Fermín, en una localidad cercana a Madrid. Las partes han reconocido en el procedimiento que no llegaron a compartir nunca esta vivienda, aunque, debido a la tolerancia de su propietario D. Fermín, la Sra. Ofelia y el hijo común residen en dicha vivienda.

D.ª Ofelia demandó a D. Fermín, ejercitando una acción de reclamación de la guarda y custodia, alimentos y atribución del uso y disfrute del domicilio familiar. En lo relativo a la vivienda, pidió que se le atribuyera el uso y disfrute del inmueble situado en Boadilla del Monte. D. Fermín se opuso alegando que nunca habían convivido en esta vivienda y que su intención al comprarla fue la inversión.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 18 de mayo de 2010, estimó en parte la demanda, atribuyó a D.ª Ofelia la guarda y custodia del niño Nazario, estableció un derecho de comunicación y estancias de Nazario y su padre; fijó la cuantía de los alimentos y no atribuyó la vivienda porque «con independencia de la ocupación posterior a la ruptura no ha quedado acreditado que tuviera el carácter de residencia permanente e intencionada que exige el Tribunal Supremo [...]. Por lo tanto, entiende esta juzgadora que no puede realizarse la atribución *ex* art. 96.1 CC, al considerarse que la vivienda de Madrid tenía por objetivo cumplir una función ajena a la de propio y verdadero domicilio [...]».

En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 17 de febrero de 2011 revocando la Sentencia del Juzgado y atribuyendo a la madre y al hijo el uso de la vivienda. Razona la Sentencia que: (a) la vivienda de Boadilla estaba destinada a constituir domicilio familiar cuando los litigantes y su hijo se establecieran en España, pese a que no llegaron a consolidar dicha voluntad, como consecuencia de la residencia del padre fuera de España y la ruptura de la pareja; (b) el interés del menor es que la guarda y custodia la ejerza la madre y ésta reside en España, concretamente en Madrid, donde también reside su familia; (c) habida cuenta de dicho interés del menor, hay que aplicar la doctrina que considera que se trataría de vivienda familiar, «por estar adscrita al servicio del conjunto familiar satisfaciendo del mejor modo el interés del menor».

D. Fermín presenta recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que dejó sin efecto la atribución del uso de la vivienda a la madre y al hijo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso se formula al amparo del Art. 477, 2, 3 LEC, por ser la sentencia contradictoria con las que cita. Respecto del carácter de domicilio familiar del inmueble situado en Boadilla del Monte, el recurso dice que nunca conformó tal domicilio porque en él no vivieron nunca ni temporal ni permanentemente D. Fermín, D.ª Ofelia y el hijo de ambos, Nazario. A continuación, el recurso de casación denuncia la vulneración de una serie de normas relativas al derecho de propiedad, como los Arts. 348 y 349 CC, y Arts. 14 y 33 CE. Denuncia asimismo la contradicción con la jurisprudencia de esta Sala, concretada en las sentencias de 16 noviembre 1996, 30 enero 1993 y 18 mayo 1956. Cita también una serie de sentencias de Audiencias Provinciales, relativas a la interpretación del Art. 96 CC.

El motivo se estima.

El problema planteado en el presente ha sido objeto de la sentencia de esta Sala 284/2012, de 9 mayo, que ha sentado la siguiente doctrina casacional: «en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar».

Es cierto que en el presente recurso, los litigantes no han contraído matrimonio, por lo que la aplicación de esta doctrina exige una argumentación complementaria.

La aplicación del Art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la

residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges.

Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar.

En el presente litigio, las partes han estado de acuerdo en negar que el inmueble sito en Boadilla del Monte hubiera tenido en ningún momento la condición de domicilio familiar. Así:

1.º D.ª Ofelia tuvo la posesión de dicho inmueble por simple tolerancia de su propietario exclusivo, D. Fermín. D.ª Ofelia empezó a vivir allí cuando D. Fermín prestaba sus servicios como profesional del fútbol en un club turco y según sus propias manifestaciones, después de que la pareja hubiese ya entrado en un periodo de crisis. Ello prueba, como así se ha considerado en las dos instancias, que no existió en dicho inmueble una convivencia que pudiera haber atribuido al domicilio la condición de «familiar».

2.º El hecho de que D.ª Ofelia tuviera la posesión del inmueble y realizara en él obras, no lo convierte en domicilio familiar. Esta cuestión deberá examinarse en el momento de la liquidación de la posesión.

3.º D.ª Ofelia reconoció implícitamente que su domicilio familiar había quedado constituido en Lluchmajor, Mallorca, al demandar a D. Fermín en Mallorca, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 769.3 LEC, que establece que en los procedimientos sobre guarda y custodia de hijos menores y alimentos, «[s]erá competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores».

4.º La doctrina recientemente sentada por esta Sala, de acuerdo con la cual, no puede atribuirse a los hijos y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no haya tenido esta condición.

5.º Las necesidades de habitación del hijo menor, incluidas en el derecho de alimentos, no necesariamente deben ser solucionadas con la atribución de la posesión de un inmueble propiedad de su padre. La regulación del derecho de alimentos no exige una solución de este tipo.

La sentencia anulada contenía un pronunciamiento doble con dos decisiones interdependientes: la atribución del domicilio compensaba la cantidad que el padre debe prestar por alimentos al menor Nazario. Por tanto, debemos pronunciarnos sobre el conjunto de las obligaciones de alimentos, sin que ello sea incurrir en incongruencia.

Consecuencia de la anulación de los puntos tercero, cuarto y quinto de la sentencia recurrida, esta Sala repone la sentencia dictada en primera instancia, en los puntos tercero, cuarto y sexto de su fallo, de modo que:

1.º No se efectúa atribución del uso y disfrute del inmueble sito en la calle (…) n.º (…) de Boadilla del Monte.

2.º D. Fermín satisfará en concepto de alimentos al hijo común la cantidad de 4.000 euros.

3.º D.ª Ofelia y el menor Nazario deberán abandonar el inmueble de la calle (…) n.º (…) de Boadilla del Monte.

Aunque no se haya solicitado, debe atribuirse el uso de la vivienda familiar a la hija y al progenitor custodio, sin que con ello se vulnere el principio de congruencia habida cuenta del carácter de *ius cogens* de la medida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Juliana y D. Adolfo contrajeron matrimonio en 2005. Tienen una hija nacida en el mismo año. Su matrimonio está sujeto a la sociedad de gananciales.

Después de un episodio de violencia, ocurrido en 2009, que comportó una denuncia al marido, con una orden de alejamiento y la adopción de unas medidas de protección de la niña, los cónyuges viven separados.

D.ª Juliana presentó una demanda pidiendo el divorcio, la disolución de la sociedad de gananciales, la atribución de la guarda y custodia de la hija, unos alimentos de 400 euros mensuales y el derecho de visitas del padre.

El padre se opuso a la demanda y formuló reconvención, solicitando que se le atribuyera la custodia, y en tanto no se liquide la sociedad de gananciales se le atribuya el uso de la vivienda familiar.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Navalcarnero dictó Sentencia el 23 de marzo de 2010, acordando el divorcio y adoptando una serie de medidas relativas a la guarda y custodia de la hija, pero no atribuyó el uso de la vivienda: «habida cuenta de que la ahora demandante no solicitó la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal ni como medida civil en la solicitud de orden de protección (y posterior comparecencia), ni lo solicita en su demanda, se estima conveniente mantener la situación de hecho existente, atribuyendo, en consecuencia, al demandado D. Adolfo el uso y disfrute del domicilio conyugal [...]».

En grado de apelación la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 23 de febrero de 2011, confirmó la sentencia apelada. Dijo que «procede desestimar el segundo motivo del recurso relativo a la petición del uso del domicilio familiar, pues no se suplicó en la demanda al órgano judicial de la primera instancia; luego no puede ser petición *ex novo* en esta alzada y no puede ser motivo del recurso ya que el órgano *a quo* fue congruente con las peticiones de las partes según obliga el Art. 218 LEC; y según es doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo [...]».

D.ª Juliana interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que atribuyó el uso de la vivienda familiar a la madre e hija.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se sostiene en el recurso que la atribución de la vivienda conyugal infringe lo dispuesto en el Art. 96 CC, pues se realiza al cónyuge en cuya compañía no queda la hija común, menor de

edad. En apoyo de su argumentación cita las SSTS de 14 enero 2010, 18 enero y 8 octubre 2010. La sentencia recurrida también contradice los pronunciamientos de las Audiencias provinciales, en las sentencias que cita.

El motivo se estima.

El presente recurso de casación plantea dos problemas, uno de los cuales debe resolverse previamente, para poder entrar en el directamente objeto del recurso, que es la atribución de la vivienda. Se trata de una cuestión indirectamente planteada, pero que presenta un indudable interés y que consiste en determinar si en un procedimiento matrimonial, en el que las partes no han pedido la atribución de la vivienda familiar, se aplica, como afirma la sentencia recurrida, el principio de congruencia y que ello impediría que el tribunal se pronunciase. La solución que se dé a esta cuestión, determinará que esta Sala pueda o no entrar a resolver el problema directamente planteado sobre la atribución de la vivienda familiar.

El Art. 91 CC establece que «en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, [...], el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges [...] determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar [...] (énfasis añadido)». En aplicación de esta norma, el Art. 774. 4 LEC repite que el juez determinará en su propia sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar.

Lo anterior determina que el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello solo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el Art. 91 CC la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el Art. 752.2 y 3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni éste podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia.

En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984.

Resuelto lo anterior, esta Sala debe pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor de D.ª Juliana y a su madre, que ostenta la guarda y custodia.

Esta Sala ha formulado en la STS 221/2011, de 1 de abril, la siguiente doctrina que debe aplicarse a este caso concreto «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC», doctrina que se ha reiterado en las SSTS 236/2011, de 14 abril; 451/2011, de 21 junio y 642/2011, de 30 septiembre.

En ellas se argumenta que «El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (Art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el Art. 233-20.1 CCCat y Art. 81.2 CDF Aragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios». Este mismo argumento debe aplicarse en este recurso por lo que procede aplicar la doctrina antes reproducida.

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D.ª Juliana, contra la SAP de Madrid, sección 24, de 23 febrero 2011, determina la de su recurso.

Se casa y anula la sentencia recurrida, que confirmó la de 1.ª instancia pronunciada por el juzgado n.º 3 de Navalcarnero, en fecha 23 marzo 2010 y esta Sala debe dictar sentencia,

y atribuir el uso del domicilio familiar a la hija Tarsila y a su madre, como progenitor custodio, completando lo decidido en la sentencia dictada por el juzgado n.º 3 de Navalcarnero.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se confirma la extinción de la pensión compensatoria acordada por la Audiencia Provincial al considerarse acreditar la relación análoga a la marital, pues aunque la convivencia no fuese continuada bajo el mismo techo, el tercero acudía habitualmente a la vivienda e incluso se quedaba en ella muchos fines de semana.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

En la sentencia del divorcio de D. Dimas y D.ª Angelina, dictada por el Juzgado n.º 2 de Puerto de la Cruz en 24 octubre 1996, se reconoció a D.ª Angelina una pensión compensatoria de 1.000 euros mensuales por concurrencia de desequilibrio.

D. Dimas presentó una demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión compensatoria por convivir la esposa con un tercero.

D.ª Angelina reconoció la existencia de la relación aunque argumentó que no se trataba de una convivencia estable, por lo que no existía causa de extinción de la pensión compensatoria.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Puerto de la Cruz dictó Sentencia el 26 de mayo de 2009 desestimando la demanda en base a que las circunstancias que concurrían en el caso no permitían deducir prueba suficiente «[...] para acreditar que tales relaciones gocen de intensidad, habitualidad y permanencia, como para ser tenidas semejantes a las que mantienen las personas unidas en matrimonio sin estarlo, y que consistan en una apariencia cierta de cumplimiento de deberes de convivencia, ayuda y fidelidad que se impone en los arts. 67 y 68 CC, ni que tengan una proyección, en lo económico con datos objetivables, como cuentas conjuntas, disfrute de bienes comunes, etc., que puedan llevarnos a la certeza de una comunidad de vida [...]».

En grado de apelación, la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, dictó Sentencia el 8 de marzo de 2010 estimando el recurso y declarando extinguida la pensión compensatoria. Declaró probado que la convivencia de D.ª Angelina con una tercera persona tenía «carácter afectivo, con exclusividad, estabilidad emocional y vocación de continuidad»; de ello deducía que: a) en general, en estos casos se produce una dificultad probatoria, porque «no se escapa a la lógica el interés que subyace» en ocultar la relación convivencial, lo que dadas estas dificultades «se deba considerar suficiente la prueba indiciaria»; b) la actualidad social ha relativizado las diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho, de modo que «la estabilidad ya no es un dato tan relevante, o al menos ha de entenderse más limitada en el tiempo, referida solo a un propósito o proyecto de futuro»; c) de la prueba practicada se

deducía que en este caso «concurría el supuesto legal de convivencia similar a la marital que determina la extinción de la pensión compensatoria».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo se funda en el Art. 477, 2, 2 LEC, por existir jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales, en la interpretación del art. 101 CC, en relación al concepto de vida marital que produce la extinción de la pensión compensatoria. Denuncia la recurrente la vulneración del art. 101 CC. La doctrina de la sentencia recurrida es contraria a la de las SSAP de Sta. Cruz de Tenerife, de 7 noviembre 2005 y 19 febrero 2007, que aun siendo del mismo ponente que la recurrida, mantienen un criterio contrapuesto; también a las SSAP de la sección 12 de Barcelona, de 3 diciembre 1999, 21 marzo 2007 y 15 abril 2008 que exigen que la unión *more uxorio* tenga un carácter permanente y estable, de modo que se genere una posesión de estado familiar. Y finalmente, a las SSAP sección 3.ª de Valladolid, de 5 junio 1999 y 12 mayo 2005, que consideran que esta relación debe ser equiparable a la existente entre los cónyuges en una unión matrimonial ordinaria.

El motivo se desestima.

La reciente STS 42/2012, de 9 febrero, resuelve la cuestión planteada en este recurso. De acuerdo con el FJ 4.º de la STS citada, para dar sentido al Art. 101 CC, «[...] deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. El Código civil de Catalunya también incluye esta causa de extinción de la que denomina «prestación compensatoria», en su art. 233-19, 1, b), tal como lo había recogido el art. 86.1,c) CF.

Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina «vida marital» son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

Aplicando la doctrina anterior, debe concluirse que la convivencia de D.ª Angelina con una tercera persona desde 2006, que ha quedado plenamente probada y que la propia conviviente reconoció haberse producido, si bien sin estar de acuerdo con los efectos relativos a la pérdida de la pensión compensatoria, tuvo el carácter de «vida marital» a los efectos de la extinción de la pensión, de acuerdo con lo establecido en el Art. 101 CC, por las siguientes razones:

1.ª La ex esposa demandada y su hija reconocieron en el acto del juicio que la convivencia era real y que tenía una duración de dos años en aquel momento.

2.ª Aunque no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, el Sr. Dimas había acudido habitualmente a la vivienda de la Sra. Angelina no solo para visitarla, sino que también había residido allí muchos fines de semana.

3.ª Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: en el momento de la demanda de la comparecencia en el acto del juicio la demandada y su hija dijeron que en aquel momento la convivencia tenía una duración de aproximadamente dos años.

4.ª El entorno de D.ª Angelina conocía estas relaciones, como lo demuestra la declaración de la propia hija de la recurrente.

5.ª Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por «vida marital» en el Art. 101 CC.

Si los cónyuges pactaron una pensión compensatoria añadiendo que la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento del importe de la pensión a satisfacer por el esposo, debe mantenerse el pacto no impugnado en ningún momento con independencia de los ingresos que pueda percibir la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de abril de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. José Daniel y D.ª Carolina contrajeron matrimonio en 1986. En 2002 se pronuncia una sentencia de separación, con convenio regulador, que contenía la cláusula que se transcribe, relativa a la pensión compensatoria: «Cláusula Séptima. Por el notorio desequilibrio económico que esta separación produce a la Sra Carolina, en relación con el nivel de vida que venía disfrutando constante el matrimonio, el Sr. José Daniel se compromete a abonarle por el concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas (250. 000 pts) mensuales [...]. Teniendo en cuenta que la Sra Carolina percibirá una remuneración mensual de aproximadamente doscientas mil pesetas (200.000 pts) por su participación (33,33%) en la comisión del seguro de accidentes laborales contratado por MAPFRE con la Compañía Mercantil ALTADIS, SA esta situación no altera en absoluto la cuantía que por Pensión compensatoria se ha fijado en su favor. Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo».

D. José Daniel interpuso demanda de modificación de medidas contra D.ª Carolina pidiendo la extinción de la pensión compensatoria, entre otros extremos que han quedado firmes por no haber sido recurridos.

D.ª Carolina contestó diciendo que la previsión de la cláusula novena no afectaba a la pensión compensatoria, dado que se le reconocía plena libertad laboral y negocial.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 23 de Madrid dictó Sentencia el 10 diciembre 2009 estimando en parte la demanda y acordando la extinción de la pensión compensatoria, con los siguientes argumentos: (a) la causa que dio origen a la pensión no fue el desequilibrio, sino que se trataba de «una suerte de pensión vitalicia que confiere a la demandada un derecho

a percibir unas indemnizaciones de carácter personal por razón de los frutos obtenidos por una actividad mercantil durante la vigencia de la sociedad de gananciales», porque en realidad «tiene como causa el repartir los rendimientos fijos que se generan periódicamente como consecuencia del seguro aludido, extremo este que confirma la propia demandada [...]», lo que difiere de la finalidad de la pensión compensatoria del art. 97 CC; (b) debe estimarse la petición de extinción «[...] al no existir causa que motivara su nacimiento, por cuanto que el fin perseguido no era paliar el desequilibrio económico»; (c) además, considera probado que la esposa ha venido a mejor fortuna; (d) «[...] todo ello teniendo en cuenta que la renta vitalicia que se determina en el convenio regulador de separación puede establecerse en otro negocio jurídico más idóneo o solventarse en la liquidación del régimen económico de gananciales, ya mediante la acción de adición o complemento, ya por rescisión por lesión o por la vía que la parte estime adecuada dada la naturaleza ganancial del derecho discutido».

En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 29 de septiembre de 2010 confirmando la sentencia apelada. Para confirmar la Sentencia argumentó lo siguiente: (a) «[...] ha quedado completamente desvirtuada por su naturaleza tal y como se ha planteado, tal y como se pretende»; b) «[...] tal prestación no fue concebida a favor de persona de alta calificación profesional, que es Letrada en ejercicio», percibiendo unos importantes ingresos «que deben ser suficientes para atender ella misma a sus propias necesidades en fase de patología matrimonial pues este instituto jurídico no es un mecanismo jurídico equiparador de economías dispares»; (c) «[...] en esta esfera de Familia no existe el desequilibrio, aunque lo haya aritméticamente, si ambas partes trabajan y perciben ingresos conforme a su calificación profesional y actitud para generarlos», de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, y (d) «[...] es de aplicación el art. 101 del C.C. pues concurre la causa de extinción al concurrir el cese de la causa que lo motivó al encontrar trabajo, idóneo a su preparación, en el Despacho de Abogados citado y desde el 1 de marzo de 2004; y ello sí es modificación sustancial de las circunstancias».

D.ª Carolina interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo estimado este último por el Tribunal Supremo, que mantuvo la pensión compensatoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Alega la recurrente que pidió que se admitiera en segunda instancia la celebración de prueba referida a los ingresos del Sr. José Daniel; dicha prueba se acordó, pero no se celebró en la 1.ª instancia. Se pidió de nuevo su celebración en la segunda instancia, en aplicación del art. 460 LEC, siendo denegada. Denuncia que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Los dos medios de prueba que pretende que se admitan son una certificación del importe de lo que percibe el Sr. José Daniel como comisiones por el seguro suscrito con el Ejército, y que se certifiquen los ingresos que percibe el Sr. José Daniel a través de la correduría de seguros y de los ingresos que se adelantan de la propia correduría.

El motivo se desestima.

Dice la STS 91/2012, de 22 febrero que «El derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba debe entenderse incluido en el derecho

a la tutela judicial efectiva del artículo 24-1 de la Constitución Española, pero este derecho no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar su pertinencia y sus consecuencias para la solución de la cuestión planteada (STS 30 de julio 1999; 4 de mayo 2010; 13 de diciembre 2011). Corolario de ello es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente, como sucede en este caso, en aplicación estricta de normas legales, cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda».

En este caso, la denegación de la prueba en la segunda instancia debe considerarse correcta porque las pruebas pedidas en primera instancia y no practicadas por causa no imputable a quien las solicitó (Art. 460, 2, 2 LEC) no son definitivas para determinar la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el Art. 101 CC, porque la prueba debía referirse a la fijación de la causa que motivó la pensión y no la constituye la prueba de los ingresos del marido deudor. En definitiva, no se trataba de discutir si había o no participación en los ingresos, sino si había desequilibrio. Tal como se argumentará en el examen del recurso de casación, la pensión que aquí se discute no era en puridad una pensión compensatoria, porque tiene que ver con la liquidación de los bienes gananciales, por lo que la prueba pedida no hubiera añadido ningún elemento nuevo que permitiera la alteración del resultado probatorio, en cuyo caso sí hubiera producido indefensión.

2. Recurso de casación.

Se formula al amparo del art. 477, 1, 3 y 477.3 LEC, es decir, por interés casacional. Dice la recurrente que la pensión compensatoria está sujeta al derecho dispositivo de las partes. Se infringen los arts. 91, 97, 100, 101, 1255, 1258, 1091, 1291 y 1323 CC, así como de los principios de autonomía de las partes y de la eficacia de los contratos y el derecho a la tutela judicial efectiva. Argumenta que siendo posible pactar libremente la pensión compensatoria, y teniendo el convenio eficacia como contrato, no puede después decretarse su extinción. Funda el interés casacional en la oposición a las SSTS de 17 julio 2009, 10 marzo 2009, 14 octubre 2008, 2 diciembre 1987. En el convenio, ambas partes reconocieron la existencia de desequilibrio.

El motivo se estima.

Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador, cuya cláusula novena es ahora objeto de discusión, debe partirse en la presente argumentación de dos elementos que concurren en este derecho, reiterados en sentencias de esta Sala: 1.º 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. 2.º 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.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que el pacto entre D.ª Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que «Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo». Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expre-

sa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D.ª Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa.

La estimación del primero de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.ª Carolina contra la SAP de Madrid, sección 24, de 29 septiembre 2010, determina la de su recurso y la anulación en parte de la sentencia recurrida, que confirmó la de 1.ª instancia. Esta Sala debe asumir la instancia al anularse en esta parte la sentencia recurrida y en consecuencia dicta sentencia, y desestima la demanda interpuesta por D. José Daniel contra D.ª Carolina, manteniendo la pensión compensatoria pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado en la sentencia de 22 enero de 2002 en el procedimiento de separación consensual 1547/01. Se mantiene en lo demás la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 29 septiembre 2010, en autos 362/10.

El régimen económico matrimonial no es determinante del desequilibrio económico, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Leopoldo y D.ª Fidela contrajeron matrimonio en 1967. Tienen 6 hijos, todos mayores de edad en el momento de la demanda de divorcio.

El 15 de febrero de 1991 los cónyuges otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que liquidaron el régimen de gananciales y pactaron la «absoluta separación de bienes».

En el año 2006, cada cónyuge interpuso demanda de divorcio. Ambas demandas fueron acumuladas por auto del juzgado de 1.ª instancia de Villena n.º 1, de 10 de mayo de 2007.

La esposa pidió en su demanda una pensión compensatoria de 1.800 euros por el desequilibrio económico que le producía el divorcio. El demandado se opuso.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Villena dictó Sentencia el 27 de diciembre de 2007, decretando el divorcio sin fijar pensión compensatoria. En este sentido la Sentencia argumenta que: (a) aunque la Sra. Fidela no había realizado ninguna actividad laboral remunerada, «ha tenido ingresos en virtud de la explotación de sus propiedades», especialmente, el arrendamiento de una nave industrial a la sociedad Calzados Fransan, S.L., administrada por el esposo, de la que afirmaba percibir una renta de 1.100 euros mensuales; (b) vistas las declaraciones anuales de IRPF de ambos esposos, se constataba una cierta igualdad, aunque el marido había declarado unas percepciones brutas algo inferiores a las de su esposa,

porque estaba jubilado. La conclusión a que llegaba la sentencia era que los extremos probados «no son suficientes para acordar a favor de la esposa pensión compensatoria alguna, dado que el matrimonio ha tenido patrimonios separados desde el año 1991, cada uno ha tenido ingresos propios sin especificarse el origen de los mismos [...]».

En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 3 de julio de 2007, revocando la sentencia apelada y fijando una pensión compensatoria a favor de la esposa apelante. Argumentó que: (a) de la prueba practicada se deducía que los ingresos de la esposa provenían de una sociedad mercantil que pertenecía al esposo con carácter individual; (b) se apreciaba una situación de desequilibrio entre los cónyuges, por lo que «el esposo no puede enervar la consiguiente obligación acudiendo al expediente de ceder a sus hijos a título gratuito la totalidad de sus participaciones en la referida sociedad mercantil [...] porque ésta no puede ir en demérito de obligaciones nacidas con anterioridad».

D. Leopoldo presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo del recurso se basó en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del Art. 477.2, 3 LEC, al presentar interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales. Infracción del Art. 97 CC, que es erróneamente interpretado para fijar la pensión compensatoria, sin tener en consideración que el matrimonio tenía patrimonios e ingresos separados desde el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Se argumenta que si la esposa tenía ingresos propios y su propio patrimonio, no existiendo economía en común, no puede apreciarse ningún desequilibrio, porque no hay empeoramiento.

A favor de que la existencia de patrimonios separados impide el desequilibrio se encuentran las SSAP de Zaragoza, de 23/1/2004, 5/12/2003; 17/10/2003; 30/06/2003; 14/06/2001 y 14/12/1998. En cambio la Audiencia Provincial de Alicante no tiene en cuenta el dato de la existencia de patrimonios separados y fija pensión compensatoria en las SSAP de 15/9/2005; 24/11/2004 y la dictada en los autos de que trae causa el presente recurso de casación, de 3/7/2008.

El motivo se desestima.

El art. 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se tienen 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 aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican «un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación.

En consecuencia, no cabe formular doctrina, que ya ha sido formulada por la STS 864/2010, de 19 enero, que se aplica en este caso concreto.

En aplicación de la anterior doctrina, debe desestimarse el recurso de casación, ya que:

1.º Como se ha dicho, la pensión compensatoria solo puede darse cuando se produce el desequilibrio, y el régimen de bienes deberá tenerse en cuenta entre los diversos factores que determinan la concurrencia de dicho desequilibrio.

2.º El recurrente pretende en su recurso que vuelva a examinarse la prueba producida sobre la concurrencia o no de desequilibrio que el divorcio producía en la esposa. Ello no es posible en casación y, además, no se ha admitido el recurso extraordinario por infracción procesal por falta de fundamento.

LITIS EXPENSAS

No concurre derecho a litis expensas dado que al no existir bienes comunes, la esposa debió solicitar el beneficio de justicia gratuita para contestar la demanda de divorcio, pues, existiendo intereses contrapuestos, para la concesión del derecho sólo se valorarían sus bienes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de abril de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Juan Ramón presentó una demanda de divorcio contra su esposa, D.ª Violeta. Ésta formuló reconvención al contestar la demanda, pidiendo, entre otros extremos, que se le reconociera el derecho a las litis expensas, en la cantidad de 2.300 euros para atender los gastos del procedimiento en primera instancia, más lo que se devengaran en apelación, con cargo a una libreta a plazo fijo de 30.000 euros.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Cieza dictó Sentencia el 13 de octubre de 2009, desestimando la petición de litisexpensas en base a que: a) el art. 1318.2 CC exige que no haya mala fe o temeridad en el solicitante, que carezca de bienes propios suficientes para atender este gastos y que la posición económica del cónyuge le imposibilite la obtención del beneficio de justicia gratuita; b) existen posiciones dispares en la doctrina de las Audiencias Provinciales; c) el peticionario debe probar que concurren las circunstancias excepcionales para la aplicación del beneficio de justicia gratuita; d) de acuerdo con el art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita, los medios económicos pueden ser valorados individualmente cuando el solicitante acredite la existencia

de intereses familiares contrapuestos en el litigio; e) la solicitante disfruta de una vivienda familiar, ha elegido a su propio abogado de forma libre, no ha solicitado el beneficio de justicia gratuita y cuenta con una pensión compensatoria, lo que impide el reconocimiento de las litisexpensas.

En grado de apelación, la AP de Murcia, Sec. 4.ª, dictó Sentencia el 3 de junio de 2010 confirmando el pronunciamiento del juzgado en cuanto a la denegación de las litis expensas con la siguiente fundamentación: a) «la recurrente no solicitó beneficio de justicia gratuita, pues la carencia de ingresos y bienes que refiere la recurrente le hubiera facultado para solicitar y obtener tal beneficio, con la circunstancia de que los medios económicos de las partes litigantes podrían haberse valorado individualmente al existir intereses familiares contrapuestos en el litigio»; b) lo acordado en el auto de medidas provisionales, de fecha 25 de marzo de 2009, con motivo del proceso de separación «[...] carece de trascendencia en el procedimiento de divorcio, de que dimana el presente recurso», y c) «además hay que indicar también que las litis expensas se solicitan a cargo de una cantidad común por un plazo fijo, sin embargo el procedimiento de divorcio es inadecuado hacer un pronunciamiento acerca del carácter común de la cantidad que se refiere en el recurso, amén de que no solicitó expresamente ni en la demanda ni en la reconvención, por lo que resultaría también improcedente la concesión de cantidad concreta por litis expensas en tanto que no se puede declarar el presupuesto en que se basa la petición».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo se interpone por concurrir interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, que centra la recurrente en que para obtener las litisexpensas, algunas audiencias exigen que el cónyuge haya interesado previamente el beneficio de la justicia gratuita (SSAP de Murcia, sección 4.ª de 8 enero 2010 y 3 junio 2010), mientras otras (SSAP de Alicante, sección 4.ª, de 14 diciembre 2005 y 31 enero 2008), consideran que no es obstáculo que el solicitante haya pedido o no el beneficio de la justicia gratuita, porque de una interpretación conjunta de los Arts. 1318 CC y 3.3 y 36.4 Ley 1/1996, bastará para obtenerlas la inexistencia o indisponibilidad inmediata del caudal común y procederán incluso aunque el cónyuge desfavorecido hubiese obtenido el beneficio de la justicia gratuita. Aquí se han pedido las litisexpensas con cargo a unos bienes comunes, ya que teniendo medios suficientes el litigante, no debe soportar el estado la carga de sufragar sus gastos procesales.

El motivo se desestima.

Las litis expensas aparecen reguladas en el Art. 1318.3 CC, dentro de la regulación de las cargas del matrimonio. El Art. 1318.3 establece que «cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge, sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero, si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común, y faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge, cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la ley de Enjuiciamiento civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita».

Las litis expensas tienen un origen jurisprudencial, derivadas del deber de alimentos entre cónyuges y justificadas en un régimen de comunidad de bienes para facilitar que la mujer pudiera litigar tanto en pleitos de separación o nulidad contra su propio marido, y también en pleitos contra terceros, siempre que redunden en beneficio de la propia comunidad. El Art. 1318.3 CC contiene una redacción poco clara

que, además, debe complementarse con el Art. 3.3 de la Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita, que establece que los medios económicos del solicitante de justicia gratuita serán valorados individualmente, cuando dicho «solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia».

De la interpretación conjunta de ambas disposiciones, es decir, los Arts. 1318.3 CC y el 3.3 de la Ley 1/1996, hay que llegar a las siguientes conclusiones en lo que se refiere a la aplicación del beneficio cuando un cónyuge litiga en contra del otro:

1.º En primer lugar, los gastos que el cónyuge acredite para seguir un litigio que sostenga contra el otro cónyuge, deben ser costeados por el caudal común.

2.º A falta de caudal común, el cónyuge que no tenga bienes propios debe acudir al beneficio de la justicia gratuita, porque solo hay derecho a litis expensas a costa del otro cónyuge cuando la posición de éste impida al litigante obtener el beneficio y a la vista de lo que dispone el Art. 3.3 Ley 1/1996, en este caso la existencia de intereses familiares contrapuestos permite la valoración individual de los medios económicos del litigante, por lo que la posición económica del cónyuge «rico» no va a impedir la obtención del beneficio de la justicia gratuita

3.º Subsidiariamente, cuando ello no sea posible, deberá aplicarse la última parte del Art. 1318.3 CC, de modo que los gastos judiciales se «sufragarán a costa de los bienes del otro cónyuge». Es en este momento en que interviene la previsión del Art. 36.4 de la Ley 1/1996, que prevé la coexistencia de las litisexpensas y del beneficio de justicia gratuita.

Aplicando esta doctrina al caso que está sometido a la consideración de este tribunal, debe advertirse antes que nada que no consta la existencia de bienes comunes, a pesar de que las sentencias recaídas en este procedimiento parten de que no se ha procedido a la liquidación de los bienes gananciales.

En el caso de que no haya bienes comunes, de lo que debemos partir, solo debe pagar el marido si la computación de los recursos e ingresos «por unidad familiar» impidiera que la esposa pudiera obtener el beneficio de justicia gratuita, pero ello no ocurre aquí, porque: a) de acuerdo con el Art. 3.3 de la Ley 1/1996, se computan individualmente los recursos del solicitante y por ello, solo deben tenerse en cuenta los medios económicos propios de la esposa, y b) partiendo de que no hay bienes comunes, debe aplicarse el segundo supuesto del Art. 1318.3 C y, como al objeto de obtener el beneficio de justicia gratuita solo se valoran sus bienes, debería haberlo solicitado, lo que no efectuó. Efectivamente, solo hay derecho a las litis expensas con cargo a los bienes privativos del otro cónyuge cuando la posición de éste impida al litigante solicitar el beneficio de justicia gratuita y como, de acuerdo con el tantas veces citado Art. 3.3 de la Ley 1/1996, se aprecian separadamente los valores y recursos de ambos cónyuges, no hay derecho a demandar las litisexpensas en este caso y ello, sin perjuicio de la liquidación de los gananciales. No es que se condicione el derecho a las litisexpensas, sino que solo hay derecho a obtenerlas cuando se dan las circunstancias previstas en el Art. 1318 CC, cosa que en este caso no ha ocurrido.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Habiendo pactado los cónyuges en el convenio regulador la venta de la vivienda y el reparto del precio de forma desigual, al no llevarse a efecto la venta, debe estimarse la acción de división de cosa común interpuesta por el padre frente a los hijos, atribuyendo a cada una de las partes el 50% del valor del inmueble, ya que no puede darse carácter de pensión compensatoria a la mayor parte del precio que se acordó que recibiría la madre, pues el pacto lo que reparaba era el desequilibrio que se ocasionase por la venta, que finalmente no tuvo lugar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Erasmo y su esposa D.ª María Consuelo, se separaron en 1984. El convenio regulador aprobado en la sentencia de separación, contenía la cláusula que se transcribe a continuación: «En cuanto a los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, existe como único bien el piso de la calle (…) n.º (…) - (…) (…). Dicho piso estará de momento habitado por la mujer e hijos. No obstante, a fin de proceder a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se comprometen los esposos a ponerlo a la venta; con lo que se obtenga de ésta se repartirá del siguiente modo: la entrada que se les entregue, que será como mínimo de 800.000 Ptas, se la repartirán por partes iguales los esposos, y la cantidad que reste se le entregará a la esposa D.ª María Consuelo, como compensación por el desequilibrio económico que la situación pudiera ocasionarle».

Los cónyuges se divorciaron en 1987. La sentencia se remitía a la ejecución, para la determinación de los efectos de la disolución. La esposa continuó habitando la vivienda familiar, junto con sus hijos.

D.ª María Consuelo falleció en 1989. Sus hijos, D. Carlos Francisco, D. Amadeo, D.ª Candida y D.ª Elisabeth, fueron declarados herederos abintestato. En el momento actual, la hija D.ª Elisabeth continúa en el uso de la vivienda familiar.

D. Erasmo pidió la ejecución de la liquidación de la sociedad de gananciales, que fue denegada por auto del Juzgado de 1.ª instancia de Madrid de 23 de enero de 2007, por considerarse que se había llevado a cabo en el convenio regulador.

D. Erasmo interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Carlos Francisco, D. Amadeo, D.ª Candida y D.ª Elisabeth, ejercitando acción de división de la cosa común. Pidió que se declarara la extinción del condominio existente sobre el piso de la calle (…); la atribución del 50% al demandante y del otro 50% a los demandados y que se declarara como precio de la vivienda el valor de tasación.

Los demandados se opusieron a la demanda y presentaron reconvención en la que pidieron que se condenara al demandante a otorgar escritura pública de la venta del piso, en cumplimiento del convenio regulador, a favor de su hija D.ª Elisabeth, previa entrega al deman-

dado de reconvención, de la cantidad de 2.404,05 euros, única que tiene derecho a percibir según el convenio y, subsidiariamente, que se le condenara a otorgar escritura pública de venta a la propia D.ª Elisabeth, con el resto de sus hijos.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 63 de Madrid dictó Sentencia el 26 de mayo de 2008, desestimando la demanda y estimando la reconvención. Argumentó lo siguiente: (a) que la cláusula del convenio no dejaba dudas sobre la intención de los cónyuges de liquidar y disolver la sociedad de gananciales; (b) de las pruebas, se deducía claramente que concurrían las causas para la existencia de desequilibrio económico del art. 97 CC; (c) el actor no tenía derecho alguno a la propiedad del 50% de la vivienda que perteneció a la sociedad de gananciales.

En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 18 de marzo de 2009, estimando el recurso declaró la extinción del condominio existente entre las partes respecto a la finca sita en (…), atribuyendo la propiedad al 50% a cada una de las partes contendientes y que se procediera a su división en la forma prevista en el art. 404 CC, y en caso de no llegar a un acuerdo, mediante su venta en pública subasta, sirviendo de tipo para la misma la suma de 212.400 euros. La base jurídica de la decisión fue la siguiente: (a) «[...] el convenio regulador tiene plena naturaleza de negocio jurídico siendo reconocido por numerosas sentencias del Tribunal Supremo como un negocio jurídico del derecho de familia reconociéndose la autonomía privada plena de los cónyuges en relación a la disposición de su patrimonio»; (b) deben aplicarse las normas sobre interpretación de los contratos; (c) en la cláusula que se ha trascrito y que supone la liquidación de la sociedad ganancial, no se ha adjudicado el bien a la esposa, ni se produce un reconocimiento de crédito. «De hecho lo que dice la cláusula es otra cosa, es sencillamente que la mujer y sus hijos quedan en posesión de la vivienda por haber sido hogar conyugal, y para la disolución y liquidación del haber conyugal se comprometen los esposos a poner a la venta, conjuntamente, el referido bien estableciendo cuales serían entonces las cuotas a percibir cada uno, lo que desde luego excluye esa supuesta atribución única de la propiedad del bien a uno de los cónyuges»; (d) solo se comprometieron a poner a la venta el piso; (e) «[...] no habiéndose procedido a la venta del piso es obvio que la esposa o bien no sufrió desequilibrio económico o se veía compensada con la posesión que ostentaba de la vivienda, por lo que no instó en forma alguna la liquidación de los gananciales en virtud de dicha cláusula poniendo en venta la vivienda», y (f) actualmente existe una comunidad postganancial, concurrente con una comunidad hereditaria formada por los herederos de la esposa, por lo que «[...] nada impide seguir el ejercicio de la acción de división de la cosa común, al liquidar la sociedad de gananciales, cuando la comunidad formada tiene su propia y plena aplicación [...]».

D. Carlos Francisco, D. Amadeo, D.ª Cándida y D.ª Elisabeth presentan recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se alega la infracción de los Arts. 1281 CC y 1282 a 1289 CC y concordantes. Dice el motivo que el meollo del litigio se centra en la infracción en la aplicación del Art. 1281.1 CC, porque para llegar a la interpretación de la atribución del 50%, la sentencia no se fija

en la literalidad del mismo, sino en actos anteriores, coetáneos y posteriores, que además solo presume. Se reconocía un desequilibrio económico cuya cuantificación se efectuaba a la inversa. La interpretación del convenio no dejaba lugar a dudas y más cuando dicha interpretación había sido avalada por el testimonio del propio letrado que intervino en su redacción.

El motivo no se estima por motivos formales dado que: no identifica con precisión la norma infringida; pretende el recurrente que se revise de nuevo la prueba a través de la revisión de la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida; el resultado de la interpretación obtenido no es absurdo, puesto que está de acuerdo con las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, aun no liquidada.

En el motivo segundo se alega la infracción de los Arts. 7.1, 1058 y 1255 CC. El pacto no es contrario al Art. 1255 CC, con redacción consensuada entre los cónyuges y ahora se pretende lo contrario y se establece la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndole al demandado la mitad del inmueble, cuando ésta tuvo lugar mediante la firma del convenio regulador, aprobado por sentencia de 26 noviembre 1984. La reinterpretación de la sentencia recurrida significa que la voluntad de las partes se pueda fijar con posterioridad al momento del otorgamiento del acuerdo, ya vinculante y por ello, que se reconozca la posibilidad de variar los propios actos.

El motivo se desestima. Este motivo incurre en dos defectos que implican un desconocimiento de la finalidad y, por ende, la técnica, del recurso de casación. Incide de nuevo, sin decirlo directamente, en problemas relacionados con la interpretación del convenio, que como ya se ha dicho, no pueden ser objeto del recurso de casación, salvo en los supuestos en que se ha admitido por la jurisprudencia, tal como se ha dicho en el FJ segundo. Al presentar una interpretación distinta de la que ha efectuado la Audiencia Provincial, incurre en el defecto consistente en hacer supuesto de la cuestión, porque pretende imponer de nuevo su forma de interpretar el convenio regulador frente a la efectuada por la sentencia, pretendiendo convertir la casación en una tercera instancia. Pero además, debe recordarse a los recurrentes que la cláusula que se ha transcrito en el FJ 1.º de esta sentencia, obligaba a ambos cónyuges, propietarios por su sociedad de gananciales, a poner a la venta el piso. Ninguno de ellos lo hizo, por lo que dicho convenio resultó incumplido. Dejando ahora aparte si los demandados hubieran o no podido reconvenir pidiendo el exacto cumplimiento al ser herederos de una de las partes, cuestión que no se ha planteado en el presente litigio, hay que recordar que al no haberse llevado a cabo la venta proyectada, ninguno de los cónyuges obtuvo su correspondiente mitad. Por ello el inmueble pertenecía a la sociedad de gananciales y forma parte ahora de una comunidad postconyugal, por lo que debe dividirse para, como dice la sentencia recurrida, proceder a la liquidación de la comunidad, de acuerdo con las reglas de los gananciales.

En el motivo tercero se alega la infracción del Art. 97 CC. La finalidad de la adjudicación a la esposa de la totalidad del precio de la venta del inmueble era tratar de compensar el desequilibrio que producía la separación. Se pactaba una prestación única en forma de adjudicación del precio de la venta. La sentencia obvia los hechos probados y los herederos recurrentes desean dar cumplimiento al convenio regulador para llevar a cabo los actos liquidatorios de la sociedad postmatrimonial que permitan de manera simultánea la adjudicación material de la herencia de su madre que no han podido llevar a cabo por el comportamiento tendencioso de su padre.

El motivo se desestima. El motivo incluye de nuevo en petición de principio, que se traduce en hacer supuesto de la cuestión. Nunca se ha probado la concurrencia de desequilibrio generador de pensión compensatoria, ni tampoco se ha pedido por parte de la esposa, hipotética acreedora, una modificación de medidas que le permitiera demostrar el desequilibrio.

UNIONES DE HECHO

Se declara que una finca rústica pertenece a dos personas que mantuvieron una relación sentimental aunque figuraba inscrita exclusivamente a nombre de una sola de ellas, pues se acreditó que la compra se hizo para ambos y que los dos aportaron dinero.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Mónica interpuso demanda de juicio ordinario frente a D. Carlos Alberto, solicitando que se dictase Sentencia por la que: 1) Declare que Dña. Angelina es la única titular en pleno dominio de la finca recogida en la escritura pública de 30 de marzo de 2004 y de las viviendas que en ella se contienen; 2) Y, en su virtud, Condene a D. Carlos Alberto: a) A estar y pasar por la anterior declaración; b) A dejar vacua y expedita dicha finca y viviendas, así como ponerlas a disposición de Dña. Mónica, bajo apercibimiento de ser lanzado en caso contrario; c) Al pago de las costas del presente proceso, en caso de oposición.

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de D. Carlos Alberto se opuso a la misma y formuló reconvención solicitando que se dicte sentencia por la que, además de desestimar las pretensiones de la actora reconvenida contenga el siguiente pronunciamiento, a) Se declare a D. Carlos Alberto titular de pleno derecho del 50% de la finca siguiente: «Rústica: Parcela de tierra de labor y pastos, en el partido rural de Zahora término de Barbate, con una superficie de 1.850 m^2 inscrita en el Registro de la Propiedad de Barbate y de las edificaciones existentes en la misma: Vivienda n.º 1 de planta baja con una superficie construida de 96,24 m^2; Vivienda n.º 2, de planta baja, con una superficie construida de 61,19 m^2; y vivienda n.º 3, de planta baja y superficie construida de 56,52 m^2». Sirviendo de título suficiente la sentencia que se dicte y acordándose su inscripción en el Registro de la Propiedad. b) Subsidiariamente, para el supuesto de no ser estimada nuestra justa declaración de dominio, interesamos del Juzgado se acuerde dictar sentencia con el pronunciamiento siguiente: Se condena a la actora reconvenida D.ª Mónica al pago de la suma de 222.465,00 euros; más los intereses legales y las costas.

Dado traslado de la reconvención a la parte actora, se opuso a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbate dictó Sentencia el 22 de abril de 2008, estimando íntegramente la demanda y parcialmente la reconvención condenado a la actora a abonar al demandado la cantidad de 84.925,31 euros, con los intereses legales que procedan y sin expresa imposición de costas.

En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Cádiz dictó Sentencia el 10 de febrero de 2009 estimando el recurso interpuesto por D. Carlos Alberto, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de desestimar la demanda principal y estimar la demanda reconvencional declarando que D. Carlos Alberto es titular de pleno derecho del 50% de la finca rústica.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial consideró acreditado que, aunque en la escritura notarial de compraventa de fecha 30 de marzo de 2004, aparece como titular y única compradora de la finca la demandante D.ª Mónica, dicha finca fue vendida conjuntamente a dicha compradora y al demandado D. Carlos Alberto —con el que mantenía una relación sentimental— lo que se justifica teniendo en cuenta la propia declaración testifical del vendedor D. Leandro que explica «de forma reiterativa y contundente» que la venta se hizo a ambos, los cuales le dijeron que la pondrían a nombre de la demandante porque el demandado «tenía problemas derivados de su divorcio»; que ambos le manifestaron cómo iban a financiar la operación, ella con el dinero obtenido por la venta de un piso y él con el obtenido a través de una indemnización por despido. A continuación, la sentencia se refiere al modo como el demandado hizo su aportación económica para pagar el precio, por lo que, en definitiva, concluye que «la finca se vendió a ambos litigantes y que fue pagada con dinero de ambos».

El primer motivo del recurso denuncia la infracción de la «doctrina relativa a la *fiducia cum amico* en cuanto a su interpretación y aplicación, derivada del artículo 1255 del Código Civil». Sostiene la parte recurrente que la solución adoptada por la Audiencia implica reconocer la existencia de una relación fiduciaria de tal clase entre las partes en virtud de la cual la demandante, D.ª Mónica, figuraba como titular de la totalidad de la finca cuando, por el contrario, la misma pertenecía por mitades indivisas a ella y al demandado D. Carlos Alberto, siendo así que para que tal pacto de fiducia cum amico sea válido es necesario que sea lícito, es decir, que no se realice en fraude de ley; situación que —según afirma la recurrente— se daba en el caso en tanto que, según reconoce el propio demandado, se hizo así para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental.

La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 julio (Rec. 294/2005) se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60, «sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint») habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real —en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a D. Carlos Alberto— pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, lo que no puede pretender la recurrente es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de *fiducia cum amico* —que le vincula con el demandado— para, haciendo una interpretación interesada de la jurisprudencia citada, negar toda eficacia *inter partes* a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

Igualmente ha de ser desestimado el segundo de los motivos que denuncia la infracción de la doctrina sobre el «enriquecimiento sin causa», en relación con los artículos 348 y 395, siguientes y concordantes del Código Civil.

La cita de los mencionados artículos del Código Civil es meramente instrumental, sin que se contenga nueva referencia a los mismos en el desarrollo del motivo que, en realidad, se centra en la afirmación de que la sentencia dictada por la Audiencia produce como efecto un enriquecimiento injusto a favor del demandado, ya que —según se afirma— «el mismo no ha realizado ningún pago de la cantidad satisfecha al otorgamiento de la escritura pública, ni tampoco del crédito hipotecario necesario para la compra del inmueble, ni siquiera consta como prestatario (...) ni ha realizado ningún desembolso para el

pago de los gastos de reformas y mantenimiento de la misma, y pese a ello es reconocido como titular del 50% de la propiedad».

El motivo se desestima. Se hace supuesto de la cuestión en cuanto se parte de consideraciones de hecho distintas de las que la Audiencia ha tenido en cuenta, afirmando la parte recurrente que el demandado no ha contribuido económicamente al pago del precio cuando la sentencia impugnada afirma lo contrario y concreta que el pago del préstamo hipotecario está asociado a una cuenta común de los litigantes.

Se trata además de una cuestión nueva en casación cuya consideración resulta ahora improcedente. En todo caso la demandante ejerce en su demanda una acción de carácter real solicitando declaración de que es ella la única titular dominical de la finca, cuestión que ha quedado resuelta en el sentido de que dicha titularidad corresponde por igual a ambas partes, sin entrar a resolver definitivamente —por no ser ello objeto de la demanda— cuál es la parte de precio que satisfizo cada uno de los compradores y su contribución a los gastos generados por la finca, así como los posibles pactos que existieran sobre ello, por lo que queda fuera del objeto del proceso la eventual existencia de beneficio económico para alguna de las partes.

SUCESIONES

Nulidad de la compraventa celebrada entre la madre y uno de sus hijos al tratarse de un negocio simulado, no pudiéndose dar validez a la donación encubierta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012

Ponente: **Excmo. Dr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Herminia, D.ª Otilia y D.ª Zaira (hermanas y herederas de la vendedora fallecida), instaron la nulidad de la compraventa de vivienda otorgada en vida por la madre a favor de uno de sus hijos y de su esposa (escritura pública de compraventa de 21 de octubre de 2002) aduciendo su simulación absoluta por falta de precio.

Los demandados se opusieron a la demanda y defendieron la validez de la compraventa.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Barcelona dictó Sentencia el 16 de febrero de 2007 estimando íntegramente la demanda y declaró nulo el contrato de compraventa por simulación absoluta con sus consecuencias registrales, ordenando reintegrar la vivienda a la masa hereditaria de la vendedora causante y obligar a los codemandados a llevar a cabo la cancelación de la hipoteca constituida sobre aquella.

En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 13 de noviembre de 2007, revocando la sentencia apelada con desestimación de la demanda, sin perjuicio de los derechos legitimarios que a las actoras pudieran corresponder como consecuencia de la válida donación de la vivienda a los demandados. La sentencia, que comparte la valoración probatoria efectuada por el Juzgado pero no sus conclusiones jurídicas, razona, en síntesis: a) que los hechos prueban la existencia de una donación encubierta bajo la forma de escritura de compraventa, pues la madre actuó en todo momento guiada por la intención de donar la vivienda a su hijo y a su nuera; b) que dicha donación encubierta es un negocio jurídico válido dado que el ánimo de liberalidad se acreditó de forma indirecta, por vía de presunciones, y que la aceptación se manifestó en escritura pública.

D.ª Herminia, D.ª Otilia y D.ª Zaira interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la Sentencia del Juzgado que declaraba la nulidad de la compraventa.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 CC, la doctrina jurisprudencial ha distinguido entre la simulación absoluta —caracterizada por un inexistente propósito de constituir un negocio, por falta de la causa—, y la relativa —en los casos donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado— (STS de 22 de marzo de 2001, entre otras). En esta línea, durante mucho tiempo esta Sala vino entendiendo que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa no priva *per se* de eficacia jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad de constituir un negocio, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (entre otras, SSTS de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero y 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999).

Sin embargo la posición actual de la jurisprudencia de esta Sala es contraria a la anterior interpretación, tal y como recogen las SSTS del Pleno de la misma, de 11 de enero de 2007, RC n.º 5281/1999 y 4 de mayo de 2009, RC n.º 2904/2003. En la primera de estas sentencias, citada textualmente por la segunda —al igual que en el supuesto ahora enjuiciado, se solicitó la nulidad de la compraventa por simulación sin pedir nada respecto de la donación encubierta—, se declaró lo siguiente:

«Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 del Código Civil, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.

La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El artículo 622 solo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que "excedan del valor del gravamen impuesto", es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (artículo 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incomprensibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que

se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en esta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria».

Las SSTS de 26 de febrero de 2007, RC n.º 947/2000 y 5 de mayo de 2008, RC n.º 262/2001, han mantenido idéntica posición. La de 5 de mayo de 2008 recayó también en un supuesto en el que se formuló acción de nulidad de una compraventa celebrada entre progenitor y uno de los hijos, con precio simulado y propósito de defraudar los derechos legitimarios que correspondían a la parte demandante en la herencia de su ascendiente difunto.

En virtud de esta doctrina, el motivo y el recurso debe ser estimado, si bien por razones no exactamente coincidentes con las expuestas por la parte recurrente.

Desde un punto de vista formal, el recurso incurre en el defecto de acumular en un mismo motivo diversas normas, excesivamente genéricas en su mayoría y además, heterogéneas —unas referidas al régimen general en materia de obligaciones, otras sobre la donación—, lo que se ha dicho con reiteración que no puede servir para su correcta fundamentación (SSTS de 22 de marzo de 2010, RC n.º 364/2007 y 13 de junio de 2011, RC n.º 1008/2007, entre las más recientes).

Por otra parte, esta Sala tampoco comparte que por el hecho de que las partes no convinieran celebrar una donación y de que hayan negado en todo momento su existencia, haya que descartar que tal negocio fuera en realidad el querido y encubierto por el aparente (compraventa), así como que el retraso en la restitución del precio se traduzca en la ausencia de ánimo de liberalidad. En los negocios simulados por simulación relativa —donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado— lo común o usual es el no reconocimiento del negocio encubierto como verdadero, de manera que hay que acudir a presunciones para tenerlo por existente, como hizo acertadamente la AP en este caso valorando, entre otros datos, como esencial, el hecho de que la adquirente devolviera a los pocos días mediante transferencia el precio que había recibido. La circunstancia de que esta devolución no se hiciera al tiempo de firmarse la escritura tampoco equivale a descartar su intención liberatoria. Estos argumentos permiten concluir, contrariamente a lo que se sugiere en el recurso, que la AP no se equivocó en la apreciación de la existencia de la donación como negocio encubierto, verdaderamente querido por las partes. Tal apreciación, sirviéndose de la prueba de presunciones, no puede considerarse desacertada, además de ser cuestión vinculada a la valoración probatoria y por tanto, ajena a la casación. La razón por la que la Sala considera que el motivo debe prosperar, como se dirá a continuación, radica en el hecho de que la AP otorga a esta donación encubierta plena validez y eficacia en contra del criterio jurisprudencial que exige que se respete la forma específica de escritura pública de donación.

De lo anterior se sigue que las anteriores objeciones no impiden la estimación del motivo, ya que lo relevante, en orden a que pueda prosperar la impugnación de la sentencia de apelación, es que se reitera por las demandantes-recurrentes la pretensión de nulidad de la compraventa y de invalidez de la donación encubierta declarada en la segunda instancia, y que tales pretensiones se compadecen plenamente con la doctrina de esta Sala, contraria a la solución acogida por la AP de declarar nula la compraventa y reputar válida la donación encubierta por lo que se ha dicho que la validez de la donación exige una forma especial, que no se respeta con la escritura de compraventa. La jurisprudencia, reiteramos, es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación de inmuebles, dado que el artículo 633 CC exige que la donación conste en una escritura pública específica, de donación, en la que se expresen los respectivos consentimientos, los cuales no basta que se extraigan por el órgano judicial del resultado de la prueba practicada, por más que esta pueda conducir a entender que tras la aparente compraventa existió intención y ánimo de donar y voluntad de aceptar esa donación por el adquirente, como fue el caso.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

Que el menor tenga tres años, o que el proceso de adaptación a la escuela no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio, no pueden constituirse en obstáculos para acordar la custodia compartida. Finalmente se opta por que el menor permanezca durante dos semanas con cada progenitor.

TSJ de Aragón, Sentencia de 25 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Samanes Ara**

En el único motivo de recurso de casación, con invocación de la sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 2011, se alega infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 del CDFA por inaplicación del criterio legal preferente de custodia compartida. Tras hacer referencia a las ventajas de dicha opción legislativa, el recurrente indica que se equivoca el juzgador de la Audiencia cuando le exige una prueba de su idoneidad, una especie de «plus» en contra de lo establecido en la norma, cuando el criterio debe ser el contrario.

Tal como se señala en el recurso, esta Sala ya ha elaborado una doctrina jurisprudencial relativa al problema que aquí, una vez más, se plantea. Como se expuso en sentencia de 1 de febrero de 2012 entre otras, «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 art. 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 —art. 80.3 CDFA— obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio —art. 80.2 c) CDFA—. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel y que ahora se recurre, expresa que este Tribunal rechaza toda propuesta de interpretación que establezca la equivalencia entre

solicitud de revisión y necesaria concesión de la custodia compartida, si razonablemente no se prueba al menos la superior conveniencia de dicho régimen de custodia, lo que considera que no se ha producido en el caso. Dado que parte de esa base, no recoge circunstancia alguna, concurrente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor. Únicamente alude a la corta edad del niño (3 años cuando se dictó la sentencia de primera instancia en 7 de noviembre de 2011). Pero este hecho, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la ley, de acuerdo con lo que la Sala ha proclamado en las sentencias citadas. Se expresa también en la sentencia recurrida que el proceso de adaptación a la escuela en el que el niño se encuentra no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio como pretende el padre. Mas esto tampoco es bastante para excluir el régimen preferente, si bien es de compartir la apreciación que se hace en el sentido de que la secuencia semanal podría comportar consecuencias negativas, pareciendo más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal como sugiere el Ministerio Fiscal, de los períodos de estancia del menor con los progenitores.

En suma, la sentencia impugnada se aparta de la recta aplicación del art. 80.2 del CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y frente a ello no puede prevalecer lo que se sostiene por la representación de D.ª Erica en su escrito de oposición al recurso, donde expone las dudas e incertidumbres que, de cara al futuro, planteará el régimen referido, postulando la custodia individual como más conveniente para el menor.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, lo que determina que debe la Sala dictar sentencia en cuanto al fondo.

El plan de relaciones familiares propuesto por el recurrente, y que apoya el Ministerio Fiscal, no ha sido específicamente combatido por la parte recurrida, de manera que se acepta por la Sala con las salvedades que de oficio se indican a continuación:

1. En relación con el período de permanencia del niño con cada progenitor, y como se desprende de lo que hemos expuesto, será cada dos semanas por considerarse que tal duración es más conveniente para el interés del menor.
2. Cuando el menor esté escolarizado, la recogida por el progenitor a quien corresponda se hará a las 17,30 en el domicilio del otro progenitor o bien el viernes a la salida del colegio si así lo acuerdan ambos progenitores.
3. La distribución de los períodos vacacionales escolares de Navidad Semana Santa y verano, en defecto de acuerdo de ambos progenitores y en aras a una mayor claridad y a la evitación de posibles conflictos, se establecerá de modo que la elección de los períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.
4. El abono de los gastos extraordinarios, se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 del CDFA, norma a la que en todo caso ha de ajustarse la resolución.

No se considera un obstáculo para la custodia compartida que el hijo no haya alcanzado los tres años de edad, ni que el padre no haya concretado la organización cotidiana del menor sin delegar en terceras personas.

TSJ de Aragón, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Emilio Molins Garcia-Atance**

De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

Doña Isabel y don Argimiro contrajeron matrimonio en Zaragoza, en fecha 19 de noviembre de 2005.

De dicha unión ha nacido un hijo, Vicente, el día (…) de 2009.

Doña Isabel interpuso demanda de divorcio solicitando, entre otras medidas, que le fuera otorgada la guarda y custodia del menor y que

se estableciera un régimen de visitas a favor del padre, distinguiendo dos periodos distintos, hasta que el menor cumpliera cuatro años de edad y una vez cumplidos los cuatro años.

Don Argimiro presentó siete días después una demanda de divorcio contra su cónyuge interesando, por su parte, que la guarda y custodia del menor fuese compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos.

Ambos procedimientos fueron acumulados. Tramitado el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 20 de junio de 2011 decretando la disolución del matrimonio por causa de divorcio y acordando, entre otras medidas, otorgar la guarda y custodia del hijo a su madre, con un régimen de visitas a favor del padre y la posibilidad de revisar la guarda y custodia cuando el menor cumpliera diez años de edad.

En la sentencia se argumentó que no convenía apartar al niño, de corta edad, de la compañía de su madre. Se expuso que, a tenor de los informes psicológico y de la trabajadora social, no se detectaban en el padre alteraciones que pudiesen afectar a sus capacidades parentales y que ambos progenitores estaban capacitados para hacerse cargo del cuidado del menor. También se analizaron los horarios de trabajo de los cónyuges y se concluyó que no se apreciaba inconveniente en ninguno de ellos para compaginar las vidas laborales y familiares. No obstante, se destacó el escaso nivel de comunicación existente entre los padres, razón por la que se valoró que no había demasiadas probabilidades de que la guarda y custodia compartida resultase en esas circunstancias beneficiosa para el menor, por todo lo cual se decidió otorgar la guarda y custodia a la madre.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las dos partes. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia de fecha 14 de febrero de 2012 que confirmó la apelada a excepción del pronunciamiento referente a la revisión del régimen de custodia cuando el hijo cumpliera diez años de edad, que se dejó sin efecto.

En los fundamentos de derecho de dicha resolución se destacó que el hijo del matrimonio contaba dos años y nueve meses de edad, y se puso de manifiesto que el informe de la trabajadora social adscrita al Gabinete Judicial revela que el padre no concreta las pautas que aplicaría en materia de cuidado, educación y atención cotidiana del hijo, asumiendo que precisaría de la colaboración de sus padres para atender este cometido. Además, la perito destaca el alto grado de conflictividad existente entre los progenitores. La Sala, en fin, ratificó la sentencia de primer grado por entender que el régimen de custodia individual a favor de la madre resultaba el más beneficioso para el hijo menor, considerando su corta edad, la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del hijo, sin delegar en terceras personas (abuelos), y atendiendo a la posibilidad de compatibilizar su horario laboral [art. 80 apartados a), d) y e) del Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFA]. Finalmente, en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho tercero, se argumentó que no procedía autorizar a terceros para el ejercicio de determinados cometidos en el régimen de visitas.

Don Argimiro ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación. De los cinco motivos de impugnación inicialmente planteados, la Sala de Casación admitió finalmente a trámite los motivos segundo, tercero y cuarto.

En el motivo segundo se denuncia la infracción del artículo 80 CDFA, conforme al cual el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea la más conveniente. Razona que no hay ningún motivo para que Vicente no se beneficie de forma más equilibrada del cuidado y protección de los dos progenitores. Expone que el menor va a cumplir tres años y que se encuentra acostumbrado a estar con su padre y con su madre, hallándose en una edad en la que posee una capacidad de adaptación muy alta. Considera también que la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no será base suficiente para considerar que la misma no coincide con el interés del menor —art. 80.5 CDFA—. Finalmente expone que el horario de trabajo de la madre, hasta las 20 horas entre semana, obliga a dejar al menor

en compañía de los abuelos maternos cuando el padre lo tiene que entregar en el domicilio de la madre a las 19.30 horas.

El motivo tercero se interpone por vulneración del artículo 76.3. b) CDFA, a cuyo tenor en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se debe respetar, entre otros derechos, el de la igualdad de los padres en sus relaciones familiares respecto de sus hijos menores de edad. El recurrente afirma que reúne todos los requisitos para ejercer la custodia individual o compartida del menor, y pese a ello se le atribuye la custodia en exclusiva a la madre. Por este motivo considera que no se ha tratado con igualdad al padre, lo que hace extensivo a los abuelos paternos, a los que no se les autoriza a recoger entre semana al menor en la guardería.

Finalmente, el motivo cuarto se deduce por infracción de los artículos 60, 75 y 79 CDFA (en el desarrollo del motivo se aprecia que la impugnación se ciñe a los apartados 60.1, 75.2 y 79.2.a) del CDFA). El artículo 60.1 reconoce el derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. Por su parte, el artículo 75.2 contempla, entre las finalidades de la Sección que regula los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, el que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Y el artículo 79.2.a) dispone que se deben adoptar las medidas judiciales necesarias a fin de garantizar, entre otros vínculos, la relación de los hijos menores con sus abuelos. Y en desarrollo del motivo se expone que la sentencia impide, sin motivo alguno, que los abuelos paternos puedan ir a recoger al menor de la guardería, no autorizándoles para el ejercicio de determinados cometidos en el régimen de visitas. Se argumenta que se exige al padre lo que no se exige a la madre, porque esta puede contar con la ayuda de su madre todos los días, dejándolo a su cargo durante horas, mientras que el padre no puede delegar en sus padres para que recojan a Vicente de la guardería y lo lleven a su domicilio.

Doña Isabel ha formalizado su oposición al expresado recurso, interesando la íntegra confirmación de la sentencia recurrida. Respecto al motivo segundo, menciona los factores previstos en el artículo 80 del Código que deben ser valorados por el Juez para resolver sobre la custodia del menor, y entre ellos la edad de los hijos —art. 80.2.a)— y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral —art. 80.2.e)—, destacando el resultado del informe pericial psicológico que alude al alto grado de conflictividad entre los padres y la recomendación de otorgar a la madre la guarda y custodia del menor. En cuanto a los motivos tercero y cuarto, niega que la sentencia haya vulnerado los preceptos mencionados por el recurrente por el hecho de haberse concedido a la madre la guarda y custodia, y afirma que el régimen de visitas se establece judicialmente para el padre, y no para los abuelos, existiendo obligación paterna de recogerlo, sin que pueda designar a terceras personas, aunque sean familia directa, para que cumplan las obligaciones propias del padre.

El Ministerio Fiscal solicita, asimismo, la desestimación de los tres motivos de casación admitidos a trámite. En su escrito de oposición al recurso comienza exponiendo la doctrina jurisprudencial elaborada por esta Sala en la interpretación del artículo 80.2 CDFA. A su criterio, y en aplicación de la misma, tras la valoración de la prueba existen fundamentos suficientes para entender ajustada a derecho la atribución de la custodia individual a la madre, con un amplio régimen de visitas para el otro progenitor. Como hecho más relevante se destaca la edad del menor, nacido el (…) de 2009, que contaba por tanto dos años de edad al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia. En esta situación, atendido el artículo 80.2.a) del Código, a su criterio no parece irracional, ni arbitrario el mantenimiento de la custodia individual si se tiene en cuenta la, verdaderamente, escasa edad del niño y el resto de circunstancias que se valoran a continuación, señaladamente la falta de comunicación y colaboración entre los padres, entendida como presupuesto para que la custodia compartida pueda ser beneficiosa para el menor. En lo que atañe a la denegación de autorización para que los abuelos paternos puedan recoger al niño de la guardería, considera correctos los razonamientos de la sentencia recurrida y argumenta que no consta que dichos abuelos se vean

privados de su derecho a relacionarse con su nieto menor de edad por el mero hecho de que no se acceda a una custodia compartida. Finalmente, expone que el recurrente está alegando la vulneración de derechos de los que serían titulares terceras personas que no han ejercitado acción alguna, lo que plantea el problema de la posible falta de legitimación procesal del actor recurrente para ejercer una acción reclamando derechos de los que no es titular.

Para la correcta resolución del recurso se van a examinar conjuntamente los tres motivos de impugnación formulados, porque su invocación y la argumentación que los sustenta se orientan fundamentalmente a defender la custodia compartida solicitada por el actor desde su inicial demanda, y junto a ello, en el régimen de custodia individual acordado en la instancia, a proteger la relación y funciones que pueden desempeñar los abuelos paternos respecto al nieto tras la disolución del matrimonio.

Los criterios de interpretación del artículo 80 CDFA aparecen sintetizados en nuestra sentencia de 1 de febrero de 2012 (recurso 24/2011): «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 art. 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)».

La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el artículo 80.2 CDFA evidencian, por lo que enseguida se dirá, que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida.

Para fundamentar el mantenimiento de la custodia individual, la sentencia recurrida menciona en primer lugar la conflictividad existente entre los progenitores. Es cierto que esta circunstancia, en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio —y preceptivo— de visitas con el progenitor no custodio —art. 80.1, párrafo tercero CDFA—. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular —art. 75 CDFA—.

Un segundo factor al que aluden las sentencias de instancia es la edad del menor, nacido el (…) de 2009. Cuenta por tanto en este momento tres años de edad, y se encuentra en la primera infancia. La edad de los hijos es el primero de los factores mencionados en el artículo 80.2 CDFA. No obstante, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren. Así lo ha entendido esta Sala en su sentencia de 25 de septiembre de 2012 en un supuesto de un menor de tres años al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, y así debe ser reiterado en una situación, como la enjuiciada, en la que el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del do-

micilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.

Un tercer argumento que contempla la sentencia recurrida es la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas. Tampoco esta circunstancia debe resultar concluyente en una situación de disolución del matrimonio y consiguiente cese de la convivencia, en que ordinariamente quiebra el reparto de funciones de los padres anterior a la ruptura. Tras ella, los dos progenitores deben asumir las responsabilidades que les incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del recurrente para afrontar, en un régimen de custodia compartida, las necesidades derivadas de la crianza de su hijo.

En conclusión, conforme al artículo 80.2 CDFA y la jurisprudencia que lo interpreta procede estimar el recurso de casación, lo que determina que la Sala debe dictar sentencia en cuanto al fondo, estimando la petición de custodia compartida que formula el recurrente. Al acogerse la pretensión principal resulta innecesario pronunciarnos expresamente sobre una solicitud de autorización a los abuelos para recoger al menor en la guardería que se planteaba en una situación de custodia individual que se ha dejado sin efecto. En todo caso, conviene precisar: a) Que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el Juez de oficio o a instancia de cualquier persona interesada —artículo 79.2 CDFA—, por lo que no se aprecia falta de legitimación del progenitor para plantear esta solicitud a la Sala; b) Resulta evidente que la responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asumir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos —artículos 77.2. b) y 79.2.a) CDFA—; y c) Que sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.

Los únicos pronunciamientos que procede realizar son los referentes a la guarda y custodia compartida, con el régimen de visitas solicitado, y a la modificación que dicha custodia impone en los gastos de asistencia al menor. En lo restante, la sentencia debe ser confirmada. El plan de relaciones familiares presentado por don Argimiro contiene, en lo que ahora interesa, las siguientes propuestas:

La guarda y custodia del hijo menor Vicente, deberá ser compartida por ambos progenitores, permaneciendo quince días con cada uno de ellos, realizándose los cambios de domicilio los días 1 y 15 de cada mes, cuando será recogido por el progenitor al que le corresponda la estancia siguiente. Durante dicho periodo, el progenitor que no tenga la custodia podrá visitarlo tres tardes a la semana desde la salida de la guardería o colegio y hasta las 20,30 horas en que deberá reintegrarlo al domicilio que le corresponda.

Cada año se cambiará la alternancia del turno, correspondiendo elegir turno al padre en años pares y a la madre en años impares.

La recogida del menor se efectuará por el progenitor al que le corresponda la permanencia del menor; y en el domicilio del otro.

Dicha alternancia se suspenderá durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano.

En cuanto a las vacaciones escolares de verano, los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas alternativas, de tal forma que en años pares, el padre pasará con el hijo la primera quincena de julio y agosto y con la madre la segunda quincena de julio y agosto, siendo al contrario en años impares.

En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos, siendo el primero desde el último día de clases y hasta el día 31 de diciembre a las 12 horas y el segundo desde ese momento hasta el último día de vacaciones escolares, garantizándose de esta manera que el hijo cada año esté con cada uno de los progenitores en las fechas señaladas de Navidad. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares.

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración, debiendo igualmente realizarse las entregas a las

12 horas del día de finalización de cada periodo correspondiente. El padre elegirá en años pares y la madre en años impares.

Caso de que la entrega del hijo corresponda en un día escolar, la recogida del menor se hará en el centro escolar, debiendo recogerse la maleta o enseres del hijo el día anterior a la entrega.

La autoridad familiar también será compartida, debiendo ser adoptadas de común acuerdo todas aquellas decisiones referidas a cuestiones sanitarias, personales, médicas o educativas del hijo, cambios de colegio, etc., que excedan de las decisiones habituales en su cuidado diario.

Gastos de asistencia al hijo: Ambos progenitores ingresarán mensualmente en una cuenta común la cantidad de 150 euros que irá destinada a atender los gastos del hijo, como guardería, enseñanza, comedor escolar si el hijo lo utilizase, actividades extraescolares, así como los libros y el material escolar.

En cuanto a los gastos extraordinarios (gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, ortodoncia, gafas,...) deberán ser asumidos por mitad e iguales partes por cada uno de los progenitores y siempre que exista consentimiento entre ambos progenitores, en caso contrario la parte que haya contratado dichos servicios asumirá el importe total de las mismos.

Asimismo, el progenitor que tenga en cada momento la custodia del hijo, deberá tener en su poder todos los documentos del menor como pasaporte, DNI, libro de familia y tarjeta sanitaria, así como cualquier informe medico o tratamiento prescrito al menor.

La Sala acepta las anteriores propuestas con las salvedades que de oficio se indican a continuación, con las precisiones y en la forma que se detallará en el fallo:

1.º En relación con el periodo de permanencia del niño con cada progenitor, se considera preferible que sea no quincenal, sino de dos semanas, porque de esta forma se va a lograr una mayor uniformidad en las rutinas cotidianas del menor, siendo más adecuado limitar las visitas entre semana de tres a dos días.

2.º Se debe mantener la previsión de las Fiestas del Pilar contenida en la sentencia recurrida. Y respetar también la semana de vacaciones de la madre fuera del periodo estival.

3.º Los gastos de asistencia al hijo se actualizarán anualmente.

4.º El abono de los gastos extraordinarios del menor se realizará de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.4 CDFA, norma a la que en todo caso ha de ajustarse la resolución.

La mala relación entre los cónyuges no puede ser, por sí misma, un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas, pero sí se considera un factor decisivo para denegar este modelo de custodia que la hija mayor no haya aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, lo que no puede considerarse como un capricho de la menor sino como una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos.

TSJ de Aragón, Sentencia de 19 de octubre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

El motivo único del recurso denuncia la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida que, a juicio del recurrente, en la sentencia de primera instancia y en la recurrida se convierte en excepcional en vez de normal o preferente. Afirma sentirse desconcertado porque la sentencia de la Audiencia Provincial, después de rebatir los argumentos por los que la del Juzgado estimó que

resultaba más conveniente la custodia en favor de la madre, utiliza otros distintos para rechazar la custodia compartida.

La sentencia del Juzgado pone de relieve, por la prueba practicada, la mala relación existente entre los padres y la diferente manera de ambos de enfrentar la vida cotidiana sin que, según las periciales practicadas, se cuestione la idoneidad de cada uno. La sentencia contrasta los dos informes de parte y las diferentes posturas de ambos, así como el del Área Social que recoge la situación de enfrentamiento existente entre los padres y llega a la conclusión de ser más beneficiosa para las menores la custodia compartida. Sin embargo, por la edad de las menores, la conflictividad entre los progenitores, la judicialización de sus relaciones y esa conflictividad, considera la sentencia que los cambios de status de vida con cada progenitor pueden afectar al desarrollo de la personalidad de las hijas, y que es necesario procurar una continuidad en su entorno por lo que no estima procedente la modificación de las medidas.

La sentencia de la Audiencia Provincial afirma en su fundamento jurídico quinto, con cita de la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2012, que la mala relación entre los cónyuges no puede ser, por sí misma, un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas, y lo más beneficioso para las menores es que se relacionen con ambos progenitores aunque los adultos se lleven mal personalmente; que en el supuesto enjuiciado el mal entendimiento personal y su animadversión, e incluso enemistad, no llega a un grado de conflictividad tal que imposibilite la custodia compartida, como tampoco impide el régimen de visitas; que la judicialización de sus relaciones se concreta en dos procedimientos alegados por el actor en su recurso de apelación, el primero para ampliar las visitas y el segundo para autorizar al apelante a viajar a Canadá con sus hijas durante quince días; que las distintas costumbres, pensamientos y modo de vida de uno y otro no deben suponer ningún inconveniente para la custodia compartida porque ninguna forma de educar en el ámbito de la familia es preferente por sí misma a otra cuando, como aquí ocurre, no acarrea perjuicio alguno para las menores; y que la actual edad de las niñas (diez años y casi siete) no supone un obstáculo para la concesión de la guarda y custodia compartida.

Pero en el fundamento siguiente reseña la sentencia los cuatro informes periciales practicados, con detalle de los aspectos que le resultan más destacables, esencialmente las manifestaciones de la niña mayor a cada uno de los peritos informantes y concluye que la hija mayor no ha aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, aunque intenta adaptarse a la nueva situación, lo que no es considerado en la sentencia como un capricho de la menor sino una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el artículo 80.2 —la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia—.

El recurrente analiza las anteriores consideraciones de la sentencia y comparte las más generales de su fundamento quinto, pero expresa su disconformidad con las conclusiones que extrae de los informes periciales afirmando que «... si partimos de los informes periciales... podemos decir que de manera global y objetiva no existe razón o motivo para rechazar la guarda y custodia compartida». A partir de ahí se extiende en su particular valoración de los informes periciales incurriendo así en el defecto de pretender convertir el recurso de casación en una tercera instancia y que esta Sala valore de nuevo las pruebas, en este caso los citados informes periciales, lo que está vedado pues el objeto de este recurso no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a las instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos.

Hemos recordado en otras sentencias (por todas la de 1 de febrero de 2012, recurso 24/2011) que: «Como afirma la Sentencia del

Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005)».

En el presente supuesto la propia parte recurrente admite que la Sala de apelación analiza correctamente algunos de los criterios a tener en cuenta en la aplicación del régimen legal preferente de la custodia compartida establecido en el artículo 80.2 CDFA, pero discrepa de la valoración de la prueba y de la conclusión que de la misma extrae la sentencia recurrida.

Como hemos visto, señala el Tribunal Supremo y ha reiterado esta Sala que la revisión de la prueba solo cabe al amparo del recurso previsto en el artículo 469.1.4.º LEC, cuando tal valoración resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, pero en el presente supuesto no cabe duda de que en la sentencia de apelación han sido pormenorizadamente analizadas las manifestaciones de las menores ante los peritos que informaron en primera instancia, y las conclusiones, no plenamente coincidentes, de dichos profesionales.

La sentencia de apelación expone la doctrina ya sentada de forma reiterada por esta Sala (por todas la citada de 9 de febrero de 2.012) en la aplicación del artículo 80.2 del CDFA, y en particular de la posibilidad de que los tribunales puedan establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor.

El análisis que la sentencia realiza de la prueba practicada, en particular los informes periciales en los que se recogen las manifestaciones de las menores, cumple adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada.

La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el artículo 80.2 del CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.

Así lo ha razonado debidamente la sentencia recurrida, por lo que no se aprecia infracción del artículo 80.2 del CDFA.

En consecuencia, el recurso debe ser rechazado.

La carrera musical del padre no debe suponer un impedimento para que se acuerde la custodia compartida, pues según ha manifiestado éste los conciertos a los que acuda se programarán en atención a la guarda del menor y además no son tantos a lo largo del año como para que pueda afectar a la vida familiar.

TSJ de Aragón, Sentencia de 26 de octubre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Samanes Ara**

La sentencia que aquí se impugna confirmó la de Primera Instancia que estimó la demanda del padre en la que pedía —en lo que ahora resulta relevante— la guarda y custodia compartida del hijo menor común.

En el motivo de casación que formula la progenitora se alega infracción del precepto del art. 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), indicando que la novedad de la norma aragonesa implica la inexistencia de jurispru-

dencia reiterada acerca de en qué supuestos será de aplicación preferente la custodia compartida y qué otros serán excepción a tal criterio.

No es así, sino todo lo contrario. Así, la sentencia de esta Sala de 1 de febrero de 2012, que se cita en otras posteriores, resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

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 art. 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).

Aduce la parte que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el precepto que invoca por indebida aplicación del mismo en cuanto priva de cualquier entidad a los planes de relaciones familiares al omitir cualquier consideración a los mismos.

Ha de advertirse, en primer lugar, que la sentencia no da por bueno, sin más, el plan propuesto por el padre, sino que pormenoriza en el fallo las medidas cuya adopción acuerda tras adecuada motivación en los fundamentos cuarto y quinto, estableciendo un régimen a seguir hasta que el niño cumpla tres años, y otro a partir de ese momento.

Lo que se expone en la argumentación que la actora lleva a cabo tras la afirmación que hemos reproducido, es su consideración de que el padre no va a poder hacerse cargo del niño durante los períodos en que lo tenga consigo, pues —siempre en tesis de la recurrente— su carrera musical es incompatible con el régimen de custodia compartida. No es esto lo que concluyó la sentencia de instancia después confirmada en apelación. Aquella expresó (fundamento tercero) entre otras cuestiones, que el menor muestra vínculos afectivos con sus dos progenitores así como con las respectivas familias; que ambos padres muestran aptitudes el interés para cuidar al hijo, estando capacitados para desempeñar las funciones parentales...; que aunque la comunicación entre ambos progenitores no es muy fluida, se indica en los informes que sí se relacionan para tratar temas relativos al menor; que tampoco parece que la carrera musical del padre (que, como más adelante se indica, se encuentra en situación de desempleo) suponga un impedimento en estos momentos para el cuidado del menor, habiendo indicado el padre que los conciertos a los que acuda se programarán en atención a la guarda del menor, y no apreciándose que sean tantos a lo largo del año como para que puedan afectar a la vida familiar; que tampoco hay una elevada discrepancia entre los modelos educativos de los padres, que la psicóloga considera beneficiosos e integradores para el desarrollo del menor; que de ninguno de los informes se desprende circunstancia objetiva alguna que impida la atribución de la guarda y custodia compartida, con la excepción realizada por la trabajadora social en el caso de que se realicen consumos de marihuana (que ambos padres reconocieron haber llevado a cabo en el pasado). Y, tras aludir a las recomendaciones de la trabajadora social y la psicóloga, ambas favorables a la custodia compartida, concluye que resulta procedente dicho régimen.

El desarrollo del motivo de casación evidencia que la parte, bajo esa denuncia de falta de valoración en la sentencia del plan de relaciones familiares del padre combate en realidad la apre-

ciación —positiva— que lleva a cabo la sentencia de instancia acerca de la aptitud del padre para hacerse cargo del niño y la viabilidad del régimen de custodia compartida. De ahí que se llegue a manifestar en el recurso que el juzgador a todas luces yerra a la hora de valorar la prueba. En suma, viene a insistir en los argumentos que utilizó para sostener el motivo de infracción procesal (falta de motivación de la sentencia) que resultó inadmitido y que, como dijimos en el auto de fecha 12 de julio reflejaba la discrepancia de la parte con la valoración probatoria.

Pero, como tiene declarado el TS y hemos recordado de forma tan reiterada que hace innecesaria la cita pormenorizada de resoluciones, una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión». Ha de estarse, pues, a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada.

La aplicación al caso de la expresada doctrina impone la desestimación del recurso, al no apreciarse infracción alguna del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, de acuerdo con la interpretación que del mismo ha llevado a cabo esta Sala y que ha quedado expuesta en el fundamento primero.

RÉGIMEN DE VISITAS

Dada la edad de las hijas, que actualmente cuentan con quince años, se constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de una de ellas, por lo que indicar que la relación paterno-filial se desarrollará en la forma que padre e hijas acuerden no vulnera el derecho y obligación de los padres de visitas y relacionarse con los hijos.

TSJ de Aragón, Sentencia de 16 de octubre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. Emilio Molins García-Atance**

El motivo segundo del recurso se interpone por vulneración de los artículos 59 y 60 CDFA. En lo que ahora interesa, en el primero de ellos se reconoce el derecho y la obligación de los padres a visitar y relacionarse con el hijo menor —art. 59.c)—, y el segundo dispone que el hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconsejara.

El Sr. Vicente solicitó en su demanda que la guarda y custodia de las hijas menores de edad se ejerciera de forma compartida. La pretensión fue rechazada en ambas instancias, y además de ello se estableció que el régimen de visitas del padre con sus hijas sería el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos.

En el recurso no se reitera la solicitud de la custodia compartida, sino que la petición se limita al establecimiento por el Tribunal del mismo régimen de visitas que se había fijado en la inicial sentencia de divorcio. Expone el recurrente que al no fijar la Audiencia un concreto régimen de visitas para que pueda relacionarse con sus hijas se le está privando del derecho y la obligación de visitarlas y relacionarse con ellas. Considera que dicho régimen nunca debe ser de libre disposición, ni debe deferirse a las veleidades de las menores, o al arbitrio del progenitor custodio. Se razona que el informe psicológico recomendó que no se dejara a la libre decisión de las menores el derecho a relacionarse con el padre ya que eso sería un motivo de distanciamiento entre ellos.

La sentencia, sin embargo, no infringe en modo alguno los expresados preceptos, porque no prohíbe la posibilidad de relación entre padre e hijas. Simplemente constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de unas menores que cuentan quince años de edad en este momento y que venían desarrollando un sistema de visitas que se sustentaba ya en el deseo de las menores de ir con su padre cuando quisieran. En definitiva, padre e hijas deben decidir conjuntamente un régimen de visitas que permita mantener la necesaria relación personal, sin que deba imponerse en este caso un sistema rígido que no conduciría más que a distanciar y dificultar aún más la ya tensa relación que existe entre ellos. Por estas razones procede la desestimación del motivo y, con él, del recurso de casación interpuesto.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No puede introducirse una condicionalidad a la prestación alimenticia de las hijas en función de una futura liquidación de los bienes comunes, fijándose en 600 euros hasta el momento anterior a la liquidación y en 400 euros posteriormente a dicha liquidación.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de octubre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Vals Gombau**

Asiste la razón al Sr. Carla cuando en el motivo segundo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 267.1 CF, al introducir una condicionalidad a la prestación alimenticia de las hijas, en relación con la futura liquidación de los bienes comunes, fijándose en 600 euros hasta el momento anterior a la liquidación, y en 400 euros, posteriormente a dicha liquidación.

El derecho de alimentos de las hijas no puede quedar condicionado a un evento futuro cuyo resultado es incierto respecto a los patrimonios resultantes de dicha liquidación, sin perjuicio de instar una modificación de medidas en función de que un futuro proceso de liquidación incremente el patrimonio de alguno de los obligados a prestar alimentos.

En cambio, ha de desestimarse la petición que la cuantía de alimentos quede reducida a 400 euros en lugar de los 600 euros, inicialmente fijados, en tanto que no modificados los hechos probados, la proporcionalidad establecida en la sentencia recurrida resulta adecuada, sin que se hayan aportado elementos para su cambio. No lo es la guarda y custodia compartida establecida en la sentencia recurrida, pues como resuelve, acertadamente, en sus fundamentos octavo a décimo, la situación de guarda compartida no implica que cada progenitor deba hacerse cargo en forma paritaria de los gastos de las hijas, por lo cual, siendo la capacidad económica del Sr. Agustín (hecho probado no combatido por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal) sensiblemente superior (analizada en el fundamento noveno), procede que su contribución sea también mayor y, todo ello, sin establecer condicionalidad alguna relacionada con la liquidación de los bienes comunes, sin que ello suponga una refformatio in peius, pues, en primer lugar, no resulta aplicable en estos pronunciamientos relativos a los alimentos de los hijos que son y tienen una naturaleza de orden público, y, en segundo lugar, la base para la modificación del pronunciamiento G) de la sentencia recurrida, son los mismos argumentos esgrimidos por el recurrente en el segundo motivo del recurso de casación planteado.

Permaneciendo cada uno de los hijos mayores con un progenitor, para el cálculo de las pensiones alimenticias deben computarse todos los ingresos de ambos progenitores, si bien, en relación con la madre, para computar su capacidad económica habrá que tener en cuenta que la enfermedad que padece requiere la necesidad de que contrate a una tercera persona para la realización de muchas tareas.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 18 de octubre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Eugenia Alegret Burgués**

El recurso extraordinario formulado por error patente y arbitrariedad en la valoración probatoria por parte del Tribunal de apelación sobre la base de lo dispuesto en el art. 469,1,4 de la LEC debe ser estimado por la Sala en cuanto a los dos puntos objeto del recurso.

En orden a los ingresos de la Sra. Luz por cuanto tanto de la declaración de la renta correspondiente al año 2008 —obrante al folio 420 de los autos— como del documento oficial obrante al folio 634 como de lo admitido por la misma durante el curso del procedimiento en especial en los escritos de apelación y de impugnación al recurso de reposición formulado por la parte contraria contra el Auto de 21 de junio de 2011 de la Sala de apelación, se infiere que la Sra. Luz ingresa las siguientes sumas anuales netas: 34.146 euros libres de impuestos del INSS como pensión de invalidez, no incluida en la declaración de la renta (esta es la única cantidad a la que se refiere la sentencia impugnada); 26.652,3 euros según declaración de la renta (pensión de la Caixa de 21.048 euros anuales netos, más 8.537 procedentes del rendimiento del capital mobiliario, menos 2.319,85 y 1.577,85 euros por retenciones, más 965 euros de la devolución de la renta) y 10.140 euros anuales procedentes de las rentas por el alquiler del piso de su propiedad sito en la calle (…) de Barcelona. Suma en total (s.e.u.o.) la cantidad de 70.938,3 euros anuales.

Salvo la pensión por invalidez del INSS ningún otro ingreso menciona la sentencia de la Audiencia pese a la certeza y realidad de su existencia probada documentalmente y reconocida por la parte a la que debía perjudicar. Tampoco la Sala rectificó en el incidente previsto en el artículo 215 de la LEC intentado por la parte ahora recurrente. La falta de consideración de estas cantidades, sin perjuicio de lo que se dirá al analizar el recurso de casación, supone una apreciación errónea y/o arbitraria de la prueba practicada en los autos y de la valoración de los documentos no impugnados prevista en los artículos 319 y 327 de la LEC.

En el mismo defecto se incurre en orden a la valoración de los gastos previsibles para paliar la enfermedad que sufre la Sra. Luz y que la sala cifró en la mitad del importe de la pensión de invalidez abonada por la Seguridad Social, esto es en la suma de 1.420 al mes.

La defensa de la Sra. Luz intento acompañar junto con el recurso de apelación para acreditar dichos gastos —que había cuantificado en su recurso de apelación en 804 euros al mes (504 euros por la ayuda de una tercera persona y 300 en medicación)— una serie de documentos que la Sala de apelación no admitió y ordenó devolver a la parte (fl. 26 del rollo). En estas circunstancias, falta de acreditación de las cantidades gastadas, resulta arbitrario fijar los gastos en el 50% de la pensión de invalidez, superando incluso la suma indicada por la Sra. Luz en su recurso de apelación, por lo que es clara la infracción procesal denunciada que transgrede el art. 24 de la Constitución. El error sufrido por la Audiencia queda patente además del propio escrito de impugnación al recurso presentado ante esta Sala por la defensa de la Sra. Luz, sin perjuicio de que la demandada sostenga que la sentencia debe ser igualmente mantenida sobre la base de unos cálculos de ingresos y gastos de las partes que nada tienen que ver con lo dispuesto en la sentencia dictada.

Procede en suma estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto.

Recurso de casación.

El recurso de casación se formula por infracción de lo dispuesto en el art. 264,1 y 267,1 del Código de Familia de Catalunya en relación con las sentencias del TSJC de 11-12-2008, 30-5-2007 y de 19-12-2011 entre otras.

En orden a la interpretación de las normas citadas como infringidas cabe recordar que hemos declarado que: «L'art. 267 CF, com hem declarat reiteradament (STC 12/2005, de 24 de febrer, 33/2005, de 5 de setembre i 20/2007, de 30 de maig, entre d'altres), estableix que la quantia dels aliments es determina en proporció a les necessitats dels alimentistes i als mitjans econòmics i les possibilitats de les persones obligades a prestar-los, proporcionalitat que ha de considerar el binomi "necessitat" de qui ha de rebre'ls i "possibilitat" de qui ha de satisfer-los, per la qual cosa en cada cas concret cal ponderar els dos factors tenint en compte, pel que fa a la persona obligada, als recursos propis, les seves possibilitats, mitjans econòmics i fins i tot les rendes i el seu patrimoni, com es desprèn dels art. 264.1, 265, 267.1 i 271.b) CF». STSJC de 11-12-2008; STSJC de 25-6-2009 y de 20-12-2010.

Expuesta la doctrina de la Sala, debe considerarse en el caso que se debate: que no existe controversia en relación con las necesidades de los hijos mayores de edad pero dependientes de sus padres, que la sentencia fija en 1.000 euros mensuales para cada uno de ellos; que deben computarse los ingresos de uno y otro progenitor por todos los conceptos, lo que la sentencia de instancia ha omitido; que debe valorarse las posibilidades de cada uno de ellos; que debe ser ponderado no solo los ingresos y rentas, sino el patrimonio con el que cada uno cuente.

Conforme a las anteriores premisas, para establecer el juicio de proporcionalidad —que ciertamente no ha de ser aritmético o matemático como dice la Audiencia sino correspondencia debida entre las partes de una cosa con el todo— debe partirse de lo establecido por la Sentencia de apelación modificada únicamente en los términos del recurso extraordinario por infracción procesal estimado.

Resulta, de este modo, que el padre recurrente ingresa según la declaración de la renta unida a los autos (fl. 582) y a la que se refiere la sentencia en el fundamento jurídico tercero, la suma neta anual de 102.150,48 euros (116.038 por rentas del trabajo, más 14.047 por rendimientos del capital mobiliario; 4.644 por rentas derivadas de bienes inmuebles, 4.531 por ganancias patrimoniales derivadas de la trasmisión de elementos patrimoniales, menos 21.002,67; 2.684 y 86,53 euros por retenciones y 13.336,32 del impuesto de la renta a ingresar) entradas superiores por tanto a los de 7.500 euros al mes tal y como dice la sentencia recurrida.

La madre cuenta con los ingresos antes establecidos de 70.938 euros anuales.

La Sra. Luz padece una enfermedad —fatiga crónica— que le produce una astenia persistente con intolerancia al esfuerzo que precisa de descansos continuados a lo largo del día y por tanto de la asistencia y complemento de una tercera persona para la completar las tareas que ella no puede realizar (fl. 403 y 404), por lo que es claro que sus posibilidades económicas resultan mermadas en la medida en que la propia subsistencia en condiciones de normalidad no puede quedar supeditada a obligaciones para con terceros.

De otro lado, según resulta de la Sentencia recurrida el padre mantiene la propiedad de 7 inmuebles en la ciudad de Barcelona mientras que la madre cuenta con uno solo en esta ciudad, que deberá ocupar a partir del año 2014 devolviendo al padre la vivienda familiar, y una segunda residencia en la Costa Brava.

Siendo obvio que ambos padres pueden subvenir a las necesidades de los hijos al hallarse en buenas condiciones económicas y que no procede hacer descuentos por gastos no indispensables que libremente las partes decidan realizar con sus bienes y rentas, también lo es que el Sr. Calixto cuenta con mayores posibilidades económicas que la madre de modo que cabe establecer una proporción del 34% para la madre y del 66% para el padre en orden a la contribución económica para los alimentos de los hijos comunes.

VIVIENDA FAMILIAR

Se desestima la demanda de desahucio por precario interpuesta por el padre contra las hijas, dado que éste es un legatario (la esposa a su fallecimiento le legó el usufructo universal) pero las herederas universales son las tres hijas quienes, en razón de lo establecido en el art. 440 del Código Civil, disfrutan de la denominada posesión civilísima, sin interrupción, desde el momento de la muerte del causante, luego en modo alguno las herederas pueden ser consideradas precaristas.

TSJ de Galicia, Sentencia de 4 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Don José Antonio Ballestero Pascual**

Las demandadas no son precaristas. El esposo, hoy demandante, es un legatario, pero las herederas universales son las tres hijas quienes, en razón de lo establecido en el artículo 440 del Código Civil, disfrutan de la denominada posesión civilísima, sin interrupción, desde el momento de la muerte del causante, luego en modo alguno las herederas pueden ser consideradas precaristas, puesto que se amparan en un título posesorio legal, si por precarista hemos de entender «una situación de hecho —la SSTS de 6 de noviembre 2008 y la ya citada 724/2010— que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho; supuestos suficientemente amplios para reconducir hacia el juicio de desahucio lo que aquí se plantea con relación a la posesión de una casa sin título o con título absolutamente ineficaz para destruir el de los actores y sin otra razón que la simple tolerancia de este último».

Por esta razón, sin perjuicio de que el artículo 885 del Código Civil concede con carácter general al legatario un acción personal *ex testamento* para exigir la entrega de la posesión de los bienes, el usufructuario dispone también de una acción confesoria, *vindicatio usufructus*, para hacer efectiva su posesión pero sin olvidar en ningún caso, como nos recordaba la sentencia de primera instancia, la necesaria liquidación de la comunidad postmatrimonial y de la herencia, pues, en primer lugar, el usufructuario de una parte o de la totalidad de la herencia, que es un tercero a estos efectos, puede anticipar las sumas necesarias para el pago de las deudas hereditarias correspondientes a los bienes usufructuados (artículo 510 y concordantes del Código Civil por remisión del artículo 233 de la LDCG), y, pese a no ser el deudor, debe pagar con carácter general, con cargo en primer término a la herencia, todas las deudas del causante cuya responsabilidad recae, sin embargo, sobre los herederos (artículo 1.003 del Código Civil), pero para conocerlas es preciso efectuar la correspondiente liquidación en el seno de la partición hereditaria; en segundo lugar, porque también los legados, en general, están supeditados al pago de las deudas del difunto (artículos 1.025, 1.026 y 1.027 del Código Civil); y en tercer lugar, porque el usufructo universal de viudedad ha de respetar la adjudicación, diferida en el tiempo, de la legítima, para cuya salvaguarda se puede exigir la prestación de fianza (último inciso del artículo 231 de la LDCG), luego se hace preciso cuantificar las legítimas, lo que exige al menos la realización de las tareas de inventario, avalúo, liquidación e, incluso, partición de la herencia, por más que el usufructo universal de viudedad, precisamente por ser universal, pueda gravar la legítima sin posibilidad de reducción por inoficiosa y sin opción alguna para el legitimario, una vez desaparecida la cautela Socini (artículos 228 y 241 de la LDCG de 2006), como ya se indicaba en la STSJG 35/2003, de 21 de noviembre, con relación a la LDCG de 1995, pero

cuyo apartado segundo del fundamento jurídico primero así como el último párrafo del segundo, referidos entonces al artículo 118, son perfectamente aplicables al vigente 228 y más a la vista del nuevo artículo 241 que permite en estos casos de manera expresa eludir la intangibilidad cualitativa de la legítima.

Lo anterior pone de manifiesto que los herederos y legitimarios no son precaristas, sino que poseen con justo título legal, que les faculta para exigir del legatario y usufructuario determinadas prestaciones y seguridades que exigen la previa realización de ciertas operaciones particionales a las que se subordina la entrega de la posesión.

En la Sentencia de divorcio no puede modificarse el título constitutivo y cargar sobre uno de los cónyuges el pago íntegro de la hipoteca, además se considera una incongruencia *extra petita* acordar el pago exclusivo por parte del esposo imputando una parte a la prestación compensatoria por razón del trabajo que no ha sido solicitada en el procedimiento.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau**

Incongruencia extra petita: Aplicación analógica de normas sobre la compensación económica por razón del trabajo que no fue solicitada por las partes contendientes.

En el segundo de los submotivos que fueron admitidos se alega que siendo procedente la obligación del pago de hipoteca por el Sr. Ezequias, por aplicación «analógica» el art. 232.6. 2 CCCat, lo considera como una imputación a la prestación compensatoria que procede extinguir, siendo que la compensación por razón del trabajo ni se ha solicitado ni puede operar cuando ninguna de las partes lo han debatido en la litis, ni ha sido objeto de alegación alguna dicha compensación por razón del trabajo.

Al respecto, como declaramos en la STSJC 3/2010, de 14 de enero, con cita de las SSTS 5 octubre 1985, 9 marzo 1992, 21 mayo 2001, 17 octubre 2005, 31 mayo 2006 y 18 junio 2007, el juzgador puede, con gran autonomía, aplicar la norma que libremente escoja según el principio *iura novit curia*, cuidando que aquello que se ofrece como cambio del punto de vista jurídico no afecte al fundamento de la pretensión pues no sería procesalmente lícito y provocaría indefensión, lo que ha sucedido en el caso examinado en tanto que la compensación por razón del trabajo ni se ha solicitado ni se ha debatido en la presente litis ni consecuentemente que las cargas hipotecarias puedan considerarse una aportación patrimonial del art. 232.6. 2 CCCat que proceda ser compensada —de una forma arbitraria pues tampoco se precisan las cantidades correspondientes a ambos conceptos— con la suma a percibir por una prestación compensatoria.

Por tanto, el cambio de punto de vista jurídico mediante el cual se resuelve la extinción de una prestación compensatoria con una aplicación analógica del art. 232.6. 2 CCCat., determina una modificación de los términos en que fue planteada la litis —introducida *ex officio*— alterando el objeto de la litis, lo cual comporta una incongruencia por *extra petita* al conceder lo que no fue pedido por ninguna de las partes y al margen de lo suplicado.

Ha de estimarse el motivo y consecuentemente, en forma parcial, el recurso extraordinario de infracción procesal.

... El recurso de casación deducido por la representación de D. Ezequías denuncia la infracción de los arts. 231.5, 231. 6 y 233. 23 del CCCat, alegando, en síntesis: (a) que la contribución al préstamo hipotecario por los cónyuges ha de venir determinado por el título constitutivo, (b) resulta una obligación excluida de las cargas familiares y (c) no puede ser objeto de debate jurídico en un procedimiento de familia la modificación del título constitutivo del préstamo hipotecario que grava la vivienda.

La sentencia recurrida, como hemos señalado, realiza una irrazonable aplicación analógica

entre prestación compensatoria y compensación por razón del trabajo, pues se trata de dos instituciones distintas en tanto que la primera tiene como finalidad establecer una compensación a favor de aquel cónyuge que, a raíz de la separación o del divorcio, ve perjudicada su situación anterior para eliminar desequilibrios futuros, mientras que con la compensación prevista en el art. 232. 5 CCCat, se pretende compensar desequilibrios pasados. A continuación, dicha sentencia, en forma errónea, procede a la imputación íntegra del gravamen hipotecario al Sr. Ezequias, con independencia del título de constitución de la hipoteca, y seguidamente a la extinción de la prestación compensatoria.

Dicha decisión contraviene los arts. 231.5 CCCat y 233.23.1 del mismo Cuerpo Legal, preceptos que ponen fin a un debate doctrinal que también se producía en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales de Cataluña, sobre la consideración o no del gravamen hipotecario como carga del matrimonio y su distribución entre los cónyuges. Al respecto, la resolución recurrida que establece —implícitamente— la responsabilidad íntegra del pago de la hipoteca al Sr. Ezequias, distribuyéndola en forma distinta a lo establecido en el título constitutivo no puede ser ni asimilada a una aportación al matrimonio —art. 232.6. 2 CCCat— ni considerarse como una novación puesto que para que fuese así tendría que intervenir el consentimiento el tercero (artículo 1.205 del Código CCiv), por lo cual, de conformidad con el art. 231. 5 CCCat en el que no consta ni puede por tanto considerarse al gravamen hipotecario como una carga familiar así como lo establecido en el art. 233.23. 1 CCCat que declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges «las obligaciones contraídas por razón de su adquisición (...) deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo…», mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso, como también ha señalado reiterada jurisprudencia de la Sala 1.ª TS (SSTS 5 noviembre 2008 y 28 de marzo 2011), procede revocar parcialmente la sentencia recurrida y establece que, al amparo de la normativa del CCCat, el gravamen hipotecario sobre la vivienda debe satisfacerse por los litigantes conforme a lo establecido por el título constitutivo, declaración que conforma el interés casacional —art. 487.2.3 LEC— en la presente resolución.

Por otro lado, la representación del Sr. Ezequías ha aportado en el presente recurso y ha quedado unido al Rollo, la sentencia 40/2012, de 30 de marzo, dictada por el Sr. Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Santa Coloma de Farnés, declarando en su parte dispositiva que se proceda a «... la extinción de la comunidad sobre el referido inmueble y la división de cosa común sobre la citada finca, (y) la tasación de la misma por perito judicial, adjudicando la titularidad al Sr. Ezequías e indemnizando por la mitad de su valor a la Sra. Angelina, sin perjuicio de que la citada manifieste con anterioridad a su tasación, al no haberse pronunciado, sobre su voluntad de adquirir la finca, en cuyo caso, la suerte decidirá».

Este pronunciamiento que, en el momento actual, no es firme, pues la sentencia solo es definitiva, es decir, se encuentra pendiente de resolución del recurso de apelación interpuesto, no altera ni modifica la decisión sobre la carga hipotecaria, ya que conforme lo dispuesto en el título constitutivo inscrito, el mismo puede ser exigido a ambos con independencia de la adjudicación de la finca a quien finalmente resulte, y sin perjuicio de que si solo uno de ellos lo satisficiere le asista una acción para el pago o repetición frente al cónyuge que no haya hecho efectivo su importe.

En su consecuencia, ha de estimarse la casación interpuesta por la representación de D. Ezequías.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque la situación de desequilibro está fundada en parte por el abandono de la esposa del trabajo que realizaba para trasladarse a vivir a la ciudad donde residen sus padres, dicha actuación tiene una justificación razonada en la búsqueda de apoyo familiar del que carecía en el lugar de residencia del matrimonio, por lo que procede fijar una pensión compensatoria, si bien, dada la edad de la esposa, con una limitación temporal de cinco años.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau**

La recurrente D.ª Angelina en su tercer motivo del recurso de casación —único que ha sido admitido— sostiene, en síntesis, que la ruptura matrimonial le ha producido una debilitación económica y que apreciada al momento de la ruptura comporta la necesaria fijación de la cantidad señalada en la sentencia de primera instancia como prestación compensatoria: 200 euros que deberán ser ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe y actualizable conforme a los índices del IPC, siendo de reseñar, según alega, que su marcha de la provincia de Girona y su traslado a Málaga, fue debido al traumático divorcio y falta de apoyo familiar, ya que toda su familia se encuentra en Málaga.

Son hechos probados que se deducen de la sentencia recurrida, a los efectos examinados, y que quedan firmes al no ser combatidos de forma eficaz en los recursos, que:

a) La duración del matrimonio entre los litigantes ha sido de 18 años, y de su unión nacieron dos hijas, Irene, en fecha de (…) de 1995, y María Victoria, en (…) de 1998.

b) La Sra. Angelina, de 39 años de edad, durante los años de duración del matrimonio se dedicó al cuidado del hogar y de su familia, compatibilizándolo con un trabajo fuera de casa por el que percibía, en 2008, 505,80 euros.

c) El Sr. Ezequías percibe un salario de 1.100 euros.

d) La carga hipotecaria que grava la vivienda es de 650 euros mensuales.

e) Con anterioridad a interponerse la demanda, la Sra. Angelina, se trasladó a vivir a Málaga, lo que motivo un despido disciplinario de su trabajo, hallándose, actualmente, en situación de desempleo. Dicho traslado fue decidido por la Sra. Angelina con la finalidad de que su madre pudiera acogerla, al no contar en Maçanet con ningún apoyo familiar, y

f) Las dos hijas, en un primer momento, se fueron a vivir a Málaga, si bien, en la actualidad, conviven en Maçanet con su padre, fijándose una pensión de alimentos para cada una de ellas de 50 euros que deberá sufragar la Sra. Angelina, con el correspondiente derecho de visitas.

El art. 232.14.1 CCCat dispone que el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario.

Atendidos los hechos probados anteriormente declarados y las circunstancias que se especifican en el art. 233-15 CCCat para la determinación de dicha prestación económica, anteriormente denominada pensión compensatoria, procede declarar que se ha producido un desequilibrio económico, tras la ruptura, con empeoramiento de la situación precedente para la Sra. Angelina en tanto que su traslado a Málaga y despido disciplinario del puesto laboral,

tiene una justificación razonada en la búsqueda del apoyo familiar, por lo cual debe cuantificarse en la suma de 200 euros mensuales, confirmando en este extremo la sentencia de primera instancia.

Atendido que procede el pago de dicha prestación en forma de pensión, el art. 233.17. 3 y 4 CCCat, dispone que debe pagarse en dinero y por mensualidades avanzadas, siendo de añadir que, a tenor de lo establecido en el pfo. 4.º del art. 233. 17 CCCat, ha de otorgarse por un período limitado, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido.

La reiterada jurisprudencia de esta Sala —SSTSJC 43/2003, de 1 de diciembre, 20/2004, de 21 de junio, 12/2005, de 24 de febrero, 7 y 8/2006, de 27 de febrero, 8/2008, de 8 de mayo, 38/2008, de 10 de noviembre, 11/2010, de 11 de marzo, 19/2011, de 4 de abril, entre otras— con anterioridad a la entrada en vigor del CCCat, declaraba que la pensión compensatoria, actualmente, la prestación compensatoria tenía una «... vocación inequívoca de caducidad, si bien la fijación de un plazo o la limitación temporal para su pago resulta una facultad y no una obligación del órgano decisor, el cual deberá atender en cada caso a las circunstancias concretas que inclinen a optar por una u otra solución, por lo que se viene admitiendo la limitación temporal siempre que puedan determinarse en dicho momento todas las circunstancias que se relacionan en el art. 84 CF…».

Al amparo del régimen normativo del CCCat, la limitación temporal es la regla mientras que la imposición de la prestación compensatoria en forma de pensión con carácter indefinido constituye la excepción y ha de justificarse mediante la reseña de circunstancias excepcionales que lo justifiquen.

En el caso examinado, teniendo presente la duración del matrimonio (18 años), la edad de la esposa (39 años), la posibilidad de acceso al mundo laboral, a pesar de las actuales circunstancias económicas, no puede considerarse, sino todo lo contrario, que existan circunstancias excepcionales que comporten su fijación en forma indefinida, al considerarse que existe una posibilidad de su desarrollo autónomo. Dicha limitación ha de fijarse en un lapso temporal de 5 años, sin que ello comporte un riesgo para el pago de la pensión alimenticia de las hijas que resulta prioritaria, puesto que podrá seguir siendo sufragada por la Sra. Angelina y atendidas por el otro progenitor mediante sus ingresos, así como el pago, por ambos, del gravamen hipotecario, sin perjuicio de la solicitud de división de la cosa común que se sustancia en otro proceso.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación deducido por la representación de D.ª Angelina.

CUESTIONES PROCESALES

No cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así. En consecuencia, no procede declarar la nulidad de la sentencia que solicita el Ministerio Fiscal por no haberse practicado la exploración.

TSJ de Aragón, Sentencia de 19 de octubre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

El único motivo del recurso de casación interpuesto por la representación de D. Bruno se fundamenta en la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida que el recurrente

pretende respecto a las dos hijas de su matrimonio, Paula, nacida el (…) de 2001, y Cristina, nacida el (…) de 2005.

Tras el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo (número 641/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Huesca), terminado por sentencia de 28 de noviembre de 2008 que aprobó el convenio regulador presentado por los cónyuges, el recurrente instó el procedimiento de modificación de medidas del que deriva el presente recurso solicitando que se acordara la guarda y custodia compartida de las hijas del matrimonio. Fue desestimada su demanda por la sentencia del Juzgado de 18 de octubre de 2011, e igualmente desestimado el recurso de apelación en sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de marzo de 2012.

En las sentencias del Juzgado y de la Audiencia se toman en consideración las pruebas periciales practicadas, tanto las aportadas a instancia de las partes (de la psicóloga Sra. Aida a instancia de la parte actora y del psiquiatra Dr. Ismael a instancia de la parte demandada), como de la psicóloga adscrita al Instituto de Medicina Legal de Huesca y de la trabajadora social adscrita al mismo Instituto. Todos ellos examinaron personalmente a las niñas. Ninguna de las partes, tampoco el Ministerio Fiscal, solicitó la exploración judicial de las dos menores.

Tras la admisión del recurso de casación y el traslado del mismo a las partes, el Ministerio Fiscal instó, en primer lugar, que la Sala declarase la nulidad de la sentencia recurrida para que la Audiencia Provincial de Huesca oyera a la menor Paula, previamente a resolver el recurso de apelación. Dado el contenido de dicha petición y las consecuencias que comportaría su estimación, resulta obligado resolver la misma en primer lugar.

El representante del Ministerio Fiscal alega la nulidad de la sentencia recurrida al amparo del artículo 238.3.º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) al no haber sido oído el menor, en este caso la niña Paula, nacida el (…) de 2001 (de diez años y nueve meses de edad en el momento de ser dictada la sentencia de apelación).

En apoyo de lo anterior cita el artículo 12 de la Convención de derechos del niño, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y el artículo 6 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA). También en el acto de la vista del recurso aludió al artículo 20 CDFA. El primero de los preceptos citados dice:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Se garantiza, por lo tanto, el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez, para lo que se le dará la oportunidad de ser escuchado. No se exige que se practique la exploración judicial del menor mediante audiencia directa por el juez, pues se prevé que exprese su opinión directamente o por medio de representante, conforme a las normas del procedimiento de la ley nacional.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor enuncia el derecho del menor «a ser oído... en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social». Se especifica que «en los procedimientos judiciales las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación..., cuidando de preservar su intimidad». Se expresa, por lo tanto, el derecho del menor a ser oído, pero tampoco se exige que se practique mediante audiencia directa por el juez pues en el apartado 2 se prevé que pueda ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de representante u otras personas que por su

profesión o especial relación de confianza puedan transmitir su opinión objetivamente. En el apartado 3 se exige que cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de representante, la denegación de la audiencia será motivada. En el presente supuesto la menor no solicitó ser oída, y su opinión fue escuchada en cuatro ocasiones por profesionales que trasladaron al tribunal su opinión, que ha sido expresamente valorada en ambas sentencias.

El artículo 6 del CDFA dice:

Artículo 6. Derecho del menor a ser oído.

Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.

Nuevamente se proclama el derecho del menor a ser oído, sin especificarse que haya de hacerlo directamente el tribunal.

Debe rechazarse la aplicación en este supuesto del artículo 20 del CDFA, igualmente citado por el representante del Ministerio Fiscal, ya que se refiere a las reglas que deben seguirse en los supuestos de intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor de catorce años.

En resumen, de los preceptos citados se desprende la necesidad de que en los casos que se indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, lo que ha sido debidamente cumplido mediante la intervención de los profesionales citados. Por el contrario, no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido en derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos.

El artículo 238.3.º LOPJ, a cuyo amparo solicita el Ministerio Fiscal la nulidad de lo actuado hasta el momento en que, a su juicio, debió ser explorada la menor por la Audiencia Provincial, exige que se haya prescindido de normas esenciales del procedimiento siempre que por esa causa haya podido producirse indefensión. Como se ha indicado, la menor fue oída por los cuatro profesionales que intervinieron en el procedimiento, quienes trasladaron al Juzgado las impresiones percibidas de ella en las entrevistas habidas para la elaboración de sus informes, y ninguna de las partes, ni el Ministerio Fiscal, consideró necesaria la exploración, ni se echó en falta en ninguno de los trámites procesales. Tampoco lo hicieron valer las partes, o el Ministerio Fiscal, mediante la interposición de los recursos legalmente establecidos, como exige el artículo 240 LOPJ, ni se afirma que no hubiera podido denunciarse antes (artículo 241.1 LOPJ). Tampoco argumenta el Ministerio Fiscal, habida cuenta de lo expuesto hasta ahora, cómo se ha producido la indefensión del menor.

Las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo esgrimidas por el Ministerio Fiscal en apoyo de su solicitud no proclaman la exigencia de que el derecho del menor a ser oído se haga en todos los casos mediante la exploración judicial, sino que analizan casos concretos que carecen de la identidad necesaria con el presente en términos tales que su doctrina exigiera la declaración de nulidad pretendida.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 152/2005, de 6 de junio, resuelve un supuesto en que, atribuida inicialmente la custodia al padre tras oír al menor, resultó modificada la custodia sin nueva exploración. El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por el padre y anula la última sentencia porque no fue oído el menor por la Audiencia Provincial, teniendo en cuenta que se modificaba la guarda y custodia. Siendo ésta la razón que, fundamentalmente, es considerada por el TC, resulta claro que se trata de una situación bien distinta que no permite aplicar la misma decisión al caso presente.

La sentencia 610/2005 del Tribunal Supremo, de 15 de julio, anulando la dictada por la Audiencia Provincial, fue dictada en un procedimiento de incapacidad en el que no fue oído el presunto incapaz a pesar de ser un requisito específicamente previsto para estos procedimientos en el artículo 759.3 LEC. Resulta evidente que se trata de una situación bien distinta, en la que el indicado precepto de forma imperativa exige dicho trámite, a diferencia de la forma en

que viene indicado en los preceptos antes citados para este caso.

Consecuencia de todo lo anterior es la desestimación de la petición de nulidad instada por el Ministerio Fiscal.

En la misma alegación sobre la nulidad el Ministerio Fiscal se refiere a la relevancia preponderante que, a su juicio, debe darse a la opinión de los menores, a lo que nos referiremos al resolver sobre el motivo del recurso de casación admitido.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la inidoneidad de los solicitantes para la adopción de un menor de cinco años de edad, sin que sea obstáculo para ello que sí se hubiese concedido la idoneidad para la adopción de un menor entre cero y tres años, ya que según se desprende de los informes técnicos no estaban preparados para afrontar los problemas conductuales que pueden presentarse en la adopción de niños con más edad que ya son conscientes del desamparo sufrido y del desarraigo que comporta su traslado a otro país.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 26 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Eugenia Alegret Brugués**

Frente a la sentencia recaída en grado de apelación en el procedimiento de oposición a resolución administrativa en virtud de la cual el organismo competente de la Generalitat de Catalunya estimó no idóneos a los Sres. Patricio para la adopción del menor boliviano Juan Pedro, ratificando una anterior resolución por la que estimaba que únicamente lo eran para la adopción internacional de un menor boliviano de 0 a 3 años de edad, se alza la defensa de los demandantes que estima que la resolución de la Audiencia Provincial, confirmatoria del criterio de la Administración pública, vulnera el artículo 10 de la Ley de 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, en relación con el artículo 88,3 del Decret 2/1997 de 7 de enero, de protección de los menores desamparados y de la adopción en Cataluña, aplicable al caso por razones temporales. Se aduce falta de doctrina respecto de la interpretación de los requisitos que deben concurrir para poder ser declarados adoptantes idóneos en la adopción internacional y que supone un desconocimiento del superior interés del menor que se impida adoptar a un mayor de tres años cuando se permite hacerlo respecto de un menor de 0 a 3 años de edad.

El recurso extraordinario presentado contra la sentencia de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona es un recurso de casación que fue admitido por la Sala por interés casacional.

Ello supone que la Sala debe partir de los hechos que la sentencia estima como acreditados y no acreditados aunque a partir de dichos hechos pueda realizar (al tratarse de la valoración de un concepto jurídico indeterminado, por tanto de una calificación jurídica) de una revisión conceptual en casación. Como indica la sentencia del TS de 28-9-2009: «Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá».

Ello implica que este Tribunal no pueda actuar como un órgano de instancia procediendo a la revisión de la situación fáctica que se plantee, sino que debe centrarse en los aspectos jurídicos que puedan comportar la vulneración de la normativa aplicable con incidencia en el superior interés del menor. Como señala el TS en Sentencia de 6.2.2012 : «En sentencias recientes, se

ha declarado que la vulneración del interés del menor permite entrar a examinar el recurso de casación y que ello ocurre cuando la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta el principio para tomar la decisión más adecuada conforme a dicho interés». Así la STS 800/2011, de 14 noviembre dice que «Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre, entre otras)».

Para una mejor comprensión de los términos en que ha quedado planteado el debate, señalaremos que los actores intentan proceder a la adopción internacional desde el año 2004 si bien por determinados problemas de salud de la Sra. Irene, no es sino hasta el 28 de febrero de 2007 que la Administración pública competente declara a los Sres. Patricio-Irene idóneos para adoptar a un menor boliviano de entre 0 y 3 años. Sin embargo, las autoridades bolivianas estimaron, al finalizar el proceso, que dada la edad de los futuros adoptantes —nacido él en el año 1962 y ella en 1958— solo podían preasignarles a un menor de edad superior a los 5 años a lo cual los Sres. Patricio habían prestado su conformidad (preasignando las autoridades bolivianas a un menor de 5 años y tres meses en el año 2009), pero no el ICAA (Institut Català de l'Acolliment i Adopció) que tras una nueva valoración psicosocial de los ahora demandantes entendió que no eran idóneos para asumir la adopción de un menor de más edad a la inicialmente estimada. Siendo esa la resolución, dictada en fecha 7-7-2009, contra ella recurrieron en vía jurisdiccional los actores.

La Sala de apelación en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, recoge que también en este ámbito los derechos fundamentales a proteger son los de los menores desamparados que van a ser adoptados por encima del deseo de los adoptantes, resaltando que no conociéndose los concretos menores que van a hallarse en condiciones de ser adoptados, se actúa, para proceder a otorgar el certificado de idoneidad, en función de las características y perfiles psicosociales de los adoptantes y de la previsible aptitud para adoptar a unos menores u otros en función de las características y dificultades de adaptación que puedan presentar en abstracto unos u otros.

En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, analiza la Sala de apelación los distintos dictámenes periciales obrantes en autos respecto de la capacidad de los demandantes para hacer frente a una adopción internacional con garantías de éxito, estimando por las razones que explicita, como de mayor fiabilidad el realizado por el SATAF o equipo técnico adscrito a los Juzgados de familia y el emitido en su día por la entidad colaboradora de la Administración para la valoración psicosocial, que los presentados por los actores.

En ambos informes se pone de relieve que los actores, no obstante tratarse de una pareja equilibrada y capaz para vincularse afectivamente a un niño pequeño no eran adecuados para la adopción de uno de mayor edad. Se hacía hincapié en que su deseo era, desde siempre, adoptar a un niño muy pequeño, sin problemas físicos ni psíquicos, aunque conscientes de que por su edad tendrían dificultades para adoptar a un recién nacido aceptaron que el niño fuese algo mayor. Que no eran capaces de imaginar las dificultades que puede comportar la adaptación de un niño de más edad, minimizándolas presentando serias dificultades para imaginar, asumir y resolver los posibles problemas. La Sra. Irene, en quien habría de recaer el cuidado principal del menor, habida cuenta de los horarios laborables del Sr. Patricio, no superó satisfactoriamente el test Cuida que le fue realizado por el equipo técnico. Se constató su baja empatía para implicarse en los problemas ajenos y dificultades para reconocer, comprender y aceptar actitudes y sentimientos de los otros así como para establecer vínculos afectivos seguros.

En definitiva, que no contaban con recursos para responder adecuadamente si el adoptando presentaba problemáticas conductuales serias, lo que parecía posible si el adoptando tenía mayor edad.

La psicóloga que, convocada por los actores, informó en sentido positivo para una adopción de más de 3 años, la Sra. Beatriz, también con-

sideraba que, en todo caso, habría que valorar la historia y situación concreta del menor asignado, pues no todos cumplirían «con el perfil de esta familia».

Terminó la Audiencia concluyendo que si bien no puede predecirse en forma absoluta lo que el futuro ha de deparar, era necesario acreditar que los adoptantes tenían la capacidad y habilidad necesaria para responder a las situaciones que previsiblemente iban a plantearse y que por tanto eran capaces de proporcionar al menor la estabilidad, vinculación afectiva y seguridad que una relación paterno-filial implica. Y que debía tenerse en cuenta que un niño de más edad, es ya consciente del desamparo sufrido y del desarraigo que comporta su traslado a otro país, de modo que aun sin plantear situaciones más traumáticas, aquellos factores obligan a empatizar con las situaciones emocionales de un niño con este bagaje, consecuencia del cual podía presentar conductas disruptivas para las cuales los adoptantes deben estar preparados. Añadía que tales alteraciones conductuales resultan más improbables tratándose de niños muy pequeños, pero que, en cualquier caso, si tales conductas se revelaban más tarde, los adoptantes habrían tenido tiempo de vincularse afectivamente con el niño, resultando los problemas existentes más fáciles de superar.

En base a estos razonamientos confirmó la resolución de la Administración.

El recurso de casación, que como se ha dicho se funda en la supuesta vulneración del artículo 10 de la Ley 54/2007 así como de los artículos relacionados del Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción, por «no existir ningún precepto que autorice la exclusión de los mayores de tres años» como personas susceptibles de ser adoptadas por quien está capacitado para adoptar a un bebé de 0 a 3 años, debe ser rechazado.

El recurrente pretende combatir, con su sola afirmación de que los problemas de un menor de 3 años son iguales a los de uno de 5 años, el resultado de las pruebas periciales practicadas que, sobre la base de los necesarios conocimientos técnicos y empíricos establecen con el debido razonamiento el porqué de tales diferencias. Ninguna arbitrariedad cabe observar ni del contenido de los dictámenes ni de los razonamientos de la Audiencia respecto de su valoración

En materia de adopción internacional la legislación básica viene conformada en la actualidad por la Ley 54/2007 de adopción internacional, la cual pone de manifiesto la trascendencia que tienen en esta nueva ordenación los principios contenidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, así como el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995 (art. 3).

Toda la normativa concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos, interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional.

Exige, por ello, que la autoridad administrativa competente compruebe la idoneidad de los adoptantes partiendo de la definición de su concepto, de la determinación de las cuestiones y aspectos a que debe referirse y del establecimiento de su plazo máximo de vigencia determinando, finalmente, que cuando el adoptando posea su residencia habitual en España o la vaya a adquirir se aplique la ley española.

La adopción solo puede tener lugar cuando las autoridades de recepción han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar. De modo que en estos casos, contrariamente a lo que parece afirmarse en el recurso de casación, no puede presumirse la idoneidad —la paternidad biológica no es asimilable a la adoptiva— sino que ésta debe ser acreditada.

Según el artículo 10 de la Ley 54/2007, se entiende por idoneidad de los eventuales adoptantes, la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendien-

do a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.

El significado de los términos adecuación y aptitud para adoptar que menciona el art. 5 del Convenio de 1993 antes citado, lo aclara el informe explicativo de la oficina permanente de la Haya en relación con dicho Convenio. La adecuación supone la capacidad o cumplimiento de los requisitos jurídicos y la aptitud la satisfacción de las cualidades sociopsicológicas necesarias en orden a garantizar el éxito de la adopción, toda vez que su fracaso comportará una segunda victimización del niño, en absoluto conveniente para su interés.

Por su parte el art. 15 del mismo Convenio dispone que la autoridad competente del estado de recepción preparará y trasladará un informe a la autoridad del país del adoptando en el que se contenga información relativa a los adoptantes, sobre la identidad sobre la capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en condiciones de tener a su cargo, lo que implica una valoración predictiva sobre la aptitud para asumir una responsabilidad futura, que incluye la de las características de los niños que podrían ser adoptados, edades, número, etc.

Por su parte el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 54/2007, establece que la declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional.

Ello implica que el concepto de idoneidad no sea estático sino dinámico y relacional, pues ha de poner en relación a una concreta familia con un concreto menor por lo que dependiendo de las peculiaridades del niño habrán solicitantes que por sus características, circunstancias y capacidades serán adecuados y otros que no. Cada menor dependiendo de sus particularidades requerirá de unos padres adoptivos unas determinadas aptitudes. Por ello, puede haber familias que estén preparadas para incorporar a un menor, pero que sean inadecuadas para otro. No puede hablarse, pues, de idoneidad para cualquier niño, ya que las capacidades y recursos que es necesario implementar son distintos dependiendo de las necesidades de los concretos menores. A eso se refiere el párrafo 2 del artículo 10 de la Ley antes transcrito y subrayado, que, consecuentemente, no ha sido vulnerado por la sentencia combatida.

Las diferentes legislaciones autonómicas con normas de distinto rango y nivel, regulan los aspectos a valorar para emitir los certificados de idoneidad, si bien todas ellas deberán ser interpretadas en función de las previsiones del artículo 10 de la Ley 54/2007, posterior y en muchos casos de superior rango legal. De otra parte es sabido que no cabe fundar un recurso de casación sobre una norma reglamentaria.

En Cataluña los artículos 70 y 71 del Decreto 2/1997, de 7 de enero por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, aplicable por razones temporales, establece que el proceso de estudio y valoración de las personas que se ofrecen para adoptar a un menor se llevará a cabo por la Dirección General de Atención a la Infancia siendo su finalidad la de determinar la idoneidad de la persona o familia que quiere adoptar para garantizar la cobertura de las necesidades del menor y el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente, y, específicamente garantizar que la persona o familia pueda ofrecer al menor la estabilidad, el cuidado y el respeto a sus señas de identidad que permitan su desarrollo integral. Las circunstancias a tener en cuenta las contempla el artículo 71 entre las cuales figura la de comprobar la flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a la nueva situación que plantea la adopción.

En igual sentido el art. 235-45 del CCCat dispone ahora que la autoridad competente debe determinar el perfil del menor en concordancia con el de la persona o familia adoptante, para facilitar el encaje del menor y el éxito de la adopción.

Es cierto que el art. 88,3 del Reglamento 2/1997 dispone que el estudio y valoración se realizará teniendo presente, además, los requi-

sitos y las circunstancias que concurran en el país al que se formulará la petición de adopción, lo cual resulta del todo lógico si se quiere garantizar el éxito del proceso. Sin embargo, ello no supone, como pretenden los recurrentes, que deban dejar de aplicarse los requisitos exigidos por la legislación española o que deba extenderse necesariamente una idoneidad no acreditada cuando, como lamentablemente ha ocurrido en este caso, por el transcurso del tiempo desde las primeras evaluaciones de los recurrentes, llevadas a cabo en el año 2006, emisión del certificado de idoneidad para un menor de 0 a 3 años en febrero de 2007, y resolución por las autoridades bolivianas del expediente en el año 2009, este país no considerase adecuado —no existe impedimento legal en todo caso, fol. 158— una diferencia tan elevada entre la edad de los futuros adoptantes y el niño, no admitiendo la adopción de un menor de 5 años.

Este Tribunal debe reconocer que los actores han demostrado una admirable tenacidad y persistencia en su intención de proceder a la adopción, perseverancia que merecía —dada su edad— una mayor diligencia y coordinación en la resolución de los trámites administrativos necesarios para el éxito del proceso por parte de las Administraciones públicas actuantes y entidades colaboradoras, pero, con todo, el superior interés del menor es el que debe prevalecer y de lo actuado solo ha quedado acreditada la idoneidad para la adopción de un niño de muy corta edad.

Como se ha expuesto, los niños de más edad pueden presentar mayores problemas relacionales por la experiencia que les ha deparado el transcurso el tiempo, y, de hecho, los instantes habían solicitado un niño pequeño sin problemas físicos ni psíquicos irreversibles, mientras que el niño asignado de 5 años y 3 meses, al que se refiere la resolución denegatoria impugnada, había sufrido malos tratos y abusos sexuales, por lo que el éxito de la adopción no se hallaba asegurado.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Si existe discrepancia entre las partes respecto a la propiedad del dinero existente en las cuentas comunes no puede estimarse la acción de división de cosa común que se acumuló al proceso de divorcio, debiendo las partes acudir al procedimiento declarativo para dilucidar sus pretensiones respecto a la titularidad y reparto de las cuentas y productos financieros.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de octubre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Valss Gombau**

D. Agustín instó demanda de divorcio, con fecha de 5 de Noviembre de 2010, contra D.ª Carla, quien contestó y solicito, sin plantear reconvención, en el punto IX del suplico de dicha contestación: «Que se acuerde la disolución del régimen económico matrimonial y en consecuencia de las cuentas comunes que existían el 1 de agosto de 2010 y reparto del saldo existente en las mismas al 50% entre actor y demandada».

La sentencia de primera instancia, respecto a dicho punto, declara que «Se procederá a la cancelación del depósito bancario (en el Deutsche Bank) por cuantía de 280.000 euros a nombre de ambos esposos, correspondiendo la cantidad de 260.000 euros a la Sra. Carla y de 20.000 euros, al Sr. Agustín», tras declararse probado que dicha cantidad procedía de la venta de una parcela cuya titular era la Sra. Carla, siendo éste el único bien común.

Por otra parte, del contrato Unit Linked, en el Credit Andorrá, de cotitularidad indistinta, uno de cuyos titulares era la Sra. Carla y que con fecha de 21 de Septiembre de 2010, se produce un reintegro de 619.051,33 euros, por persona que se identifica con el número (…), nada procede liquidar al no justificarse que formara parte

de la masa común, puesto que si bien afirma la Sra. Carla que el otro cotitular era el Sr. Agustín, no ha quedado justificado dicho extremo.

La sentencia recurrida dictada por la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona, revoca dicho pronunciamiento afirmando que si bien no se presentó reconvención para instar la liquidación de los bienes comunes, no se ha producido efectiva indefensión. Y respecto a las masas comunes de bienes de los litigantes, que contrajeron matrimonio en régimen económico de separación de bienes, declara que integran la misma tanto el depósito del Deutsche Bank, como el del Credit Andorrá —remitiendo, a estos efectos, la pertinente información de la cuenta en Andorra, a la Hacienda Pública, a los efectos de una posible evasión de capital, extremo que no procede revisar en este proceso por no corresponder a nuestra competencia—. Añade, que en estos procesos no debe examinarse la propiedad del dinero más allá de la titularidad formal completando el razonamiento realizado en auto de 8 de febrero de 2012, en el sentido de que no resulta posible ni analizar a quien pertenece un determinado bien ni en qué proporción resulta propietario.

El Sr. Agustín interpone recurso extraordinario de infracción procesal y de casación. El primero, se fundamenta en cuatro motivos que, en síntesis, son: (a) Por infracción de los arts. 386 y 217.7 LEC, al establecer por vía de presunciones la certeza de unos hechos que no han quedado debidamente acreditados como es la titularidad del Sr. Agustín, de la cuenta en Credit Andorra, y que fuera él quien realizó el reintegro; (b) Por infracción de los arts. 406. 3 y 770-2-d LEC, por instarse la liquidación, al amparo del art. 43 de Código de Familia de Catalunya (en adelante CF), sin interponer reconvención, sin ser admisible la reconvención implícita; (c) Por infracción del art. 412 LEC, al producirse una modificación de su petición de liquidación, puesto que mientras en la inicial pretensión solicitaba el 50% del saldo, tras la sentencia de instancia, en sede de recurso de apelación, instaba, que dicho 50% solamente fuera de la cuenta en Credit Andorrá, mientras que la cuenta del Deutsche Bank, se mantuviera el reparto, en las cuotas establecidas en la resolución de primera instancia, y (d) Infracción del art. 24 CE y en concreto de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española, en relación con el art. 43 CF, conforme la STC 21/2012, de 16 de febrero, dictada por el Pleno del TC y publicada en el BOE el 12 de marzo de 2012, cuando la sentencia ahora recurrida aún no era firme, presentándose el pertinente escrito de interposición del recurso de casación el 15 de marzo de 2012.

Asimismo, deduce recurso de casación con base en dos motivos: (a) Infracción del art. 43 CF, por su declaración de inconstitucionalidad establecida en STC 20/2012, de 16 de febrero, y (b) Vulneración del art. 267.1 CF por cuanto, en síntesis, señala, que se ha introducido un tercer elemento a la hora de fijar la cuantía de los alimentos para las hijas, como es que las alimentistas recibirán más o menos cantidad de los alimentantes, en función de la liquidación de la masa común de los bienes, cuestión ajena a la proporcionalidad establecida en el art. 267.1 CF, que los fija en función de las necesidades de las hijas y los medios económicos de las persona o personas obligadas a prestarlos debiendo ser la cuantía de 400 euros y no de la de 600 euros, aquella que quede obligado a pagar el Sr. Agustín, repartiéndose por mitad los gastos extraordinarios. Añade, que establecida una guarda y custodia compartida, y siendo que las dos hijas acuden a escuelas públicas, la determinación de la cuantía de 600 euros, no resulta proporcionada a lo dispuesto en el art. 267.1 CF, vulnerando dicha norma cuando se establece dicha cantidad hasta la liquidación de los bienes, y realizada dicha liquidación se minora en 400 euros.

En el escrito de oposición, la Sra. Carla insta la inadmisibilidad de ambos recursos, puesto que, en síntesis, ni se ha producido indefensión en relación con la solicitud de liquidación de los bienes comunes, ni tampoco infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Y respecto al recurso de casación, por reiterar el motivo primero, el cuarto del de infracción procesal, al denunciar, en ambos, la infracción del art. 43 CF, oponiéndose, en su totalidad, seguidamente a todos los motivos anteriormente reseñados.

Por razones sistemáticas, analizaremos, en primer lugar, la infracción del art. 43 CF, cuya naturaleza es evidentemente procesal.

La división de los bienes en común dentro del proceso matrimonial, cuando los cónyuges han contraído matrimonio en régimen de separación de bienes, pretende el reconocimiento, por parte del CF, de una realidad socioeconómica que no era otra que aún existiendo un régimen de separación de bienes, no se producía una absoluta separación de patrimonios, sino que dicho régimen coexistía y coexiste, con otra masa de bienes adquiridos en común en los que la vivienda familiar o, incluso, la segunda residencia, era y es una de las cuestiones que responden a una normalidad en la realidad actual dentro del régimen económico de separación de bienes. Por tanto, conforme la voluntad del legislador catalán se pretendía introducir un sistema eficaz y rápido de distribución de bienes comunes, tras la separación, nulidad o divorcio.

Sin embargo, dicha acción de división de la cosa común para que resultara procedente su acumulación en un proceso matrimonial, conforme lo dispuesto, en el art. 43 CF, aplicable por una cuestión de derecho intertemporal en el presente proceso, no siéndolo el vigente Código Civil de Catalunya —art. 232-12 CCCat—, no debe ser utilizado, como se señalaba por la resolución recurrida, aun cuando posteriormente no lo lleva hasta sus últimas consecuencias, para debatir controversias complejas como la naturaleza de los bienes (si es privativa o común), la inclusión o exclusión de los bienes en el inventario, o su proporcionalidad, extremos que quedaban extramuros del proceso matrimonial, conforme la ordenación normativa del CF (art. 43 CF).

A pesar de ello, la sentencia recurrida, obviando dicha cuestión no solo procede a la división sino que entra a analizar y resolver sobre las titularidades de los mismos, o sea, si el Unit Linked del Credit Andorrá es de ambos o no, o si el depósito del Deutsche Bank que se reparte al 50% debe apoyarse o no en la titularidad formal, frente a la petición modificada, por la Sra. Carla, que ha de efectuarse en cuotas distintas conforme se solicitaba en sede de recurso de apelación. Por tanto, debe apreciarse una aplicación indebida del art. 43 CF a una masa de bienes en común, cuya propia naturaleza se discute en el proceso matrimonial (y así se ha efectuado en la litis), lo que resulta ajeno a lo pretendido por la norma.

Por otra parte, ha de añadirse, que la STC 21/2012, de 16 de febrero, declaró la inconstitucionalidad del art. 43.1 CF, puesto que, como se establece en la citada resolución, no tiene cabida en la habilitación competencial del art. 149. 1. 6 CE las normas procesales cuya razón de ser es introducir lo que el legislador autonómico plantea como una mejora de la legislación procesal de la Comunidad Autónoma, sin que responda a las «necesarias especialidades» del citado precepto constitucional. Esta declaración de inconstitucionalidad tiene como límite la cosa juzgada, a salvo de lo dispuesto en el art. 40. 1 LOTC, siendo su nulidad pro-futuro, es decir, no puede aplicarse ni a situaciones ejecutadas ni aquellas que teniendo su origen con anterioridad a dicha sentencia no son todavía firmes, conforme se deduce e infiere de lo establecido en el art. 39 LOTC.

En su consecuencia, procede la estimación de dicho motivo sin que exista óbice alguno de admisibilidad al plantearse por vía adecuada y en función de la infracción de un precepto procesal que no resulta aplicable en el presente proceso, conforme se ha motivado, y, que ha sido declarado inconstitucional.

Cuestión extraña y ajena al recurso es la nueva normativa introducida en el art. 438.3 LEC que establece una excepción (4.ª) a la inviabilidad de la acumulación objetiva de acciones en los juicios verbales que es el cauce pertinente para sustanciar los procesos matrimoniales —art. 770 LEC—, posibilitándose en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, la acumulación de la acción de división de cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Tampoco resultan aplicables ni son objeto del recurso, por mor de la aplicación del derecho intertemporal, la extensión que deba darse al contenido del proceso liquidatorio, conforme los artos. 232-12 CCCat así como las medidas que deban adop-

tarse en dicha liquidación de las masas comunes en los procesos matrimoniales contenciosos como en los de mutuo acuerdo —arts. 232.2. 3 y 233.4. 2 CCCat— así como en los procedimientos de ruptura de las parejas estables —D. Ad. 5.ª y art. 234. 6 CCCat—, cuya ordenación normativa no había entrado en vigor al momento de presentarse la demanda y deducirse la oportuna solicitud de liquidación, en el presente proceso.

Por lo expuesto, las partes litigantes, deberán acudir al declarativo correspondiente, en el presente caso, para dilucidar sus pretensiones respecto a la titularidad y reparto de las cuentas y productos financieros controvertidos.

Ha de estimarse el motivo cuarto del recurso extraordinario de infracción procesal, sin necesidad de examinar el resto de los motivos planteados.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Se desestima la acción de nulidad matrimonial solicitada por simulación para conseguir el permiso de residencia, al quedar acreditada la convivencia y la comunidad de vida existente entre ambos cónyuges.

AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Josefa Otero Seivane**

La sentencia apelada efectúa una correcta valoración probatoria en orden a la causa de nulidad matrimonial invocada en la reconvención. En efecto, es abundante y concluyente la prueba documental acreditativa de la convivencia conyugal que el reconviniente niega, insistiendo en la tesis sostenida en la instancia en el sentido de que el matrimonio fue simulado y celebrado con engaño por parte de la actora, colombiana de nacimiento, para conseguir permiso de residencia en España, posterior nacionalidad española y el traslado y permanencia en España de los tres hijos de aquélla residentes en Colombia.

Los litigantes contrajeron matrimonio el 23 de octubre de 2003. Su convivencia en el domicilio designado en la demanda como conyugal, sito en la calle (…) de Xinzo de Limia, no ofrece duda a la vista de la documental que la sentencia apelada cuida de reseñar, de la que cabe resaltar como más significativa, la siguiente: 1) contratos de arrendamiento de la vivienda suscritos por el demandado de fecha 1 de septiembre de 2003 y 1 de septiembre de 2008. 2) acta notarial de 7 de marzo de 2006 de «compromiso de invitación» otorgado por los dos litigantes para la traída a España de los tres hijos de la actora, transcurridos cerca de dos años y medio desde la celebración del matrimonio; 3) acta notarial de 17 de marzo de 2006, otorgada por el demandado a fin de dar su consentimiento para que los hijos de la actora pudiesen residir en España y para asumir los gastos de estancia y demás que pudieran necesitar. Las dos actas recogen el indicado domicilio como de los otorgantes; 5) seguro de vida contratado por el demandado con Caser de fecha 7 de mayo de 2008 haciendo constar como beneficiaria su esposa; 6) acta notarial de compraventa de vivienda de 11 de junio de 2008 adquirida por ambos litigantes donde se hacen constar que son matrimonio en régimen de gananciales con el mismo domicilio. La intervención en tales documentos del demandado revela una comunidad de vida contraria a la tesis que ahora sostiene.

A la contundencia de la indicada prueba se une la restante que de modo prolijo relaciona la sentencia recurrida, cuya argumentación al respecto se da por reproducida, de modo que no es de apreciar error en la valoración de la prueba o infracción legal en relación con la invocada nulidad.

PATRIA POTESTAD

Sólo en el supuesto de que el menor hubiera necesitado un internamiento, un tratamiento clínico continuado en el tiempo, una asistencia médica especial, más allá de la puntual cura que recibió en su momento, hubiese sido necesaria la comunicación al otro progenitor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través de de la interposición del recurso de apelación planteado contra el auto dictado por el juzgado, y con revocación del mismo, solicita el despacho de la ejecución según lo interesado en la demanda, en orden al requerimiento al padre para que cumpla estrictamente con los deberes inherentes a la patria potestad, en las condiciones establecidas en el suplico de dicho escrito de demanda y, por ende, reitera el requerimiento para que el demandado cumpla estrictamente con el régimen de visitas y comunicaciones acordados en la sentencia, en los supuestos en los que el menor se encuentre en su compañía, todo ello con apercibimientos, reiterando las cuestiones afectantes a la patria potestad, incumplimientos del ejercicio conjunto de dicha función y la falta de comunicación a la madre de las circunstancias afectantes a la salud del menor, su evolución, y con referencia al incidente ocurrido sobre una lesión sufrida por el menor, denunciando la falta de información al respecto, y la falta de información sobre la salud y la situación física, en general, de dicho menor.

El Ministerio Fiscal ha solicitado que se desestime la ejecución interesada.

De antemano, conviene advertir que el apartado relativo a la patria potestad ha sido resuelto por medio del auto de fecha 2 de diciembre de 2011, en el que se acuerda recordar a los progenitores que deben procurar el máximo bienestar del menor, en su propio interés y beneficio, siendo así que de conformidad con lo establecido en el artículo 156 del Código Civil, no cabe plantear recurso de apelación contra dicha decisión judicial, de tal modo que todos los requerimientos a los que se refiere la parte demandante, hoy apelante, en su escrito de demanda debe entenderse que han tenido su respuesta en una decisión judicial no susceptible de ulterior recurso.

Sin embargo, es lo cierto que se hace mención a la ejecución de la sentencia de fecha 3 de julio de 2011, en lo que se refiere no solamente al ejercicio de la patria potestad, conjunta, sino también al régimen de visitas, y al apartado relativo a la relación de los progenitores con el menor en los supuestos de enfermedad, allí donde se encuentre el enfermo conforme a las exigencias de la buena fe.

Es lo cierto que no se conculca el derecho de alegaciones y de defensa de ninguna de las partes, por cuanto que se ha dado traslado al demandado del escrito inicial de la demanda, y por medio del presente recurso la parte ejecutante ha alegado cuanto ha estimado oportuno.

También lo es que el demandado ha negado todo cuanto expresa la parte ejecutante, al tiempo que justifica su conducta y actitud en relación al incidente referido a la lesión sufrida por el menor, como consecuencia de un suceso puntual de escasa trascendencia.

No hay prueba del incumplimiento del régimen de visitas y comunicaciones, no se puede imputar al demandado conducta omisiva en orden al cuidado del menor, y sólo en el supuesto de que el menor hubiera necesitado un internamiento, un tratamiento clínico continuado en el tiempo, una asistencia médica especial, más allá de la puntual cura que recibió en su momento, ello si hubiera conllevado la obligación de comunicar tal circunstancia al otro progenitor, que en ese momento no se encuentra con el menor a fin de propiciar la relación a la que se refiere la sentencia, con mención a supuestos de enfermedad, y donde se encuentre el enfermo, que no

para el caso que se relata en el escrito de demanda.

Por todo cuanto antecede, y dejando vigente el argumento del auto apelado, se desestima el recurso interpuesto.

Por lo demás, las cuestiones afectantes a la patria potestad, que debe ejercerse conjuntamente, en materia de salud e integridad física del menor, a falta de acuerdo deben someterse a la consideración judicial, que resolverá sin ulterior recurso.

Si no constan reiterados desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad no puede atribuirse el ejercicio exclusivo a la madre para decidir sobre las actividades escolares.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo**

La patria potestad y la custodia, como instituciones jurídicas diferenciadas, han existido siempre en el Derecho Matrimonial español y así han sido tratadas en la doctrina y la jurisprudencia desde la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 julio, pero sin embargo, esa distinción, presente desde hace mucho tiempo en la praxis judicial, sólo ha tomado cuerpo y se ha hecho visible en los textos legales muy recientemente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 y en el Código Civil, tras la reforma llevada a cabo en el mismo por la Ley 15/2005, de 8 julio.

La patria potestad puede definirse como la función tuitiva o protectora atribuida por la ley a los progenitores respecto de sus hijos menores o incapacitados encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes, que comprende un conjunto de derechos y obligaciones consistentes, según los términos del artículo 154 del Código Civil, en velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes. La guarda y custodia no es más que la forma de ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor. La atribución de la custodia a uno o ambos progenitores en los procesos de familia viene a concretar si se encomienda a uno u otro progenitor, o a ambos, la obligación del desempeño ordinario y habitual de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Pues bien, cuando los progenitores, estén casados entre sí o formen una pareja de hecho, conviven armónicamente con los hijos menores comunes, ningún conflicto suele ocasionarse con motivo de la adopción de decisiones relativas a la vida de éstos, ya constituyan actos de ejercicio o extraordinario de la patria potestad. Pero esta situación, y ello constituye una mera cuestión empírica, cambia radicalmente cuando se produce la ruptura de la convivencia de los progenitores, pues, en la inmensa mayoría de los casos, como todos sabemos, el convenio o resolución judicial sobre cuidado de los menores recaída en los procesos de familia correspondientes atribuye la guarda y custodia de los mismos, de manera exclusiva, a uno de los progenitores y establece la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos.

Al ser la patria potestad un concepto más amplio que el de custodia y producirse, tras la ruptura de convivencia de los progenitores, una escisión entre la titularidad y ejercicio de la patria potestad, que corresponde a ambos progenitores, y ejercicio de la custodia, que corresponde a uno sólo de ellos, los conflictos entre los progenitores se hacen casi inevitables. Jurídicamente, la atribución de la custodia exclusiva de un menor a uno de sus progenitores en convenio o resolución judicial, con ejercicio conjunto de la patria potestad sobre el mismo, no confiere al progenitor custodio la facultad de decidir unilateralmente, sin consultar ni recabar el consentimiento del otro progenitor, todas las cuestiones que afectan a la vida del menor. Sin embargo, en la práctica, en la inmensa mayoría de los casos, el progenitor que tiene atribuida la custodia

y convive habitualmente con el menor se arroga la facultad de decidir por sí sólo, sin comunicar siquiera su decisión al otro progenitor, todas las cuestiones atinentes a la vida del menor sujeto a patria potestad, tanto las más importantes o trascendentes como las menos relevantes por afectar a los aspectos cotidianos y rutinarios de la vida diaria. Ello ocasiona frecuentes conflictos entre el progenitor custodio y el no custodio, cuando este último se opone a que el primero adopte en solitario, sin consultarle, decisiones sobre todos los aspectos trascendentes en la vida y desarrollo del común descendiente, y se rebela ante la actitud del custodio de prescindir de contar con su opinión sobre los asuntos de interés en la vida de aquél, que le relega, *de facto*, al papel de comparsa o mero espectador en el proceso de toma de decisiones sobre su hijo. Naturalmente, cuando las decisiones unilaterales de un progenitor no se comparten por el otro, tales disputas y divergencias acabarán, en muchos casos, en el Juzgado.

A causa de la disociación del ejercicio de la patria potestad y de la custodia y de la ausencia de una definición o noción legal precisa de la patria potestad y de la custodia como instituciones diferenciadas, para la resolución judicial de tales discrepancias entre los progenitores se hace necesario delimitar el contenido de una y otra para determinar qué decisiones deben adoptar de consuno ambos progenitores, como titulares del ejercicio conjunto de la patria potestad y cuáles puede tomar unilateralmente el que ostenta la guarda exclusiva del menor, y ello suele hacerse sobre la distinción de actos ordinarios y extraordinarios, lo que habría de determinarse «conforme al uso social y las circunstancias» tal y como señala textualmente el artículo 156 del Código Civil.

Es evidente, sin embargo, que en los procesos de crisis matrimonial que derivan en un proceso matrimonial pueden existir graves problemas en la ejecución de la sentencia al ser constante la toma decisiones que deben adoptarse respecto al desarrollo de la vida del menor. En estos casos, si las relaciones no son buenas, y a veces ni aunque lo sean, suelen surgir disputas acerca de lo que cada uno de los progenitores piensa que es más conveniente para el menor, cuando la realidad diaria es que ese parecer es el que a ellos más les interesa, olvidando la máxima antes expuesta de que el ejercicio de la patria potestad siempre lo será en interés del menor. Es por ello, por lo que el párrafo 2.º del artículo 156 del Código Civil permite que en caso de desacuerdos reiterados se pueda dividir el ejercicio de la patria potestad distribuyendo el juez las funciones atribuidas a cada uno de los progenitores.

En el supuesto que se somete a la consideración de la Sala bien pudo acudirse a solicitar la autorización judicial previa para que el hijo pudiera haber ido a la excursión que se menciona en el escrito promotor del expediente, mas no habiéndose formulado tal solicitud se opta por solicitar que sea la apelada quien decida unilateralmente las actividades escolares en que participará el menor aunque incluyan salidas o estancias fuera del centro educativo. Ahora bien, el artículo 156 del Código Civil, como ya hemos señalado exige como presupuesto de aplicación la existencia de desacuerdos reiterados o la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, sin que se haya acreditado ni lo uno ni lo otro, pues a tenor de la prueba practicada lo único que se justifica es la existencia de un conflicto acerca de la participación en la excursión a Cádiz el día 21 de Abril de 2010 y la negativa del padre que fundamenta en el ejercicio del derecho de corrección por haber suspendido el menor un examen y haber ocultado a su padre dicha circunstancia. Como ya manifestábamos anteriormente, no se trata de valorar la razonabilidad de la decisión del padre apelante, lo que hubiera supuesto el ejercicio de la acción que antes apuntábamos, sino de despojar al mismo de funciones inherentes a la patria potestad y que afectan a la educación de su hijo para dejarlas en manos de la madre, por lo que no constando la existencia de esos reiterados desacuerdos procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida para desestimar el suplico del escrito promotor del presente expediente de Jurisdicción Voluntaria.

Dándose las condiciones para establecer la custodia compartida no procede autorizar a la madre el cambio de residencia a Inglaterra, pues ello impediría adoptar este modelo de custodia y además afectaría a la participación del padre en el desarrollo del menor, siendo intrascendentes las alegaciones de la madre en cuanto a la falta de arraigo y de trabajo en nuestro país.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

Practicada la prueba solicitada por las partes en el plenario, se dictó sentencia en la que, sin hacer pronunciamiento en costas, se acordó estimar parcialmente la demanda presentada por Doña Mercedes frente a Don Pablo, acordando las siguientes medidas.

1. Ambos progenitores Doña Mercedes y Don Pablo son cotitulares de la patria potestad respecto de su hijo Adam.

2. Se establece un sistema de custodia compartida respecto del menor Adam con intercambio semanal, produciéndose la alternancia el domingo a las 20 horas, encargándose de la recogida del menor el progenitor al que le corresponda tener consigo al menor en la semana entrante.

En relación a las festividades de Navidad, Semana Santa y verano serán repartidas por mitades entre ambos progenitores, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares.

3. Se establece que el domicilio del menor Adam se encuentra en Mallorca, ello implica que no pueda trasladarse el domicilio del menor fuera de la isla sin contar con el consentimiento del otro progenitor o subsidiariamente con autorización judicial. Expresamente se prohíbe la salida del menor del territorio nacional sin contar con la autorización del otro progenitor o, subsidiariamente la autorización judicial.

4. Ambos progenitores abonarán los gastos ordinarios (alimentación, vestido y ocio) del menor durante la semana que lo tengan consigo.

Ambos progenitores procederán a la apertura de una cuenta corriente en la que ingresarán ciento veinte euros (120 euros) mensuales cada uno para cubrir los gastos fijos de la menor, escolares, médicos y actividades extraescolares consensuadas, fundamentalmente. Esta cantidad será incrementada proporcionalmente en función de las necesidades del menor.

5. Los gastos extraordinarios se satisfarán por partes iguales, conforme al régimen general, con las precisiones siguientes:

— Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o, en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente se abonarán por mitades.

— Los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria por aquél que determine su realización, si es que el gasto llegase a producirse.

— Los gastos extraordinarios reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe y a su devengo.

— En todo caso, y en aras al necesario respeto a la patria potestad compartida, el progenitor que promueva el gasto deberá acreditar documentalmente haber comunicado previamente al devengo del gasto la existencia de dicho gasto para que, en el plazo de 10 días, el otro progenitor pueda, en su caso, oponerse al mismo o efectuar las alegaciones que entienda oportunas.

Frente a dicha resolución fue interpuesto recurso de apelación por la parte actora reiterando sus consideraciones en orden a que su voluntad de ir a Inglaterra tiene su razón de ser en encontrar un trabajo; que existe mala relación entre los progenitores; que el padre tenía una pres-

tación social por enfermedad y ella no encontraba nada; que el informe psicosocial muestra indicios de violencia de género; que no tienen arraigo en España y que en Inglaterra viven los abuelos maternos; que el niño manifestó en la explotación que quiere ir a Inglaterra; que el padre solo pagó 4.500 euros en la separación para que ella alquilara una casas; que ella no tiene bienes; que el menor precisa de ayuda psicológica; que le corresponde el derecho a la libre circulación. En consecuencia, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que revoque la de instancia en cuanto a que se declare la guarda y custodia del menor Adam a favor de la madre, el derecho de esta a trasladarse junto con su hijo a Inglaterra, la libertad de circulación de esta y del menor para trasladarse por el territorio de la CEE; que se establezca a favor del padre el sistema de visitas propuestos en el cuerpo del presente recurso y que ya fue ofrecido en sede de Primera Instancia; que se establezca una pensión de alimentos a favor del menor con cargo al padre de 250 euros si se traslada el niño y la madre a Inglaterra, abonando por mitades los gastos de traslado del menor y subsidiariamente de 400 euros si el menor y la madre deben permanecer en Mallorca; con imposición de costas al apelado si se opusiera.

La parte apelada se opuso al recurso alegando ser un buen padre que lucha contra el desempleo ejerciendo de camarero de día, a pesar de sus problemas de cadera, y sosteniendo que ella quiere irse a Inglaterra por razones personales y de su actual pareja; recuerda que el niño es español y que los índices del informe psicosocial son más favorables al padre, siendo deseo del hijo el relacionarse con ambos progenitores. Por todo lo cual, solicitó la desestimación del recurso. Asimismo, el Ministerio Fiscal hizo lo propio, pidiendo la confirmación de la sentencia por hallarla correcta y ajustada a Derecho sus propios argumentos.

Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, el eje del debate se plantea sobre la base de a quién corresponde la guarda y custodia del menor, Adam-Julián, nacido el día (…) y que, en consecuencia, cuenta actualmente con 7 años de edad, o si, eventualmente, corresponde a ambos de manera compartida. Tal y como recordaba la sentencia de instancia en concordancia con el criterio del Ministerio Fiscal y del equipo Psicosocial adscrito al Juzgado (folios 201 a 211 de autos), la opción de la custodia compartida es la fórmula más favorable para el interés del menor por varias razones detalladamente apuntaladas en la sentencia de instancia y que no han quedado desvanecidas por los argumentos de esta alzada, a saber: «En primer lugar, y pese a que la madre ha ejercido la custodia exclusiva desde la separación de la pareja a finales del año 2008, salvo durante un corto periodo de tiempo, que comenzó en Marzo de 2010, en el que se acordó por mediación de los Servicios Sociales un régimen de custodia compartida, es lo cierto que el padre siempre ha pretendido un mayor tiempo de estancia con su hijo que le permita cuidar de él y participar en su educación —tal y como él mismo reconoció con ocasión de su interrogatorio y tal y como corroboró el psicólogo de los Servicios Sociales de Calviá, que declaró como testigo—. En segundo lugar, puesto que de la exploración del menor Adam por parte del equipo psicosocial se desprende que éste reclama más tiempo con su padre. En tercer lugar, puesto que pese a que haya sido iniciada una Ejecución por impago de la pensión de alimentos desde el mes de Septiembre de 2009 (fecha de presentación de la presente demanda) hasta Agosto de 2010, es lo cierto que ello comprende en su mayor parte los meses anteriores a la fijación de una pensión por parte de esta juzgadora en su Auto de finales de Junio, constando acreditado por expreso reconocimiento de la madre, con ocasión de su interrogatorio que, contrariamente a lo referido en su escrito de demanda, el padre si colaboró económicamente con los gastos del menor Adam durante la separación, no habiendo quedado acreditado que la suma reconocida por ambos de 4.500 euros entregada por el Sr. Pablo a la Sra. Mercedes al inicio de la separación fuera destinada a la adquisición de un vehículo. De igual modo, no constan impagos posteriores. En cuarto lugar, puesto que el psicólogo de los Servicios Sociales de Calviá, Don Jenaro, quien participó en el intento de solución de los problemas derivados de la separación de la pareja, afirmó que el sistema de reparto implantado en Marzo de 2010 lo fue de mutuo acuerdo, «sien-

do satisfactorio para ambos», contradiciendo así las afirmaciones maternas relativas a una imposición paterna en evitación de problemas. De igual modo, y desvirtuando las afirmaciones de la Sra. Mercedes, el Sr. Pablo indicó que si el sistema se modificó fue para adaptar el cuidado del menor a los horarios laborales paterno y materno, no exclusivamente paterno, como indicó la madre. En quinto lugar, dado que ambos progenitores carecen de soporte familiar en la isla, de manera que el menor precisa que sus dos progenitores se encuentren plenamente implicados en su cuidado y educación. De hecho, sus domicilios se encuentran cercanos y consta, según la información escolar contenida en el informe del equipo psicosocial que ambos se encuentran de facto implicados en la educación del menor. En sexto lugar, puesto que ambos progenitores aparecen, según el informe del equipo psico-social, como cuidadores adecuados. En séptimo lugar, puesto que no consta que las relaciones tensas y conflictivas entre los progenitores vayan a hacer fracasar la custodia compartida, puesto que es un elemento valorado por el equipo psico social adscrito al Juzgado en su informe, siendo sabido que tal conflictividad también existe en igual medida en los supuestos de custodia exclusiva y régimen de visitas. En este sentido, el psicólogo de los Servicios Sociales de Calviá indicó que las discusiones y los conflictos se producían especialmente en los intercambios de Adam, de manera que con una custodia compartida se reducen notablemente estos conflictos al reducirse el contacto visual entre ambos progenitores que evidentemente deberán realizar un importante esfuerzo para evitar que los conflictos entre ellos perjudiquen a su hijo Adam, quien precisa de unos progenitores responsables.

Sobre tales premisas, no cabe sino compartir la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia en orden que no se puede autorizar la petición materna de traslado del menor Adam a Inglaterra (desaconsejada expresamente en el informe psicosocial, folio 211 de autos), puesto que dicho traslado impediría el cumplimiento de la custodia compartida y afectaría al desarrollo emocional del menor por no poderse relacionar adecuadamente con su padre, dado que la participación del padre en el cuidado y formación del menor quedaría limitada al disfrute de los periodos vacacionales. Bien entendido que con tal conclusión no se está privando a la madre de su derecho a la libre circulación, sino que se está resolviendo con arreglo al principal principio informador de la materia, el *favor filii*, siendo el interés del menor preponderante incluso sobre legítimos derecho de los progenitores que, al entrar en colisión con aquel, subyace el mismo como preferente; sin olvidar que, de la misma manera que la madre tiene derecho a la libre circulación y fijación de residencia, también el padre titulariza el mismo derecho.

Se acuerda conceder autorización judicial a la madre, a fin de que en el ejercicio de la patria potestad fije cautelarmente la residencia de sus hijos menores en España, estableciéndose un régimen de visitas a favor del progenitor paterno que reside en Paraguay.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 10 de julio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José de la Vega Llanes**

Se recurre el Auto dictado por el Juzgado de procedencia de fecha 6 de agosto de 2010, en el que se acuerda conceder autorización judicial a D.ª Enriqueta, a fin de que en el ejercicio de la patria potestad fije cautelarmente la residencia de sus hijos menores, Rubén y Santiaga, en España, estableciéndose un régimen de visitas a favor del progenitor paterno, con residencia en Paraguay, así como las restantes medidas en orden a la contribución al pago de alimentos y escolarización.

El padre recurrente ha alegado falta de competencia de los Tribunales Españoles y fraude procesal en la adopción de tales medias cautelares, interesando finalmente tras la Sentencia dictada en el proceso de Divorcio n.º 833/10 que

se archive el presente procedimiento al quedar vacío de contenido.

La demanda de tales medidas se presentó por D.ª Enriqueta en el periodo de finalización de las vacaciones de verano del año 2010, ante su inminente regreso a Paraguay, lugar de residencia del matrimonio durante los últimos años, interesando la autorización para permanecer y fijar su residencia provisionalmente en España con sus hijos, alegando que la permanencia de estos en Paraguay entrañaba riesgos para su integridad física, amén de los problemas de todo orden que se presentaba para el mayor de ellos, por las amenazas que de continuo sufría por parte de sus compañeros de colegio en Paraguay.

En la Resolución recurrida se adoptaron las medidas que actualmente están en vigor y que necesariamente han de ser confirmadas, pues al margen de que los presupuestos establecidos en el artículo 158 del CC exigen la concurrencia de las circunstancias que negativamente producen consecuencias y perturbaciones dañosas para los hijos, que tienen un cierto reflejo en la situación de inseguridad y riesgo que la familia vino sufriendo en Paraguay y la necesidad urgente de adoptar nuevas medidas sobre la custodia. Es preciso por ello tener en cuenta que todas las medidas relativas a guarda y custodia, visitas y comunicación entre hijos y cónyuges, deben ser adoptadas teniendo en cuenta el criterio fundamental del beneficio del menor (art. 92 y 94 del Código Civil y art. 39 de la Constitución), directriz que debe prevalecer sobre cualquiera otra y desde luego que sobre la opinión o deseo de cada progenitor, a cuyos efectos los jueces deben valorar la prueba practicada, en la que cobra importancia decisiva el dictamen de los especialistas.

Así pues, se acordó en esta alzada la práctica de dicha prueba pericial, de cuyo informe se deduce la conveniencia de mantener la medida de guarda a favor de la madre, dando puntual respuesta a la situación actual familiar, en tanto que ambos hijos muestran su deseo y aceptación de permanecer en España en convivencia con la madre. Ambos tienen suficiente juicio, que se presupone en los de su edad, el mayor con 15 años y la menor con 12, muestran un estado de bienestar y satisfacción con el nuevo entorno escolar y ambiente sociofamiliar, manifestando, tal y como figura en el informe psicológico, rechazo al clima escolar vivido en Paraguay. En consecuencia parece mas oportuno mantener este estado actual en aras a una mayor seguridad física y estabilidad psicológica de los menores, sin perjuicio de las medidas que se adopten con carácter definitivo.

GUARDA Y CUSTODIA

La mala relación entre los progenitores no alcanza un nivel de hostilidad y las distintas costumbres, pensamiento y modo de vida de los dos progenitores tampoco pueden ser un obstáculo para que se acuerde la custodia compartida al ser el modelo preferente previsto por el legislador.

AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Angos Ullate**

El actor sigue manteniendo en su recurso que procede acordar la guarda y custodia compartida por ambos contendientes de su hijo Juan Antonio (nacido el … de 2007), con arreglo al plan de relaciones familiares aportado. La demanda se funda en el artículo 6 de la entonces vigente Ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (2/2010, de 26 de mayo) y en su disposición transitoria primera, que permite solicitar la custodia compartida por uno de los progenitores como medio de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año desde la

entrada en vigor de dicha ley, 8 de septiembre de 2010, tal como ocurre en el presente caso, en que la demanda fue presentada el 23 de diciembre de 2010, mientras que la sentencia de divorcio de los litigantes por mutuo acuerdo recayó en fecha 26 de octubre de 2009. Actualmente, el citado artículo 6 corresponde al artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón (Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón); y asimismo su disposición transitoria sexta reproduce la disposición transitoria primera de la Ley 2/2010. Por tanto, frente a lo que parece ser mantenido en la sentencia apelada y en el escrito de oposición al recurso, no es necesario acreditar una alteración sustancial de las circunstancias para modificar el convenio regulador aprobado judicialmente y adoptar la guarda y custodia compartida.

Tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio, hemos de concluir que el actor está capacitado para asumir la custodia del niño compartida con la madre. No apreciamos lo que la perito Casilda (trabajadora social del IMLA) llama, aunque de forma un tanto confusa, «contradicciones» en la conducta del Sr. Juan Antonio (lo dijo tanto en su informe —folio 143— como en el juicio), las cuales le llevan a cuestionar subjetivamente la veracidad de los argumentos que el demandante da para solicitar la custodia compartida —disfrutar más tiempo de su hijo— y su capacidad para asumir la totalidad de los cuidados que requiere el menor, así como la planificación y organización que exige. Sin embargo, nada hace dudar ni de las intenciones expresadas por el actor ni, como ya hemos anticipado, de su capacidad para atender adecuadamente al niño más allá del régimen de visitas ordinario que le corresponde con arreglo al convenio aprobado en 2009 (fines de semana alternos, dos tardes intersemanales y la mitad de los diversos periodos vacacionales). Por otro lado, la perito de parte, la psicóloga Dulce (que no acudió al juicio), destaca en su informe (folios 154 y siguientes) que el actor presenta un ajuste psicológico adecuado y competencia para ejercer su papel de padre de manera adecuada; y la psicóloga del IMLA (…) también resalta en su dictamen (folios 161 y siguientes) y en sus manifestaciones efectuadas en el juicio que ambos progenitores están capacitados para ejercer la custodia del niño, y que la guarda y custodia compartida es una opción válida en la que ambos padres pueden contribuir a su crianza y educación en forma proporcional a sus recursos y a las necesidades del hijo.

1. Lo que la psicóloga del IMLA llama «nivel de conflicto interparental» y la trabajadora social «relaciones disfuncionales» consiste en una mala relación entre los contendientes (se hablan solo lo imprescindible) que no tiene por qué perjudicar al menor ni influir en su crianza y educación por parte de cada uno de ellos, dado que no alcanza el nivel de hostilidad, sino solo el de conflicto, como aclaró en el juicio la primera de tales peritos. En suma, la animadversión e incluso enemistad no llega a un grado de conflictividad tal que imposibilite la custodia compartida, como tampoco impide el régimen de visitas dentro del ámbito de la custodia individual, y lo más beneficioso para el menor es que se relacione con ambos progenitores, aunque los adultos se lleven mal personalmente. Como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de febrero de 2012, lo frecuente en la práctica no es el consenso entre los progenitores, sino el disenso; y así el apartado 5 del citado artículo 80 declara que «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». La misma sentencia del Tribunal Superior de Justicia añade que no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, porque si bien es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de una ruptura, lo cierto es que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, de modo que, para que puedan dejarse sin efecto los beneficios que para el menor pueda conllevar en su caso la implantación de la custodia compartida, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad.

2. Especialmente, hemos de destacar que los horarios laborales de uno y otro progenitor

son actualmente similares, si bien el ahora apelante se ha comprometido a flexibilizar su jornada a fin de atender personalmente al niño durante la época que le pueda corresponder, dado que es copropietario, junto con su hermano, de la carpintería en la que trabaja, que está situada en el mismo Sariñena (en el edificio en donde, además, tiene su vivienda), mientras que la demandada no puede flexibilizar su horario laboral, cuando menos hasta ese punto (trabaja por cuenta ajena en la Comunidad de Regantes de Castelflorite). Ningún impedimento vemos en que el demandante pueda ser ayudado por alguno de sus familiares más cercanos que viven en Sariñena (dos hermanas y un hermano —todos ellos con hijos— y sus padres, aunque sean octogenarios), del mismo modo que, como es lógico y natural, la Sra. Berta se vale continuamente de su padre (ahora debe de tener 67 años) para recoger al niño del Colegio y atenderle a la salida del colegio, incluso le da de comer si no lo hace en el comedor escolar.

1. Sentado lo anterior, debemos resaltar que el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés es el de custodia compartida, no individual, en busca del propio interés del menor y con el fin de favorecer el pleno desarrollo de su personalidad, como aclara una jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ya consolidada, de acuerdo con los beneficios que la guarda y custodia compartida aporta a los menores. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de febrero de 2012 (cita otras sentencias del mismo Tribunal) dice que en el artículo 80.2 del Código Foral se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional y de la que se da cuenta en el Preámbulo: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares.

2. Esta materia tampoco es ajena al superior interés del menor, como dispone el artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón (y antes, el artículo 6 de la Ley 2/2010); y por ello la norma añade que la custodia compartida no se adoptará cuando «la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores...». La indicada sentencia de 9 de febrero de 2012 señala que lo anterior [la preferencia de la custodia compartida] no tiene un carácter absoluto sino que se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente, de acuerdo con los siguientes criterios resumidos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 1 de febrero de 2011: 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; b) el sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor; c) podrá establecerse un sistema de custodia individual cuando resulte más conveniente para el interés del menor, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del código foral; 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.

3. Respecto al prevalente interés del menor, la sentencia apelada considera que lo más determinante —para fundar la desestimación de la demanda— es la mala relación existente entre los progenitores y que los padres de las menores tienen una manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana o posturas distintas con relación a determinados aspectos de la vida. Ya hemos hablado del primer aspecto. En cuanto al segundo, las distintas costumbres, pensamientos y modo de vida de uno y otro no deben suponer ningún inconveniente para la custodia compartida si no causa perjuicio alguno al menor. Además, su vida se desarrolla en el mismo ambiente (ambos son originarios de Sariñena, viven en Sariñena actualmente, trabajan allí —él— o en sus alrededores —ella— y los dos tienen familiares viviendo en Sariñena).

4. La Sala considera asimismo que la actual edad del niño, que a fecha de hoy ya ha cumplido los cinco años, no supone un obstáculo para la concesión de la guarda y custodia compartida, como tampoco la valoración de los demás factores señalados en el artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

5. Frente a lo sostenido por la demandada al oponerse al recurso, el plan de relaciones familiares aportado se encuentra suficientemente detallado para que pueda ser ejecutada la custodia compartida. El plan ya especifica que los gastos extraordinarios se abonarán al 50%, lo que es igualmente predicable sobre los gastos que se consideren ordinarios, sin perjuicio de la pensión por alimentos de 100 € mensuales asumida por el padre en el propio plan.

Debe confirmarse la custodia compartida, pues la falta de atención al hijo que alega el padre lo es respecto a cuestiones meramente puntuales, como no llevarle al fútbol, pero siempre se ha ocupado de las cuestiones esenciales de su cuidado.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández**

La parte apelante invoca distintos incumplimientos de la parte demandada considerando, en síntesis, la falta de dedicación de la madre en la ayuda al menor en sus estudios y actividades extraescolares (fútbol, inglés) y frente a la mayor atención del padre. Por ello propone en su recurso la plena asunción por su parte de la guarda y custodia del menor.

El principio del «favor filii» ha sido reiteradamente recogido en la jurisprudencia. Así, la sentencia del T.S. de fecha 27 de marzo de 2001, señaló que: «es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en distintos preceptos del Código civil (artículos 92, 93, 94, 103-1.ª, 150 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquéllos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores; y su beneficio, la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales».

Por otra parte en sentencia de fecha 9-7-2003 dispuso que: «el "favor filii", es el que tiene que presidir las relaciones con los padres y, es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores».

En el presente caso y de un régimen de guarda y custodia a favor de la madre aprobado en el convenio regulador de divorcio aprobado en el año 2008 se ha pasado en virtud de la sentencia apelada a un régimen por días de guarda y custodia compartida del menor todo ello con base en el informe sico-social emitido por el equipo técnico del Juzgado de Familia, valorando al efecto los siguientes elementos: Que en el momento presente la alternativa paterna de custodia resulta preferible a la materna en diversos aspectos, principalmente en cuento a estabilidad emocional al presentar en la actualidad, Doña Elisabeth, sintomatología ansioso-depresiva y aislamiento social. Con respecto a la alternativa materna es preferible en cuanto a su vinculación con el hijo, e implicación precedente. La conflictividad existente entre el padre y el hijo mayor no favorecería la continuidad de esta relación en el caso que el padre asumiera la guarda y custodia. A nivel laboral la madre no ejerce actividad profesional y el padre ha manifestado expectativas de trabajar como autónomo en la gestión de empresas. Por lo que en la actualidad ambos disponen de tiempo suficiente para ocuparse directamente del menor.

El régimen de guarda y custodia compartida viene exigir un nivel de compromiso y colaboración de los padres, conscientes de su actuación en interés del menor que en el presente caso no se aprecia por su evidente falta de comunicación. Ahora bien habiéndose puesto aquel en

práctica sin que consten especiales dificultades en su ejercicio, aquietándose la madre al mismo y manifestada de forma expresa por el menor su conformidad con el nuevo régimen de guarda, resulta adecuado su mantenimiento sin perjuicio de llamar la atención de ambos progenitores para que en interés real y efectivo del menor y de la conveniencia del mantenimiento de la efectiva relación del menor con ambos mejoren en su comunicación personal y mutua colaboración para su desarrollo sin impedimento alguno.

Lo que no se revela adecuado es el cambio total del régimen de custodia propuesto por la parte apelante. La madre más allá de cuestiones puntuales (no llevar al menor al fútbol o cuestiones sobre el desarrollo de alguna otra actividad extraescolar) se ha ocupado siempre de las cuestiones esenciales del cuidado de sus hijos y se acredita en el informe sico-social su aptitud para seguir haciéndolo, debiendo ahora compartir su tarea de una forma mucho más importante con la parte apelante.

Los progenitores deben en interés del menor repartir sus tareas de guarda de modo que disponiendo ahora el padre de mayor tiempo en compañía del menor debe efectuar mayor esfuerzo en ese aspecto y coordinarse con la madre quien también debe colaborar más para el desarrollo al menos de alguna de las tareas extraescolares.

Por todo ello y con desestimación del recurso procede confirmar el régimen de guarda aprobado en la sentencia apelada y consecuentemente con ello el régimen alimenticio aprobado para ese supuesto.

Se opta por la custodia individual de la madre, pero se acuerda que todos los integrantes de la familia se sometan a una terapia psicológica.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garos**

La sentencia atribuye a la madre la guarda y custodia de los tres hijos del matrimonio, pronunciamiento frente al que se alza el actor, que denuncia infracción legal por inaplicación del art. 80.2 del CDFA y pide una guardia y custodia compartida, ya no por semestres, como lo hizo en su demanda, sino en los términos que la Sala considere más adecuados al interés de los menores; y si tal petición se desestima, que el plazo de revisión de dicha situación se señale a tenor de lo ordenado en el art. 79.5 del CDFA.

La Ley 2/2010 estableció un sistema en el que se configura la guarda y custodia compartida como régimen legal preferente y la individual como excepción, habiendo establecido el TSJA como criterios exegéticos en la interpretación de la normativa en este punto: a) que la custodia compartida por ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador en busca del interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, debiendo aplicarse siempre que aquellos estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (STJA 30-9-11); b) que el sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al Juez: el superior interés de menor (STJA 13-7-11), pudiendo establecerse el sistema de custodia individual cuando resulte más conveniente para dicho interés, a cuyos efectos habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (sentencias citadas y la de 15-12-11); c) que la adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que acredite su conveniencia para el menor frente al criterio preferente de la custodia compartida (STJA 15-12-11); y d) que para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales —art. 80.3 CDFA— obrante en autos, y la opinión de los hijos menores cuando tengan suficiente juicio —art. 80.2.c) CDFA—.

Los hijos del matrimonio, Juan, Pablo y Pilar, hoy de 15, 13 y 9 años de edad, han vivido con la Sra. Paloma desde el cese de la convivencia de sus progenitores, ocurrido en septiembre de 2010, aunque la ruptura definitiva de la pare-

ja tuvo lugar en febrero de 2011, manteniendo los contactos con su padre a través del régimen de visitas establecido en el auto de medidas de 21-6-11 —hasta este momento no hubo visitas periódicas y regulares—, sustancialmente el mismo que el señalado por la sentencia objeto de recurso.

Según se advirtió en la exploración practicada en medidas provisionales y según resulta de los informes de la Psicóloga y Trabajadora Social, a los que la Sala estará por su independencia y objetividad, los menores verbalizan su deseo de continuar viviendo con su madre, muestran satisfacción con su actual distribución del tiempo entre sus progenitores, una firme oposición a la solicitud paterna de guarda y custodia compartida y manifiestan que con su madre se entienden mejor y que la convivencia con ella les resulta más satisfactoria, aceptando sin problemas las normas y pautas que existen en el domicilio materno.

Los tres forman alianza con su madre, a cuyo favor se han posicionado, compartiendo sus argumentos en un estado de polarización parental, en el que le atribuyen todas las características buenas y positivas y al padre las malas y negativas. En los tres se detectan elementos de discurso aprendido proporcionados por la madre en todo lo que respecta a la relación paterno-filial, pero el hecho es que se encuentran bien adaptados a su entorno y circunstancias actuales, y tienen 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 inmersos en la conflictividad y tensión existente entre los progenitores, que está repercutiendo negativamente en el mantenimiento del deseable vínculo con su padre, frente al cual muestran una actitud negativa y desafiante, siendo continuas las discusiones y enfrentamientos con él y ocasionalmente faltas de respeto, manteniendo en general una actitud de cuestionamiento de la autoridad paterna, que la madre no corrige con un efecto reforzador de la postura de los menores.

Los distintos informes médicos aportados niegan en el padre anormalidades psiquiátricas o psicológicas que desmerezcan su aptitud para el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos. No existen en estos problemas sanitarios, ni, por tanto, despreocupación del Sr. Luis María en su atención —aclaraciones del Dr. Edemiro al certificado emitido en Medidas Provisionales, folios 399 y 400—, ni tampoco en la de las actividades de carácter formativo y extraescolares impulsadas por el Colegio —certificado Director Corazonistas, folios 125 y 174, y aclaración folio 374—. Y si el puesto del Sr. Luis María, Director Europeo del IVA en «General Motors Europe», lo obliga a desplazamientos por España y Europa, no parece que los once que GM certifica como realizados en 2011, con una duración total de quince días (folio 372), hayan de suponer un obstáculo decisivo al régimen que pretende. Lo mismo que las dificultades derivadas de su horario laboral —de 8 a 16,15 h— habida cuenta de los apoyos de que dispone, sin duda ampliables si fuere necesario.

No obstante, además de los diferentes criterios educativos en los progenitores, la relación entre estos, caracterizada por una continua conflictividad en la que los menores se ven inmiscuidos por ambos, es sin duda un factor de riesgo para su adaptación a la ruptura familiar y a su normal desarrollo psicoevolutivo, y hace por el momento inviable o en todo caso desaconsejable el sistema de guarda y custodia compartida, recomendando la Psicóloga, y sustancialmente en los mismos términos la Trabajadora Social, un reparto del tiempo consistente en que pasen junto a su madre los periodos lectivos entre semana, a excepción de dos tardes que permanecerán con su padre desde la salida del colegio hasta las 21,00 horas, debiendo regresar al domicilio familiar con las rutinas escolares realizadas, y que compartan el tiempo restante de fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrega en el mismo, así como los puentes escolares, festividades y periodos vacacionales de Navidad Semana Santa y Verano.

Sobre tales bases, evaluada la prueba practicada a la luz de los factores del art. 6.2 de la Ley 2/2010 —actual art. 80.2 CDFA—, es la custodia individual a favor de la madre el sistema que, como resuelve la sentencia recurrida, se revela más adecuado para preservar el superior interés de los menores, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afec-

te a los mismos (art. 2.2 Ley 2/2010, art. 76.2 CDFA).

La petición del Sr. Luis María debe ser, pues, desestimada, sin que por ello, en contra de lo que se solicita, haya de señalarse el plazo de revisión a que se refiere el art. 79.5 CDF.

El precepto dispone que «Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida».

En el caso, sin embargo, la custodia individual se ha señalado en atención a circunstancias que no son la edad de los hijos, por lo que, como se dice, no ha lugar al señalamiento de ningún plazo para la revisión de la medida, que quedará condicionada a la concurrencia de causa o circunstancia relevante.

La atribución a la madre de la guarda y custodia de sus hijos se realiza sin olvido de las recomendaciones que el Gabinete le hace —a ambos, pero especialmente a ella, a quien Trabajadora Social y Psicóloga piden que adopte un rol más activo y empeñado en el restablecimiento de una relación paternofilial satisfactoria— en el sentido de mantener a los menores al margen de la conflictividad y diferencias existentes entre los dos y entender lo beneficioso que seria para su correcto desarrollo psicoevolutivo que aquellos conserven una satisfactoria vinculación afectiva con su padre, lo que está siendo condicionado por su actitud sobreprotectora y por su continua interferencia en los periodos en que se encuentran con él.

En esa línea, la Trabajadora Social, además de un cambio de actitud de los progenitores, apuntó en las aclaraciones a su informe la conveniencia de una terapia familiar, primero por separado —los menores con su padre y luego con su madre— y después todos juntos (r.t. 27.24), y el Ministerio Fiscal, en conclusiones, recoge esa recomendación, que —dice— debe ser tomada por las partes como una necesidad imperiosa.

La importancia del restablecimiento de la vinculación afectiva entre padre e hijos es evidente, y previsible, habida cuenta de las circunstancias del caso y posicionamiento de la madre, la respuesta de esta ante la mera recomendación que la sentencia recoge en su FJ 4.º, cuando dice de lo deseable de una intervención de profesionales que ayuden a ambos progenitores a superar sus diferencias y desavenencias, aunar criterios y adoptar pautas educativas homogéneas en interés de sus hijos y de unas adecuadas relaciones familiares.

El art. 79.2 del CDFA dispone que «El Juez, de oficio» —o «a instancia de los hijos menores de edad, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal»— dictará las medidas necesarias a fin de: a) Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores…».

Y en el curso del acto del juicio se percibe la no disconformidad de actor y demandada con el sometimiento del problema a un tratamiento, surgiendo las diferencias solamente a la hora de la designación del profesional encargado, no aceptando el Sr. Luis María la intervención de la Psicóloga Sra. Zaira.

Por ello, en tal marco, aconsejable el sometimiento de ambos progenitores a una terapia familiar tendente a dotar su relación de la suficiente fluidez para llevar a cabo la función cuidadora y educativa de sus hijos y a la reconducción de las posturas de estos, con normalización de la vinculación afectiva con el padre, la Sala, en interés de los menores (art. 2.2 Ley 2/2010, art. 76.2 CDFA), estima el recurso del actor, fijando para ambos litigantes la obligación de someterse, junto con sus hijos, a una terapia psicológica cuyas directrices, en la línea de las recomendaciones del Gabinete, serán establecidas en ejecución de esta sentencia por el/la profesional que ambas partes designen de común acuerdo y en su defecto por el que nombre el Juzgado.

Viviendo cada uno de los progenitores en casa de sus respectivos padres, no se considera adecuado acordar la custodia compartida que por espacio de dos meses solicita el padre, dada la ausencia constante de referencias permanentes para la hija, cuya situación solo beneficia a los padres, que no tendrían que hacer cambio alguno. Por otro lado, el domicilio de los abuelos maternos es más amplio y permite que la niña desarrolle su intimidad en mejores condiciones que en el otro domicilio.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Morillo-Velarde Pérez**

Al igual que sucede en la sentencia recurrida, en ésta la única cuestión debatida, pero que es matriz u origen del resto que pudieran ser tratadas como consecuencia de ella, es el establecimiento de la custodia compartida entre los progenitores, en lugar de la atribución que en aquélla se hace a favor de la madre.

Despejado el problema relativo a la práctica de determinadas pruebas tanto en primera como en segunda instancia, por haber quedado firme y consentido el auto que denegó la admisión y práctica en ésta de la propuesta en el recurso, la impugnación se centra en la indebida aplicación del artículo 92.8 del Código Civil al no establecerse la custodia compartida.

Coincidimos con la argumentación jurídica de la sentencia en el sentido de que cuando se otorga un régimen de visitas sumamente amplio, como es el caso, hablar o no de custodia compartida o exclusiva no deja de ser una cuestión terminológica; y existiendo una distribución equitativa del tiempo, que permite y garantiza de forma eficaz el desarrollo conjunto de la patria potestad, tal y como se razona allí, no queda más remedio que acudir a las verdaderas razones que impiden que aquella distribución sea total mediante la alternancia de la convivencia.

En este sentido, hemos de considerar que no existe ya la vivienda que fuera común que haya sido atribuida a la menor, de manera tal que ésta, de nueve años de edad, no precise de desplazamientos de su domicilio habitual, dado que, en la actualidad, cada uno de los progenitores convive con sus respectivos padres y la convivencia alternativa sólo podría desarrollarse si la menor se desplaza cada dos meses, según lo solicitado, de un domicilio a otro; solución que no es en absoluto conveniente por la ausencia constante de referencias permanentes para ella, cuya situación sólo beneficia a los padres, que no tendrían que hacer cambio alguno.

Por otra parte, el domicilio de los abuelos maternos es más amplio y permite que la niña desarrolle su intimidad en mejores condiciones que en el otro domicilio, según aparece en las declaraciones vertidas en el juicio, y no consta con la suficiente certeza que las partes desarrollen una relación fluida tras la ruptura, por lo que se considera adecuada la decisión de la juzgadora de instancia de mantener formalmente la guarda y custodia exclusiva de la madre en atención a tales razones.

En resumen, no cabe olvidar que las decisiones de esta naturaleza tienen un componente reglado, en tanto que deben estar presididas por la satisfacción del principio *favor filii*, cuya materialización se debe a criterios de oportunidad en función de las circunstancias particulares del caso concreto, de manera tal que toda impugnación con visos de prosperabilidad ha de acreditar que la solución adoptada no cumple aquella exigencia y que los razonamientos esgrimidos por en la sentencia combatida pugnan con una lógica elemental; ninguna de cuyas exigencias aquí se cumple en la medida en que tan sólo se invoca la opinión particular y subjetiva del recurrente; y sin desconocer que existe una relación adecuada entre cada progenitor con su hija, son los elementos materiales anteriores los que determinan una solución contraria a las pretensiones de la parte recurrente.

La madre, en una situación de enamoramiento, fue capaz de abandonar a sus hijos dejándolos con el padre y situar su residencia tan alejada de sus hijos que impedía el mantenimiento de la relación; además, posteriormente incumplió la obligación alimenticia impuesta en auto de medidas provisionales, por lo que debe otorgarse la custodia al padre, que viene ejerciéndola desde el mes de marzo de 2010.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Fernández Alonso**

La sentencia recurrida atribuye a la madre en exclusiva la guarda y custodia de los dos hijos menores de los litigantes, Carlota y Javier, nacidos el (…)-2005 y el (…)-2006 respectivamente. Esta decisión es disentida por el padre quien postula un sistema de guarda y custodia exclusiva para el, que considera más beneficioso para los niños.

Lo cierto es que dicha consideración merece ser acogida por este tribunal.

El informe psicológico elaborado por la profesional adscrita al juzgado no se decanta por ninguno de los dos progenitores para ejercer las funciones de guarda y custodia, funciones que desde marzo 2010 vienen siendo ejercidas por el padre, sin que conste que lo hayan sido de forma inadecuada o perjudicad para los niños.

La madre abandonó el domicilio familiar en Palma y a sus hijos y se desplazó a la provincia de Barcelona, donde inició una relación sentimental con una nueva pareja que hoy es su marido y con quien ha tenido un hijo.

Ha sido el padre quien ha presentado la demanda solicitando la guarda y custodia de los niños, y no la madre y previamente interesando la adopción de medidas previas en relación con los hijos realizando la misma petición, otorgándosele por auto de 22-10-2010.

No existe en autos prueba demostrativa de que el sistema de guarda y custodia instaurado resulte perjudicial para los hijos, ni que dichas funciones serán mejor ejercidas por la madre, quien desde Marzo 2010 ha trasladado su residencia a Cataluña y no se ha interesado por solicitar la guarda ni un régimen de visitas.

Consta en autos, a través del correspondiente interrogatorio, que la madre ha constituido una nueva familia, y que carece de trabajo y recursos económicos. Tampoco dispone de una vivienda, residiendo en compañía de su marido, sus suegros y el nuevo hijo, en una casa propiedad de la ex esposa de su marido.

La madre, nacida en la Republica Dominicana, carece de familia extensa en España, mientras que el padre, nacido en Mallorca, dispone de un amplio soporte familiar (cuenta con 11 hermanos) y de un trabajo estable en un negocio familiar por el que cobra unos dos mil euros al mes.

Se ocupa y atiende a sus hijos, que si bien echan de menos a su madre, sobre todo la mayor, ello no es motivo suficiente para modificar su actual entorno afectivo y educativo, para cambiar al titular de la guarda y custodia, al no constar que las funciones que viene desempeñando con regularidad pasaran a ser mejor ejercidas por la madre, La guarda y custodia de la madre no se entiende como lo más conveniente para el desarrollo integral de los menores ni para su adecuada formación, no poniendo en duda en ningún momento el amor que la madre les profesa.

Es lógico que los niños se vean afectados por la separación de sus progenitores y por el alejamiento de la madre, alejamiento que no consta viniera motivado por malos tratos del padre apelante, y sí solo por razones de enamoramiento.

Es el interés superior de los hijos el que debe prevalecer sobre el lógico deseo del progenitor de tenerlos en su compañía.

Existen indicadores positivos respecto a que la madre pueda mantener su función de parentalidad en forma responsable y efectiva respecto al cuidado y la educación de sus hijos. La madre muestra conocimiento de sus hijos, puede ser paciente y especialmente contenedora, a la

vez que sensible y con una buena capacidad de adaptación.

Como indicador negativo respecto a la madre, la psicóloga judicial indica que en una situación de enamoramiento, fue capaz de abandonar a sus hijos en manos del padre y situar su residencia tan alejada de sus hijos que impedía el mantenimiento de la relación. La madre lo justifica en relación a una vivencia de maltrato psicológico. Como indicador positivo del padre la psicóloga señala haber sido capaz de dar continuidad a la relación con sus hijos, siendo él quien se hizo cargo, sorpresivamente, de la guarda y custodia. Como indicadores negativos señala una baja calidad en el actual trato con sus hijos, que provoca en ellos el deseo de cambio de custodia y un cierto enraizamiento con el conflicto original...

Por todo ello y teniendo en cuenta que la madre ha incumplido la obligación de alimentos impuesta judicialmente en auto de medidas provisionales, entendemos que debe revocarse el pronunciamiento judicial y otorgar al padre la guarda y custodia de sus dos hijos, guarda y custodia que viene ejerciendo desde marzo de 2010.

Establecida la custodia compartida en la anterior sentencia que adquirió firmeza al no formalizarse el recurso de apelación, se concede la custodia al padre al haberse trasladado la madre a Madrid por motivos laborales, siendo el deseo de los cuatro hijos permanecer unidos, no teniendo estos «decidido de manera firme su cambio de residencia».

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

En la demanda instauradora del presente litigio, la parte actora, Doña Fátima, ejercitaba acción contra Don Mateo sobre modificación de las medidas complementarias vigentes, acordadas por sentencia de fecha 2.3.11 dictada en procedimiento de modificación de las medidas en su día acordadas en anterior sentencia de divorcio de 3.1.08, y ello en relación con los cuatro hijos del matrimonio, Blanca-Victoria [nacida el día (…)-1997], Victoria-Isabel [nacida el día (…)-1999], Isabel-Clara [nacida el día (…)-2001] y Miguel-Ignacio [nacido el día (…)-2001]. El demandado presentó contestación a la demanda negando las pretensiones adversas y formulando su propia petición de medidas complementarias, mientras que el Ministerio Fiscal presentó su contestación a la demanda oponiéndose a los pedimentos en tanto no fueran acreditados los hechos expuestos en la misma.

La sentencia de instancia consideró como hechos probados en este juicio los que siguen:

1.º) Mediante sentencia número 1/2008 dictada el día 3 de enero de 2008 recaída en el procedimiento número 353/2007, este Juzgado acordó el divorcio de los litigantes, con sus medidas complementarias.

2.º) Mediante sentencia número 133/2011 dictada el día 2 de marzo de 2011 en los autos de modificación contenciosa número 736/2010 fueron establecidas las medidas complementarias del divorcio que actualmente rigen para los cuatro hijos menores de los litigantes. En lo que ahora importa, en dicha sentencia fue acordada la custodia compartida de los menores, mediante estancias alternas con cada uno de los progenitores.

3.º) La demandante Sra. Fátima promovió recurso de apelación contra dicha sentencia. Si bien cuando la actora presentó la demanda que abre este procedimiento dicho recurso de apelación se encontraba en trámite (por lo cual no era firme la referida sentencia dictada el día 2 de marzo de 2011), la recurrente desistió de su prosecución, dictándose por parte de la Secretaria judicial en fecha 9 de mayo de 2011 el correspondiente Decreto determinante de la firmeza de la sentencia impugnada (folio 233 de los autos).

4.º) A tenor de sus manifestaciones vertidas durante su interrogatorio judicial, la Sra. Fátima trasladó su residencia a Madrid el día 5 de septiembre de 2011 para ejercer un empleo retribuido, quedando los hijos comunes en Mallorca al cuidado del padre Sr. Mateo.

5.º) Durante la exploración judicial de los cuatro hijos menores de edad de los litigantes, llamados Blanca-Victoria (nacida el día […]-1997), Victoria-Isabel (nacida el día […]-1999), Isabel-Clara (nacida el día […]-2001) y Miguel Ignacio (nacido el día […]-2001), éstos no manifestaron claramente su deseo de trasladar su residencia a Madrid.

Seguidamente, tras la valoración de la prueba practicada, la sentencia de instancia acordó estimar en parte las peticiones de Doña Fátima y Don Mateo, por lo que aprobó una modificación de las medidas complementarias del divorcio de los litigantes establecidas en la sentencia número 133/2011, dictada por el mismo Juzgado el día 2 de marzo de 2011 en los autos número 736/2010, modificación que se produjo en los extremos recogidos en el Antecedente primero de la presente sentencia.

Frente a dicha resolución fue interpuesto recurso de apelación por la parte actora, cuya defensa cuestionó la valoración de la prueba realizada por el Magistrado-Juez de instancia, explicando que la madre se había ocupado exclusivamente hasta noviembre de 2011 de los hijos; que se había trasladado a Madrid por razones de trabajo en la empresa ONO; que la sentencia de 2.3.11 concedió la guarda y custodia compartida, pese a que no había habido modificaciones en la situación existente cuando se dictó la sentencia de 25.2.09, dejando aquella sentencia a la hoy apelante en la calle y con una obligación de pago de 1.600 euros en pensiones de alimentos; refiere, con relación a la no autorización de traslado de los menores a Madrid, el derecho a la libre fijación de residencia de la actora; cuestiona las conclusiones de la exploración de los menores; considera que el régimen de visitas debió haber sido de dos fines de semana al mes, alternándolos, siendo la apelante quien se traslade a Palma un fin de semana al mes, corriendo el viaje por su cuenta, y ocupándose el Sr. Mateo, el siguiente fin de semana alterno, de enviar a los niños a Madrid respondiendo del gasto de esos billetes; recuerda la existencia de la familia materna en Madrid, así como las denuncias en la Fiscalía por desatención del padre a Miguel, manifestando, asimismo, que debido al trabajo del padre, los niños quedan a menudo al cuidado de la abuela paterna y de terceras personas; no niega la recepción de cuatro millones de euros en su cuaderno particional hereditario, pero sostiene que la mitad de dicho patrimonio corresponde a su parte indivisa en un patrimonio inmobiliario, de modo que, para hacerla efectiva, requiere de su venta y liquidación; destaca los superiores ingresos y patrimonio paterno y se remite, en cuanto a la situación económica respectiva, al análisis realizado en la sentencia de divorcio de fecha 3.1.08; considera que es excesiva la cifra acordada como pensión de alimentos con cargo a la madre, pero no concreta una petición económica a la baja ni incorpora la misma al petitum del recurso, en el que se remite al de su escrito de demanda, y, subsidiariamente, termina pidiendo la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de fecha 2.3.11, manifestando, para obtener dicho pronunciamiento, estar dispuesta a alquilar una vivienda en Palma, donde residir del mismo modo que lo hacía con anterioridad a la solicitud de cambio de domicilio a Madrid.

La parte apelada hizo propios los motivos de la sentencia de instancia y se opuso a los del recurso, negando los argumentos de adverso y solicitando la confirmación de la resolución de apelada, todo ello en base a los motivos que obran en su escrito a los que procede remitirse por razones de brevedad, sin perjuicio de las alusiones al mismo en los demás Fundamentos jurídicos. Por su parte, el Ministerio Fiscal hizo lo propio, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia por hallarla acorde a Derecho, por sus propios fundamentos.

Entrando ya a resolver el recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante aboga por el otorgamiento a su clienta de la guarda y custodia en exclusiva de los cuatro hijos comunes, petición que reitera en los términos de su escrito de demanda y que la Sala no puede conceder al hallar mejor fundados, en razón y Derecho, los motivos en que se sostuvo la sen-

tencia de instancia. Bien entendido que, desde el momento en que la demandante promovió el presente procedimiento de modificación de medidas el día 11 de abril de 2011 con la intención de modificar la sentencia dictada el día 2 de marzo de 2011, desistiendo del recurso de apelación promovido contra ésta y permitiendo que ganara firmeza, no cabe sostener ahora que la sentencia de 2.3.11 concedió la guarda y custodia compartida pese a que no había habido modificaciones en la situación existente cuando se dictó la sentencia de 25.2.09, pues, obviamente, tal cuestión ganó firmeza, debiendo el actual procedimiento analizar cuestiones posteriores a las estudiadas en tal resolución firme de 11.4.11, de la que no cabe concluir sino plenamente ajustada entonces a Derecho la asignación de una guarda y custodia compartida, por considerar a ambos progenitores igualmente válidos para tal ejercicio.

Por lo tanto, partimos de una situación de custodia compartida de los hijos menores establecida en sentencia firme que ni siquiera fue objeto de un recurso de apelación consolidado; aconteciendo que, con posterioridad, la posibilidad de alternancia en tal modalidad de guarda y custodia había de quedar imposibilitada por la necesidad de traslado de la actora a Madrid por razones laborales —traslado que tuvo lugar en septiembre de 2011—, por lo que se pedía en estos autos la guarda y custodia materna y la autorización de traslado a la citada capital de los menores. Por su parte, el padre, quien a su vez hizo lo propio ante tales acontecimientos, reclamando en autos la guarda y custodia para sí, había mantenido *de facto* el cuidado de los menores desde tal fecha de partida de la madre a Madrid.

Para resolver tal cuestión, el Magistrado-Juez de instancia explicó adecuadamente que la exploración judicial de los menores dio como resultado la comprobación de que los cuatro hijos de los litigantes «no tienen decidido de manera firme su cambio de residencia», entendiendo que dicha misma conclusión fue la apreciación probatoria del Ministerio Fiscal, quien, en fase de conclusiones orales, solicitó la desestimación de la demanda. Interpretación cuestionada en la apelación con argumentos no atendibles en la medida en que, además de lo expuesto judicialmente —comprobable como cierto de la lectura de dicha exploración judicial—, no cabe olvidar que la voluntad de los hijos, actualmente de 14, 13, 10 y 10 años de edad, si bien debe ser escuchada y tenida en consideración, tampoco hubiera sido necesariamente determinante incluso de haber sido inequívoca, que no lo fue, no debiéndose confundir el respeto del principio «favor filii» con un necesario seguimiento de la opinión de los menores con abstracción de las demás circunstancias concurrentes en autos. Siendo evidente, como recuerda el Magistrado-Juez *a quo*, que la petición materna de traslado de los niños a Madrid habría de suponer una alteración sustancial en la vida de estos que, dada su edad, presenta una problemática intrínseca objetivamente no favorable y que no tiene, por otro lado, contrapeso en un argumento que permita concluir que el continuismo en Mallorca hubiera de ser desfavorable para los menores. De quienes, la corrección de la guarda y custodia paterna, no pueden ponerse en duda desde el momento en que se ganó como compartida, frente a la exclusiva materna, meses antes en sentencia firme; ni puede incidir en su detrimento, obviamente, una colaboración de la abuela paterna en orden a rellenar huecos derivados del horario laboral de su hijo, lo cual, no solo no está contraindicado, sino que es plenamente favorable para el desarrollo de los menores al ser siempre positivo el contacto con sus ascendientes y demás familiares. Como, de hecho, propugna la apelante al referir que su familia se encuentra en Madrid, consciente de que su horario laboral también le obligaría a necesitar de ésta en determinadas ocasiones. No pudiendo tampoco ser relevantes contra el padre denuncias sobre hechos de los que no derivó condena ni se acredita riesgo concurrente. Por otro lado, según explica la sentencia de instancia, pese a algunas opiniones divergentes de los menores, estos expresaron su firme deseo de permanecer juntos, siendo evidente que, en dicho contexto de dudas e incertidumbre, la doctrina y jurisprudencia se viene mostrando favorable al continuismo por el que apostó la sentencia de instancia, el cual, a su vez, resulta plenamente consecuente con la referencia legal proclive a no separar a los hermanos (art. 92 del CC). Debe tenerse presente que se trata de menores que han nacido y vivido siempre en Mallorca, que están escolarizados en

Palma y que en esta ciudad tienen sus vínculos y sus amistades más allegadas.

Por todo ello, procede considerar acertada la resolución judicial en lo que se refiere al continuismo en el ejercicio paterno de la guarda y custodia de los menores y el mantenimiento de su residencia en Mallorca, lo cual, no solo consolida la situación fáctica que venía produciéndose desde septiembre de 2011, sino incluso la jurídica derivada de la sentencia de instancia, tras la cual no constan disfunciones en el Rollo de Sala. Todo ello, bien entendido que el hecho de no autorizar la petición materna de traslado de los menores a Madrid, no supone estar privando a la madre de su derecho a la libre circulación, sino que se está resolviendo con arreglo al principal principio informador de la materia, el *favor filii*, siendo el interés de los menores preponderante incluso sobre legítimos derecho de los progenitores que, al entrar en colisión con aquel, subyace el mismo como preferente; sin olvidar que, de la misma manera que la madre tiene derecho a la libre circulación y fijación de residencia, también el padre titulariza el mismo derecho.

Tras la separación de hecho la menor quedó bajo la custodia de la madre, pero su inadecuado ejercicio dio lugar a que fuese declarada en desamparo, tras lo cual se reintegró la custodia al padre. No procede modificar esta atribución aunque la menor tenga una fuerte vinculación materna.

AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ángela Irene Domínguez-Viguera Fernández**

A los efectos de resolver la cuestión sometida a enjuiciamiento, ha de tenerse en cuenta que la única norma aplicable es el interés prevalente del menor, por ser el más necesitado de protección, al que están subordinados los restantes intereses en juego. Así, la jurisprudencia ha reiterado que el criterio básico en la determinación de la persona a quien se le va a otorgar la guarda y custodia es siempre el de la supremacía interés del menor frente a cualquier otro, incluido el de los progenitores. El principio aparece consagrado también en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas y ha sido reforzado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, en la que se expone que primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A cuyo efecto han de valorarse todas las circunstancias concurrentes.

Ha de tenerse en cuenta, que al tiempo de producirse la separación de hecho de los litigantes (sobre el mes de junio de 2008) la menor quedó bajo la guarda y custodia de la madre, siendo a causa del ejercicio absolutamente inidóneo por su parte, de los deberes inherentes a la patria potestad (véase informe emitido por el equipo técnico de mentores obrante al f. 161 de los autos) que se hubo de asumir la tutela por ente el público competente, mediante resolución firme de 25 de junio de 2009. Y tras alcanzarse los objetivos propuestos en el plan de trabajo diseñado por la Administración tutelar, para reintegrar a la menor en el seno familiar, sólo respecto del padre, se acordó, mediante resolución de 14 de diciembre de 1009, poner fin a la tutela pública reintegrando a la menor al núcleo familiar paterno. Pues mientras que el padre había seguido una evolución muy positiva respecto de los objetivos propuestos para hacerse cargo de la menor, no sucedió lo mismo con la madre, que carecía de un domicilio estable y había incurrido en situaciones de riesgo para la menor, pilotando su vehículo con ésta como ocupante, en condiciones inadecuadas y con el carnet de conducir retirado.

Sin que hasta la fecha existan suficientes garantías sobre la positiva evolución de la madre, hasta el punto de acordar el cambio de custodia interesado, de modo que no cabe apartarse del contenido de los únicos informes periciales sicológicos obrantes en autos, a los que se atuvo la sentencia apelada, para dictar el pronunciamiento recurrido.

La sentencia apelada efectúa un detallado y pormenorizado análisis de la prueba obrante en autos y sus acertadas conclusiones no han resultado desvirtuadas en el recurso. La juzgadora se funda en el informe pericial sicológico emitido por el equipo psicosocial del IMELGA, objetivo y pormenorizado. En el cual, tras un estudio socio familiar y tras mantener entrevistas con ambos progenitores y con la menor, se constatan las limitadas habilidades educativas de la recurrente para hacerse cargo de modo idóneo del cuidado y atención de la menor. Si bien, refiere una importante vinculación afectiva materno-filial, que aconseja mantener el régimen de vistas acordado en la instancia en favor de la madre, que habrá de incrementarse de un modo paulatino si la evolución sicológica de la madre resultase favorable hasta adecuarse al régimen ordinario, en fines de semana alternos y mitad de periodos vacacionales.

Sí parece importante destacar que ambos padres deben procurar mantener a la menor al margen de sus discrepancias, cuidando, singularmente la madre, de no someter a la menor a cuestiones sobre la vida del otro progenitor y sobre la interrelación de la menor con el progenitor custodio, lo que se estima perjudicial para un desarrollo armónico de su personalidad. Las consideraciones expuestas conducen a mantener la sentencia apelada, que en lo restante se tiene por reproducida.

No se cambia la custodia, ya que el episodio que provocó la presentación de la demanda queda reducido a un hecho, sin duda grave, pero aislado o esporádico, sin que ni siquiera se haya confirmado que la madre hubiera tenido ingresos hospitalarios anteriores a causa del alcohol.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas**

Se insiste por la parte apelante en la solicitud de guarda y custodia del hijo común habido con la demandada, y que en la actualidad tiene nueve años, a pesar de haber firmado un convenio con la madre del menor el 15 de octubre de 2007 por el que acordaban la guarda a favor de la madre con un amplio y flexible régimen de visitas a favor del ahora demandante, y a pesar de los informes obrantes en autos que analizados de forma detallada y adecuada por la Juez de Instancia le llevan a resolver la cuestión de conformidad con lo pactado en su momento por las partes.

En todo caso es comprensible que el padre del menor haya iniciado el presente proceso, sobre todo porque lo hizo muy pocos días después de haber sido avisado del ingreso de la demandada en el Hospital debido a un episodio de embriaguez teniendo consigo a una hija de escasos meses, lo que motivó también que presentara una denuncia contra aquella, habiendo añadido como causa de su petición, en el interrogatorio, que la situación de la demandada no es la adecuada para mantener cuatro niños (min. 2.25).

Sin embargo, de los informes obrantes en este juicio y resto de la prueba documental aportada, resulta que el episodio que provocó la presentación de la demanda, única causa que se describe en la misma para justificar la medida solicitada, queda reducido a un hecho, sin duda grave, pero aislado o esporádico, sin que ni siquiera se haya confirmado por la prueba que la demandada hubiera tenido más ingresos hospitalarios anteriores a causa del alcohol, como se afirmaba en la demanda, reconociendo D. Herminio en su interrogatorio que sinceramente no creía que Ana tuviera adicción al alcohol (min. 4.32).

Incluso cuando se produce el ingreso hospitalario e intervienen las autoridades de protección de menores, no se adopta medida alguna ni respecto a la menor de 4 meses ni al resto de los hijos de la demandada, entregándole la hija menor a su madre en el momento de darle el alta, al día siguiente del ingreso.

Incluso la hija mayor Karolin, única testigo policial en la denuncia, que describe episodios anteriores relacionados con el alcohol por parte de su madre, termina la declaración manifestando que desea irse con aquella y que lo que quiere es que la ayuden económicamente y con el problema del alcohol.

RÉGIMEN DE VISITAS

No pueden ampliarse las visitas cuando el padre no hizo caso del régimen que se fijó provisionalmente.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Núñez**

Abordando por el orden de su enunciado las cuestiones propuestas, entendemos que el programa de visitas establecido por el juzgador de instancia, consistente en dos días intersemanales durante dos horas en invierno y cuatro en verano, se adapta justa y prudentemente a las circunstancias del caso. La madre y guardadora del menor, Doña Hortensia y su esposo el Sr. Maximiliano interrumpieron su convivencia en 2006, dejando este último el hogar familiar, en que permanece la madre con los hijos, sin que desde entonces hayan mantenido relación ni recibido apoyo económico del padre ausente. Es más, establecido un sistema de contactos patenofiliales de carácter provisional, no se ha hecho uso de ellos, circunstancias todas que conjugadas con las demás ponderadas en sentencia disuaden de la ampliación de comunicaciones solicitada, sin perjuicio de lo que en el futuro pueda acordarse ante la evolución del trato entre los interesados.

Se pretende la fijación de un complicado y minucioso régimen de visitas y comunicaciones que parece responder más bien a los intereses o conveniencia del propio apelante que a las necesidades o intereses del menor.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo**

Con respecto a la naturaleza del derecho de visitas, entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los artículos 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Abril de 1991 se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 del Código Civil. Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero. Es por ello que, consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos, interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado,

primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visita, en un triple aspecto, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor.

Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo, pues, como señala el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, «la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación que el interés superior de los menores primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Ahora bien, tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como limites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose por ello al Juzgador amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor; siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor —*ex* artículo 158.3 del Código Civil — los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón.

Así las cosas, en el supuesto de autos se pretende la fijación de un complicado y minucioso régimen de visitas y comunicaciones que parece responder más bien a los intereses o conveniencia del propio apelante que a las necesidades o intereses del menor, por lo que procede la desestimación del motivo al no acreditarse mínimamente la justificación del mismo.

La falta de relación paterno-filial no justifica que la pernocta tenga lugar cuando el hijo cumpla cinco años, aunque sí parece razonable establecer un periodo de adaptación de tres meses.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Robles García**

Se discrepa pues por la recurrente con el régimen de visitas que se señala a favor del padre, en relación al hijo menor de edad de los litigantes, nacido el (…) de 2008, quien por tanto en la actualidad cuenta con más de 4 años, desprendiéndose en efecto de lo actuado, que las rela-

ciones padre-hijo, han sido escasas primero por los viajes del padre y la situación de crisis en la que entró la pareja, más tarde por la dificultad que supone el residir en localidades diferentes y distantes entre si, y por la oposición de la madre a facilitar el contacto entre padre e hijo, a quien considera totalmente carente de habilidades para hacerse cargo de un niño de tan corta edad como la del hijo común, pero no se puede obviar que el menor tiene derecho a relacionarse con su padre, a convivir con él mismo, en cuanto ello ha de contribuir a su formación integral como persona, y que no se le puede privar o mermar ese derecho, cuando no se le ha dado al padre la oportunidad de demostrar si es capaz o no de hacerse cargo de su hijo, y cuando al margen de las manifestaciones de la madre, no se cuenta con ningún dato o elemento de juicio del que se pueda deducir que no va poder ejercer de padre, en el sentido amplio de la palabra, con total normalidad, pues el informe pericial que se aporta en el procedimiento, a instancia de la madre, ha sido realizado sin conocer ni oír al mismo.

Por ello el régimen de visitas a favor del padre, que se fija en la sentencia apelada, de fines de semana alterno, desde las 10.00 horas hasta las 20,00 horas de los sábados y domingo, sin pernocta, durante un periodo de tres meses, transcurrido los cuales las visitas pasaran a ser de fines de semana alternos, con pernocta, entre las 10,00 horas del sábado y las 20 horas del domingo y mitad de periodos vacacionales escolares de Navidad, Semana Santa y verano, teniendo en cuenta la edad del menor, no parece que sea desacertado, pues tres meses como periodo de aceptación, conocimiento y adaptación a la figura paterna, con el esfuerzo de todos, no tiene porque resultar un periodo demasiado corto, cuando en definitiva lo que interesa es que se produzca lo mayor rápido posible la normal integración de la figura paterna en el régimen de vida del menor.

Teniendo el menor una intolerancia al gluten, lactosa y pescado, y vistas las numerosas asistencias médicas que requirió, se acuerda mantener el régimen de visitas restrictivo hasta tanto el menor alcance la edad de ocho años, al quedar patente la falta de aptitud, capacidad y responsabilidad del padre para asumir los estrictos métodos alimenticios y sanitarios que requiere el hijo.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Elia Mata Albert**

La Sra. Rosaura formuló la demanda iniciadora de las presentes actuaciones, solicitando la restricción del régimen de visitas entre padre e hijo, alegando que el vigente por Sentencias firmes de divorcio y nulidad matrimonial, resultan gravemente perjudiciales para la salud del hijo menor al no observar el padre las pautas y cautelas precisas sobre las intolerancias alimentarias que padece el niño cuando lo tiene a su cargo, lo que está repercutiendo negativamente en su salud y desarrollo.

La actora aportó con su demanda diecinueve partes médicos emitidos en 2010, la mayoría por cuadros de vómitos y diarreas del niño, así como informes del Pediatra del mismo, Sr. Epifanio, sobre los padecimientos y asistencias médicas de Víctor en 2010, nacido el (…) de 2008, con cuatro años de edad en la actualidad.

El menor ha sido diagnosticado de intolerancia al gluten, lactosa y pescado, con picos de glucemia elevados que requieren el seguimiento de una dieta estricta, exenta de todos aquellos alimentos que le puedan causar reacción alérgica y una subida de glucemia, cuya inobservancia pone en peligro la salud, desarrollo y crecimiento correctos del niño pudiendo sufrir, por una alimentación inadecuada problemas de crecimiento, debilitación del sistema inmunológico, nerviosismo, hiperactividad y diabetes (así lo informa en febrero de 2012 el Doctor Millán, especialista en dietética y nutrición, a los folios 176 y 177 de las actuaciones).

Desde Noviembre de 2010 a febrero de 2011, el menor ha sufrido quince asistencias médicas por intoxicación alimentaria (partes del Pediatra Sr. Epifanio a los folios 185 y siguientes).

En esta alzada se han aportado dos partes médicos del Pediatra por vómitos y diarrea del menor, fechados el 12 y 26 de marzo de 2012 (folios 461 y 462) y constan otros nueve partes médicos por iguales dolencias entre mayo de 2011 y febrero de 2012 (documentación aportada en el juicio por la actora).

El Doctor Juan Luis, Especialista en Endocrinología y Nutrición, ha informado en enero de 2012, que Víctor padece diabetes tipo MODY, precisando un control alimentario muy estricto, presentando un déficit de secreción de la hormona del crecimiento que puede verse agravado con su descontrol alimentario y de glucemia (folio 354).

La madre ostenta la custodia del menor desde la Sentencia de divorcio de 2 de febrero de 2009(Convenio Regulador de 22 de diciembre de 2008).

La Sentencia en que se desestimó la nulidad matrimonial de 14 de septiembre de 2009, constató en su fundamentación que el Sr. José María presenta una capacidad intelectual media-baja, por debajo de la media de la población (corroborado por la Sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 2010, dictada en apelación).

El informe psico-social emitido en este proceso (folio 214 y siguientes), pone de manifiesto que el Sr. José María vive con su padre de 75 años y su hermana de 36, que es su padre el que se ocupa de la organización de la casa, de comprar y hacer la comida, que su tiempo lo pasa en el trabajo y en casa, dedicándose aquí a dormir o ver la televisión, que le cuesta concretar qué actividades y juegos desarrolla con su hijo, especificando resultar difícil alcanzar una adecuada comunicación verbal con él.

Alegó el Sr. José María a las peritos desconocer las nuevas intolerancias de su hijo porque, dice, la madre no le ha informado, y que nunca se ha puesto en contacto con el nutricionista del niño ni con los médicos que lo tratan.

Las peritos apuntan que el Sr. José María no es consciente de que los síntomas de intoxicación del menor por ingesta inadecuada pueden presentarse pasadas 24 horas, y que no concreta los cuidados específicos que requiere el niño.

En el interrogatorio practicado, el Sr. José María alegó no haber hablado ni consultado al Pediatra y Especialista que tratan al niño, de sus dolencias, que forma parte de una asociación de celíacos a cuyas reuniones nunca ha acudido, y que proporciona al menor un producto, que, según la Letrada de la actora, contenía lactosa (la que no tolera Víctor).

Los informes del Pediatra y Don Millán determinan que la madre atiende correctamente al niño, siguiendo la totalidad de las recomendaciones médicas y alimenticias que se le proporcionan.

Los hechos acabados de exponer revelan la falta de aptitud, capacidad y responsabilidad del padre para asumir los estrictos métodos alimenticios y sanitarios que requiere un niño de tan corta edad, cuya negligencia en ese orden ha llevado a Víctor a un rosario sucesivo de continuas intoxicaciones alimentarias que están mermando de forma grave su salud, generándole importantes problemas de diabetes, crecimiento y depresión del sistema inmunitario.

No puede tolerarse que un padre que pretende hacerse cargo de su hijo durante varios días desconozca todas sus intolerancias alimentarias, los alimentos que puede o no ingerir, los médicos que lo tratan y no sea capaz de prepararle la comida adecuada (tarea que acomete el abuelo de 75 años). En estas condiciones y vistos los informes médicos aportados, las estancias del menor (carente de la consciencia necesaria) con su padre se están revelando pomo un peligro cierto y de graves consecuencias, por más que no se discuta el apego, interés y buena relación del padre con su hijo.

Tampoco debe tolerarse la imposición a la madre, dedicada al cuidado del niño, de la preparación de la comida para entregarla al padre, pues la capacitación que se alega de éste para cumplir el régimen de visitas debe predicarse para la elaboración de su comida, si presta el debido interés en cuidar convenientemente de la salud del menor.

En suma, el prioritario interés del hijo menor, dirigido especialmente es este caso a preser-

var su salud, aconseja, dado que el régimen de visitas es un derecho de los menores dedicado a su correcto desarrollo al margen de preferencias o caprichos de los progenitores, limitar el régimen de visitas conforme solicita la madre y hasta que el menor cumpla los ocho años de edad, momento en que habrá adquirido la madurez precisa para velar mínimamente por su salud.

Dado que el padre debe ocuparse personalmente del negocio que regenta, el régimen de visitas debe comenzar el sábado a las 15,30 hasta las 21,30 horas del domingo.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Miguelez del Río**

Por la representación de Pablo, se recurre la sentencia dictada en primera instancia, solicitando su revocación en el sentido de que la pensión alimenticia se fije en 350 euros mensuales para sus tres hijos menores, con exclusión del periodo vacacional durante el cual los niños estén con su padre, y se establezca que el régimen de visitas de fines de semana alternos, recogiendo el padre a sus hijos a las 15,30 horas del sábado y hasta las 21,30 horas del domingo.

Por su parte, tanto Dolores como el Ministerio Fiscal han presentado escritos solicitando la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

Por lo que hace referencia al primer motivo de apelación, es decir, a la solicitud relativa al régimen de visitas, la Sala comparte los lógicos y coherentes razonamientos esgrimidos por el recurrente en su escrito de apelación, ya que consta en las actuaciones que el Sr. Pablo es titular de un establecimiento de alimentación y productos para el hogar, explotado en régimen de autoservicio, no contando con personal asalariado que preste servicios para él ni con la colaboración de otras personas como familiares ya que sus padres ya son personas mayores de edad y sus condiciones físicas no lo permiten. Así las cosas, y mucho más en estos momentos de grave crisis económica y donde la competencia entre comerciantes es ciertamente brutal, nos parece que si el padre tuviese que estar y visitar a sus hijos en fines de semana alternativos desde las 18,00 horas del viernes, como se establece en la resolución recurrida, sus intereses económicos, y por lo tanto también los de sus hijos, se podrían ver seriamente amenazados ya que se podría ver obligado a cerrar su establecimiento los sábados por la mañana con la consiguiente merma de sus ingresos económicos o, quizás, a no poder atender adecuadamente a los niños en el caso de que estos tuvieran que permanecer con su padre en el comercio en horas de apertura al público. En consecuencia, es ajustado y proporcional a estas circunstancias y también bueno para los menores que el régimen de visitas se delimite en fines de semana alternativos, desde las 15,30 horas del sábado y hasta las 21,30 horas del domingo. Esta medida no solo no perjudica a los menores sino que, incluso, se adoptan en interés de su padre y en su propio beneficio y para que no pierdan la referencia y el contacto con una persona tan importante en su desarrollo y para su personalidad como es el padre, lo que se indica a los efectos del art. 94 del Cc.

Indicar en la sentencia que el padre puede ver al menor «cuando quiera preavisando a la madre» no es un régimen de visitas en el sentido estricto que establece el 94 del CC, pues no se establece qué días verá el padre a su hijo, ni cómo harán estas visitas, ni el tiempo que el padre podrá estar con su hijo, ni con quién pernoctará el menor en el caso de que el padre fuese a visitarlo a Italia.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

La representación procesal de la parte apelante aboga por una alteración de las medidas acordadas en la sentencia de instancia, por entender que con el Fallo de ésta se está vulnerando el principio «favor filii», pues no se puede privar a un menor del derecho de relacionarse con su progenitor, entendiendo que la sentencia de instancia adolece de imprecisión e inseguridad, porque el hecho que el padre pueda ver al menor «cuando quiera preavisando a la madre», no es un régimen de visitas en el sentido estricto que establece el 94 del Código Civil, pues en la sentencia hoy apelada no se establece «qué días verá el padre a su hijo, ni como harán estas visitas, ni el tiempo que el padre podrá estar con su hijo, ni con quien pernoctará el menor en el caso que el padre fuese a visitarlo a Italia. En fin la sentencia carece de toda precisión y claridad»; asimismo, considera el apelante que, pese a que en el Fallo de la sentencia apelada se establece que quedan vigentes en su totalidad el resto de medidas complementarias de divorcio, como quiera que en el convenio regulador que acompaña a la sentencia de divorcio se establecían unas estancias del menor con el padre durante las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano (según las cuales el padre podrá tener consigo al menor la mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano), sin embargo, sin otras precisiones al respecto de la sentencia de instancia considera que existe incongruencia, pues no podrá cumplirse lo establecido toda vez el Juez a quo en su sentencia no lo concreta, pese a que dichas estancias le fueron solicitadas en el escrito de contestación a la demanda.

Al respecto, aprecia la Sala que, ciertamente, tratándose de un menor que cuenta en la actualidad con cinco años de edad, la sentencia de instancia adolece de total imprecisión en cuanto al régimen de visitas, pues si bien el padre acaba admitiendo que el menor resida en Italia (así lo expone en su escrito de contestación a la demanda), tal circunstancia no tiene que impedir un régimen de visitas concreto y ejecutable, de modo que, como quiera que ni la parte apelante ni la apelada concretan finalmente en sus escritos ningún régimen semanal específico, la Sala opta, haciendo uso de las facultades que le vienen asignadas en éste ámbito, regido por principios inherentes al «ius cogens», por conceder el que es señalado de modo estándar para estos casos, cual es el de un fin de semana al mes con pernocta, preavisando el padre con una semana de antelación y que tendrá lugar desde el viernes a la salida del colegio, donde lo recogerá el padre, o, en caso de no existir éste, desde el viernes a las cinco de la tarde recogiéndolo el padre en el domicilio materno, y hasta el domingo a las 20,00 horas, en que lo entregará en dicho domicilio. Por lo demás, y como quiera que el demandado manifestó, en su demanda reconvencional, no oponerse a que la madre resida con el niño en Italia y ofreció expresamente hacerse cargo del pago de los billetes en todos los casos, será él quien se encargue de su abono.

En concordancia con lo expuesto, debe tenerse presente que los argumentos de la sentencia de instancia cuando afirma que: «La consecuencia lógica de esta alteración sustancial es que las visitas del padre con el menor tengan lugar en la ciudad de residencia de éste, mediante desplazamientos del primero. La pretensión del progenitor de que sea el niño quien viaje acompañado de la actora o de una tercera persona para disfrutar de estancias en Mallorca es inviable, pues obliga al hijo a unos traslados

que probablemente no desea, alejándolo de sus actuales actividades cotidianas. De otra parte, es obvio que la demandante no está obligada a trasladarse a Mallorca con el menor para posibilitar las estancias paterno-filiales, dejando con ello el empleo retribuido que desempeña los fines de semana».; no han quedado neutralizados por los motivos del recurso, limitándose a afirmar al respecto la defensa del apelante que «... el Sr. Severiano declaró que no podía salir de España porque tiene un proceso pendiente y retenido el pasaporte…», sin que, sin embargo, proporcionara acreditación formal de dicho proceso, así como de su pendencia y duración.

En lo que respecta a las vacaciones, ciertamente, tal y como indica la parte apelante, la sentencia, tras hablar del derecho de visitas en unos términos que parecen referirse a las visitas de fin de semana, dice que «Se mantienen vigentes en su totalidad el resto de medidas complementarias del divorcio aprobadas por la referida sentencia»; refiriéndose a la sentencia de fecha 28.5.10 que aprobaba el convenio regulador de fecha 15.3.10, en el que se estipulaba que «el padre podrá tenerlo (al hijo) consigo la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, así como un mes en verano; correspondiendo al padre elegir en los años pares, si lo tiene consigo la primera o la segunda mitad de las mismas, y a la madre los años impares». Considerando la Sala que dicho régimen debe prevalecer, no solo por no haber sido revocado propiamente en la sentencia de instancia, sino por ser un régimen favorable al principio «favor filii» y considerable también, no ya dentro de lo que podríamos calificar como estándar, sino como régimen moderado en los casos de traslado del hijo al extranjero.

Todo ello, entendiendo la Sala que no se justifica en autos la pretensión actora, no motivada en la demanda y concedida en primera instancia sin estar tampoco acompañada de adecuada motivación, relativa a no dejar salir al hijo de Italia en los periodos vacacionales en los que el padre disfrute del derecho de visitas. En dicho sentido, la sentencia se limita a decir que: «Finalmente, es razonable la petición de la actora en orden a preservar la residencia del menor y evitar su traslado sin consentimiento materno, dada la nacionalidad argentina del progenitor, por lo que así debe ser acordado». Argumento que, obviamente, no es atendible en la medida en que la mera nacionalidad argentina del progenitor no es razón que le haya de impedir el derecho de viajar con su hijo libremente durante los periodos vacacionales, pudiendo únicamente la Sala concordar la permanencia en Italia del menor en las visitas de fin de semana, y ello únicamente por razón de su escasa duración y en orden a no perturbar en exceso al menor, de solo cuenta actualmente con cinco años de edad. Por lo tanto, no se justifican en autos causas para la restricción del derecho a la libre circulación del padre con su hijo en los periodos vacacionales.

VIVIENDA FAMILIAR

Se limita temporalmente el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales a pesar de que existen hijos menores de edad.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

Con el primer motivo del recurso la apelante cuestiona la limitación que se impone en la sentencia al uso de la vivienda familiar por la esposa e hijos menores porque aduce que esa decisión es contraria al criterio mantenido por esta Audiencia en otros casos. La solución de la Juzgadora «a quo» cuestionada es aceptada por la Sala pues entiende que es posible hacer limitaciones de uso y no asignar indefinidamente el uso exclusivo de la vivienda familiar cuando

dadas las circunstancias fácticas concurrentes no se aprecia que exista ya un interés más necesitado de protección. Es un criterio conforme al mantenido por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 13 de diciembre de 2011, que sintetiza los criterios ya mantenidos en otras anteriores (sentencias de 24 de abril de 2007 o de 1 de octubre de 2009, aún incluso tratándose de la existencia de hijos menores.

El derecho de los hijos en la cuestión examinada consiste en que los padres le faciliten habitación pero ese domicilio no tiene por qué ser de determinadas características. Por eso la Sala mantiene el criterio, en nuestra opinión razonable, de fijar con carácter temporal el uso del domicilio familiar cuando los recursos económicos de los cónyuges, permiten garantizar a los hijos un alojamiento adecuado y capaz de satisfacer sus necesidades si se reparten el producto de la venta de la vivienda conyugal o si se adjudica, en la liquidación de la comunidad ganancial, a uno solo de ellos indemnizando al otro en la mitad de su valor. Los hijos tienen derecho a que los padres les procuren alojamiento por estar incluida esa prestación en la obligación alimenticia pero no a que esa vivienda sea de determinadas características y condiciones sino de aquellas que sus progenitores puedan cubrir con sus recursos, al igual que sucedía cuando el núcleo familiar estaba unido. Cuando el reparto del valor del bien inmueble común y los recursos económicos de cada progenitor permiten seguir facilitando a los hijos un nivel de atención en el alojamiento correspondiente al rango económico familiar, uno solo de los cónyuges no tiene que soportar en exclusiva las consecuencias de la crisis matrimonial cuando el patrimonio de la familia permite cubrir los intereses de ambos así como los de los hijos comunes, debiendo acomodarse los derechos alimenticios de los hijos a la nueva situación económica familiar quizá menos holgada, al no acumularse los ingresos de ambos progenitores, pero sí suficiente y adaptada a la nueva situación, habida cuenta que la cuantía de los alimentos (en ellos se encuentra la habitación) debe ser proporcionada no solo a las necesidades de quien los recibe sino a los medios de quién los da según dispone el art. 146 del Código Civil y no cabe olvidar que la crisis matrimonial equivale en la mayoría de los supuestos a una crisis patrimonial con reducción de los recursos económicos del núcleo familiar al disgregarse y separarse recursos entre los cónyuges que reunidos y sumados, cuando el núcleo familiar estaba unido, tenían un potencial económico que tras la separación resulta naturalmente disminuido y minorado.

El art. 96 del Código Civil no se puede interpretar de manera aislada sino de manera armónica y sistemática con los demás preceptos contenidos en el marco normativo regulador de esta materia y especialmente con el art. 103. 2 que hace referencia al elemento de necesidad como determinante de la asignación del uso de la vivienda familiar sin tener en cuenta a cuál de los cónyuges le ha sido atribuida la custodia de los hijos. Este precepto no distingue supuestos a los que aplicar el factor del interés familiar más necesitado de protección por lo que será aplicable a todos en los que los cónyuges contiendan para ser los beneficiarios del uso de la vivienda familiar. Y este debe ser el factor más importante a considerar al margen de a cuál de los progenitores le sea atribuida la custodia de los hijos.

La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, no procederá cuando no exista un interés especialmente necesitado de proteger apreciando las circunstancias económicas de cada núcleo familiar, de modo que se propicie el reparto del bien entre los cónyuges para que soporten igualitariamente las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial del mismo modo que han sido iguales durante la situación llamémosla «normal» de la etapa matrimonial conforme a los derechos de igualdad de los cónyuges que proclaman el art. 66 del Código Civil y el art. 32. 2 de la Constitución.

En la regulación de la crisis matrimonial es deber del Juez no solo el de proteger a los hijos sino también a los cónyuges pues así lo preceptúa el art. 90 que obliga al Juez a apartarse de decisiones que sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges y de tal carácter ha de calificarse una asignación exclusiva de uso por la cual el cónyuge copropietario se ve casi expropiado del bien o de la participación que le corresponde. La sentencia de la Sala Primera de

29 de marzo de 2011 señala que la atribución del uso al menor y al progenitor en cuya compañía quede se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario.

Esos derechos igualitarios o esa posición de igualdad no tiene por qué desaparecer en la crisis, cuando es posible mantenerla, si con la distribución del bien vivienda o del precio de su venta quedan adecuadamente garantizados y cubiertos los derechos alimenticios de los hijos que deberán acomodarse a una nueva situación, quizá menos holgada, pero adaptada a las nuevas circunstancias económicas familiares y suficiente para atender el concepto alimenticio de habitación. La asignación temporal del uso con la posibilidad posterior de la realización de la vivienda familiar permite a los progenitores disponer de medios suficientes para tener cada uno un nuevo domicilio familiar, adaptado a sus nuevas circunstancias económicas, con el que proporcionar habitación a los hijos que, como ya hemos resaltado, deberán acomodarse a la nueva situación patrimonial de la familia, igual que lo habrían tenido que hacer si la disminución de su potencial económico hubiese sido ajeno a la crisis matrimonial y no se hubiese desintegrado la unidad familiar.

El art. 96 no prohíbe efectuar limitaciones temporales y estas pueden estar justificadas cuando tienen por objeto adaptar la situación patrimonial de la familia a sus nuevas circunstancias económicas a fin de compatibilizar los intereses de los hijos con los de sus progenitores, que es en definitiva lo que se preconiza en el art. 146 del Código civil respecto de la obligación alimenticia de la que forma parte la obligación de proporcionar habitación a los hijos. Por tanto entiende la Sala que no hacer asignaciones exclusivas del uso del domicilio familiar o efectuarlas temporalmente es factible si con la venta o el reparto de la vivienda se puede seguir cumpliendo con suficiencia y dignidad el deber de los padres de proporcionar habitación a sus hijos de acuerdo a las posibilidades económicas de la familia tras la crisis matrimonial.

La propia Sala Primera en la sentencia de 29 de marzo de 2011, antes citada, mantiene el criterio de que el hijo no precise de la vivienda familiar si sus necesidades de habitación pueden ser satisfechas a través de otros medios. Esos medios pueden ser recursos económicos en efectivo que el padre proporcione para cubrir las necesidades de habitación del hijo.

Aplicando los criterios expuestos al caso examinado la pretensión de la parte apelante debe ser desestimada porque la vivienda familiar lo es en propiedad y está situada en un pueblo próximo a Segovia a una distancia de unos 11 Km. El abono de una cuota hipotecaria de 560,65 euros mensuales hace presumir fundadamente que su valor es notable y suficiente para atender las necesidades de habitación de los hijos caso de venderse en su momento. La recurrente es joven (32 años) tiene capacidad laboral y posibilidades de trabajar como se destaca en la sentencia al punto de que se le deniega el derecho a percibir pensión compensatoria. Está contribuyendo al abono de la mitad de la cuota hipotecaria que le corresponde lo que es indicio de sus posibilidades económicas. El padre dispone de un nivel mensual retributivo notable para, con los rendimientos de su trabajo personal y la parte que le pueda corresponder en la liquidación de la vivienda, cumplir adecuadamente su deber de proporcionar a los menores un alojamiento digno y conforme a la nueva situación familiar. Además la limitación temporal se ha fijado en un momento indeterminado pues se pospone hasta el tiempo de la liquidación de los bienes comunes lo que en buena lógica, caso de desacuerdos ente los cónyuges, se traducirá en una demora durante la cual la recurrente seguirá disfrutando del uso del domicilio.

La atribución del uso de los vehículos propiedad de los cónyuges es una cuestión ajena al procedimiento de divorcio.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Morillo-Velarde Pérez**

En último lugar, trata la recurrente el asunto de la distribución del uso de los dos vehículos con que contaba el matrimonio.

De la interpretación del escrito recurso resulta que la pretensión principal es que se deje sin efecto la medida acordada por no ser propia del procedimiento matrimonial en el que se inserta, según el contenido del artículo 91 del Código Civil; subsidiariamente pretende la atribución del uso de uno de ellos, concretamente el vehículo marca Peugeot, dejando el otro para su ex marido, con la única razón de que el primer es un turismo y el segundo un todoterreno, más adecuado para las faenas profesionales de éste, relacionadas con el campo.

De acuerdo con la SAP de Madrid, Sección 24.ª, el pronunciamiento impugnado debe ser dejado sin efecto, ya que carece «de apoyatura legal en un proceso de patología matrimonial como el que nos ocupa, atribución, que, en otro orden de cosas, no se puede basar en el artículo 96 del Código Civil, pues este, la única atribución de uso que contempla es la de la vivienda familiar, de manera que la asignación de turismos escapa de tales parámetros normativos, es marginal a un proceso matrimonial y deberá ventilarse en otro tipo de juicio, por ser materia patrimonial impropia del de divorcio en que nos encontramos, así hemos venido a declararlo en esta Sala, entre otras en sentencia de 27 de noviembre de 2.003, en igual sentido que otras Audiencias Provinciales, como la de Valencia, en sentencia de 21 de mayo de 2003, o la de Barcelona en sentencias de 17 de marzo de 2005 y 5 de julio de 2002, otra cosa hubiera sido la reclamación de la administración de bienes, activos o industrias, lo que no ha sido siquiera objeto de mención, ni se advierte la necesidad ni el mayor interés de uno u otro consorte para tal administración».

A pesar de que la esposa y los hijos se trasladaron a otra ciudad en la que desempeñó una actividad laboral, una vez finalizada la misma debe atribuírsele a ésta y a los hijos el uso de la vivienda familiar en la que quedó el esposo.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez**

Se plantea igualmente en el recurso articulado la discrepancia con la decisión de la juez *a quo* de no modificar el uso del domicilio familiar, que en el convenio se atribuyó al esposo, al entender la apelante que el interés más necesitado de protección está constituida por ella misma y sus hijos menores.

Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar ante la existencia de hijos menores debe de recordarse la doctrina expuesta en la sentencia de esta Audiencia Provincial de 13 de Enero de 2012 que recogía la doctrina del TS, sintetizada entre otras en la sentencia de 21 de junio de 2011: «Esta Sala ha decidido el caso planteado en este litigio en las SSTS 221/2011, de 1 abril y 236/2011, de 14 de abril. La STS 221/2011, de 1 abril, sentó la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC, que se ha reiterado en la STS de 236/2011, de 14 abril.

Es por ello, que se reproducen los argumentos de las citadas sentencias, donde se dice que: El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. La sentencia recurrida impone un uso, restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso durante tres años al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuyo caso se extinguirá; además, se establece en el Fallo que se pasará a aplicar las normas del condominio si llegado el plazo de los tres años, no se ha liquidado aun la sociedad. Y aunque ésta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta el art. 96 CC, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor. Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC. Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Por tanto procede aplicar la doctrina sentada en las sentencias citadas que considera que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC».

En la doctrina expuesta se recoge textualmente que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio sólo puede verse limitada por pacto de los cónyuges aprobado judicialmente (art. 96), pacto que en el caso de autos sí existió al pactarse en el convenio aprobado judicialmente la atribución del uso al esposo.

No obstante lo anterior deben de valorarse las circunstancias existentes en el momento de acordarse dicho convenio y valorar si las mismas han variado sustancialmente para determinar si el interés más necesitado de protección que en este caso es sin duda el bienestar de los menores no está suficientemente tutelado con la atribución del uso pactada en el convenio.

En las circunstancias en que se pactó el convenio nos encontramos con el hecho de que la hoy apelante, en compañía de sus hijos, se trasladó a vivir a Padul por encontrar allí una ocupación laboral, quedando el entonces esposo en el uso de la vivienda familiar sita en Alcalá La Real.

Sin embargo en la actualidad la desaparición de dicha actividad laboral en Padul obligó a la esposa a volver a Alcalá La Real, viviendo actualmente en una vivienda de alquiler con escasísimos recursos económicos que la ha obligado incluso a ocupar temporalmente la vivienda familiar cuando el exesposo se encontraba trabajando fuera de la localidad. Tal situación unido al hecho de la posibilidad del exesposo de ocupar una vivienda de tres plantas ocupada exclusivamente por su madre, nos obliga a modificar el uso de la vivienda familiar en los términos interesados en la reconvención, modificando en este sentido la resolución recurrida.

Aunque la vivienda permita habilitar el uso por plantas, por tener cada una de ellas todos los servicios, no puede olvidarse que deben compartir zonas comunes como es la entrada, por lo que para evitar situaciones indeseables no se acuerda atribuir el uso compartido.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares**

En el recurso vuelve la parte a plantear sus argumentos en relación a la vivienda familiar, solicitando el uso compartido, el alternativo o que no se trate de una atribución definitiva de la misma a favor de la esposa.

Parte de estos argumentos se responden con sólo traer los fundamentos de la sentencia combatida, pues ni cabe el uso compartido ni el alternativo. El primero por ser fuente de constantes problemas, pudiendo generar en situaciones indeseables tal como es desgraciadamente habitual en la práctica, pues aunque se argumente que la casa permite ese uso al tener cada una de sus plantas todos los servicios, lo cierto es que hay que compartir elementos comunes como es la entrada común a ambos pisos. En cuanto al uso alternativo, como bien dice el Juez es una solución no razonable pues obligaría a tener que disponer de tres casas, sea constantemente o por periodos más o menos largos, la común y las que cada cónyuge utilice cuando no habite en aquella.

La cuestión debe centrarse, por tanto, en si cabe la atribución a uno de los cónyuges y en caso afirmativo a quién. Y para ello debemos de partir de las propias normas que establece el Código Civil en su art. 96, que impone la atribución a uno de los cónyuges cuando existen hijos comunes en cuya compañía queden, a fin de garantizar la protección de éstos, pero cuando no es el caso, que es la situación que analizamos, el criterio no es sino que se proceda a la liquidación del haber común, debiendo cada parte procurarse su habitación. La excepción está en considerar que alguno de los cónyuges es digno de protección, por su situación económica o personal, permitiendo una atribución temporal aún en el caso de que la vivienda sea privativa del otro cónyuge.

En el presente caso el Juez *a quo* ha considerado que la esposa está necesitada de protección, dada su falta de recursos económicos, lo que resulta cierto, pero la conclusión no puede ser una atribución de la vivienda sine die, sino que la misma sólo debe serlo en tanto se liquida el haber común, momento en el que la vivienda deberá correr el destino que en esa liquidación se establezca, pues salvo la falta de recursos, que en parte se verá paliada por el patrimonio que pueda recibir y en parte por la pensión compensatoria, no existe otra razón para prolongar esa situación de atribución.

Lógicamente durante el tiempo en el que la esposa habite la vivienda serán de su cuenta los consumos de la misma, siendo de parte de ambos aquellas otras cantidades que estén en relación con la propiedad (impuestos, créditos, etc.).

No se aprecia en los cónyuges circunstancia alguna que aconseje la atribución en exclusiva del uso de la vivienda familiar. Ninguna trascendencia tiene a estos efectos la facilidad de uno u otro para vivir en casa de otros familiares.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera**

En orden a resolver sobre el uso de la que fue vivienda familiar, debe recordarse que no habiendo hijos comunes menores de edad, el CC solo prevé la posibilidad de una adjudicación de uso al cón-

yuge no titular —titularidad que no es la dominical sino la del uso—, cuando las circunstancias lo hagan aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección (art. 96 CC), disposición que no obstante puede considerase aplicable incluso cuando se trate de una vivienda titularidad de ambos cónyuges, como una excepción al régimen normal de uso por todos los comuneros vigente en las situaciones de cotitularidad (art. 394 CC); excepción que, como tal y en cualquier caso, debe obedecer a poderosas razones mas allá de la mera conveniencia o utilidad, pues no puede soslayarse que la disolución del vinculo matrimonial aboca a la separación de los patrimonios de los cónyuges. En el presente caso es evidente que está en cuestión entre las partes la propiedad de la vivienda, pues mientras don César sostiene que es propiedad de su padre —hoy al parecer sus herederos—, sin perjuicio del derecho de indemnización que a él mismo corresponde por haberla construido a sus expensas en estado de soltero, doña Celia sostiene que la vivienda es ganancial por haber sido construida constante matrimonio, aunque el terreno fuera propiedad del padre de don César, que por otra parte sostiene que fue donado; evidentemente este proceso no es cauce adecuado para resolver en definitiva sobre la propiedad de la vivienda y sí solo sobre el uso de la misma en tanto ha sido la vivienda familiar al margen de todo derecho dominical; por ello, la cuestión de la atribución de uso debe hacerse al margen de la titularidad dominical de la vivienda, y lo cierto es que no se aprecia en uno y otro cónyuge ninguna circunstancia que aconseje una atribución exclusiva e indefinida del uso de la vivienda con marginación total del derecho de uso del otro cónyuge; no lo es la presunta facilidad de uno u otro para poder vivir en casas de otros familiares —siempre dependiente de la voluntad de estos y que supone una convivencia no exigible—, o el coste de alquiler de una vivienda, como tampoco el hecho de que la madre de doña Celia conviviese con el matrimonio en dicha vivienda, pues no cabe considerar los intereses de quien es tercero; y aun cuando efectivamente la posición económica más débil es la de doña Celia, como luego se expondrá, ello no alcanza a justificar la pretensión que se deduce por esta, pues su situación y el reconocimiento del derecho a una pensión compensatoria debe ser reputado bastante a estos efectos, como tampoco su estado de salud, que pese a lo alegado no se revela grave ni impeditivo. En definitiva, en criterio de este tribunal la decisión adoptada por el juez de instancia de atribuir el uso por periodos sucesivos de un año hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, ya seguida por esta Audiencia en otras ocasiones (por ejemplo, S. 18 abril 2012), es plenamente ajustada a derecho y debe ser confirmada, cabiendo tan solo añadir, al hilo de lo alegado por doña Celia, que el hecho de que el esposo fuera quien abandonó el domicilio conyugal a raíz de la ruptura no puede considerarse como un hecho propio contra el que no pueda ir, pues tal conducta no predica otra cosa que la mera voluntad de poner fin a la convivencia y no implica una renuncia de derechos ni está dirigida a la creación de un estado jurídico de la cuestión, como sería preciso para poder obtener de la misma la consecuencia que se pretende.

Procede atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre y al hijo hasta que alcance la mayoría de edad aun cuando los progenitores suscribiesen un convenio regulador estableciendo una limitación temporal de tres años, dado que dicho convenio no fue homologado judicialmente y la medida afecta a un menor de edad.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Carlos Fernández Díez**

Respecto de la atribución del uso del domicilio pretende el apelante que se aplique un convenio suscrito por las partes en junio de 2007 y que limitaba el uso del domicilio por la madre y el hijo a tres años. Esta Sala tiene declarado en sentencia de 20 de febrero de 2012 que: «ha de

recordarse, con la STS de 1 de abril de 2011, que el art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla. La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina del TS en sentencias de 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división. En consecuencia de lo anterior, se formula en la S. antes citada la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC».

Tal doctrina ha de reiterarse en el supuesto enjuiciado sin que obste a ello el convenio suscrito por las partes, entre otros extremos por cuanto ni ha sido sancionado judicialmente afectando al interés de un menor y por cuanto se opone a la doctrina legal reflejada en las anteriores resoluciones.

Se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa por su situación más necesitada de protección, no siendo obstáculo alguno que durante algunos meses al año se traslade a la vivienda de su hija en las Islas Canarias.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Valdés Garrido**

Empezando por el tema de la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar, objeto de la impugnación formulada por el esposo, su atribución a la esposa acordada en la sentencia de instancia resulta un pronunciamiento que debe mantenerse al realizarse en favor del cónyuge más necesitado de protección, a tenor de su minusvalía y su escaso nivel económico, en cuanto perceptora de tan solo una pensión no contributiva de poco más de 300 euros.

Sin que obste a tal consideración la estancia de la misma algunos meses del año en Canarias, viviendo en casa de una hija, por cuanto la mayor parte del tiempo reside en Sanxenxo, cual cabe desprender del resultado de la prueba practicada en el acto de la vista de juicio, especialmente las testificales de Ruperto y Martina, esta última hija de los esposos contendientes.

Al existir hijos menores es de aplicación el párrafo primero del artículo 96 del CC. Dicha norma tiene carácter imperativo y solo puede ceder ante circunstancias excepcionales que desde luego no lo son el hecho de que el padre de la esposa tenga dos viviendas.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 25 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de Doña Eulalia se alzó contra la sentencia e instancia reclamando su revocación y que se atribuya el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y a la madre y la dirección letrada de Don Urbano también se mostró en desacuerdo con la sentencia e instancia reclamando la revocación y que se otorgue exclusivamente al esposo el derecho de uso y disfrute de la vivienda sita en Arcicollar y subsidiariamente para el caso de no prosperar dicha pretensión, se mantenga íntegramente el pronunciamiento aprobado en sentencia de divorcio, otorgándolo por seis meses alternativos a cada uno de los progenitores. Para el caso de que el procedimiento penal entre las partes se llegase a un pronunciamiento condenatorio frente al demandado que supusiese la adopción de una pena de alejamiento, el uso y disfrute de la vivienda corresponderá en exclusiva al demandado durante el tiempo que dure el alejamiento para que pueda seguir explotando su negocio, asimismo se solicita se mantengan íntegramente el resto de pronunciamientos de la sentencia de divorcio de fecha 8 de Septiembre de 2011 como del Auto de Aclaración de 21 de Septiembre de 2011 y a la parte contraria se proceda con imposición de las costas de instancia.

Los acuerdos al que llegaron los litigantes el 22 de Enero de 2010 y el 20 de Febrero del mismo año plasmados en los documentos que obran a los folios 185 ó 186 no pueden servir para acoger la pretensión de la segunda parte apelante, ya que carecen de fuerza vinculante al carecer de aprobación judicial debiendo ser valorados como expresión de la autonomía de la voluntad de los litigantes, además las partes prescindieron de los mismos para alcanzar el acuerdo en la vista de 18 de Enero de 2011 en la pieza de medidas provisionales. A su vez este acuerdo no es obstáculo para que pueda prosperar la petición de la primera parte apelante, pues no tenia carácter definitivo, dada la sede procedimental donde se produce y que no consta que las partes le otorgaran ese carácter.

Al existir hijos del matrimonio es de aplicación al caso enjuiciado el párrafo primero del artículo 96 del C.C. que establece 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. Dicha norma tiende no solo a proteger la necesidad de vivienda de los menores, sino que también trata de evitar en la medida de lo posible la incidencia de la separación o divorcio de la pareja en la vida de los menores, procurando que la nueva situación produzca la menor inestabilidad posible a los hijos y solo los imprescindibles cambios, a fin de facilitar en la medida de lo posible la adaptación de los hijos a la ruptura de la relación de pareja. Dicha norma tiene carácter imperativo y solo puede ceder ante circunstancias excepcionales que desde luego no lo son el hecho de que el padre la demandante Doña Eulalia tenga dos viviendas, entre ellas la penúltima que constituyó el domicilio familiar sita en Móstoles o que la última vivienda conyugal sita en Arcicollar fuera transportable y de madera.

La alegación de la segunda parte apelante consistente en que esta última vivienda carece de condiciones de habitabilidad ha carecido de corroboración probatoria, debiendo destacarse que el demandado en el interrogatorio practicado en el proceso principal a preguntas del Ministerio Fiscal reconoció que vivieron en el último domicilio conyugal un año y medio (minuto 13 de la vista).

No consta que se haya dictado orden de alejamiento y en base a todo lo expuesto procede, estimando el primer recurso de apelación, acordar que el uso del último domicilio familiar se atribuya a los hijos en compañía de la madre.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El traslado unilateral de la madre a Suiza motiva que se reduzca la cuantía de la pensión alimenticia ante los importantes gastos de traslado que tendrá que realizar el padre para ver al menor.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Núñez**

Recurren el pronunciamiento del Juzgado ambos litigantes, haciéndolo en vía principal Don Juan Manuel, para interesar la rebaja de la pensión alimenticia ordinaria destinada al sustento y educación del hijo común, Carlos, nacido en Jerez de la Frontera el (…) de 2001, pasando de los 350,00 euros mensuales que se establecen a 250,00, que a la vista de las novedosas circunstancias representadas por el traslado del menor con su progenitora a Suiza, país natal de esta última, pide se reduzca aún por debajo de estas cifras; en segundo lugar solicita se deje sin efecto la retroactividad de la deuda pronunciada en relación a la fecha de presentación de la demanda.

Doña Candelaria, combate la sentencia en vía adhesiva o impugnatoria prevista en el artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interesando, en definitiva, la confirmación del señalamiento de 350,00 euros a cargo del padre, con ampliación del efecto retroactivo hasta un año antes de la interpelación, en aplicación del derecho helvético, con privación o disminución del programa de visitas establecido cual postulaba en la instancia, en todo caso —se dice— ineficiente ante la nueva situación creada.

El atento y detenido examen de las actuaciones a la luz del hecho relevante —como lo califica el Ministerio Fiscal— de haberse trasladado la progenitora Sra. Carlos con el menor confiado a su custodia a Suiza, en fecha 28 de septiembre de 2011, participándolo así al Juzgado mediante escrito (folio 52 y 53 del Tomo II) y por comunicación a la dirigida a la contraparte (folio 67 del Tomo II), y en atención a las circunstancias todas del caso, estimamos procedente la rebaja de la pensión a cargo del padre y la puntual supresión de las visitas intersemanales, incompatibles con el nuevo estado de cosas, manteniendo y refrendando en cuanto al resto los pronunciamientos del juzgado en sus propios términos.

Ciertamente, el inopinado traslado de la madre Sra. Carlos en compañía de su menor hijo desde la localidad gaditana de Conil de la Frontera, donde la pareja enfrentada residía durante su convivencia y permaneciera tras la ruptura, para establecerse con carácter definitivo en Allschwil, Suiza, hace ahora un año, apenas unos meses después de la sentencia reguladora de las relaciones paternofiliales, irrumpe en las medidas personales y patrimoniales fijadas, situando al hijo en un país distinto y lejano, en que el acceso del padre y mantenimiento de unas mínimas relaciones entre ambos, se traducen en una onerosa sobrecarga para quien como se desprende de los autos, no ha intervenido en la decisión adoptada por la progenitora. En circunstancias tales, si atendiendo los postulados de la madre y del propio Ministerio Público se fijaba en sentencia una pensión ordinaria mensual de 350,00 euros, dicha cantidad habrá de ser prudentemente rebajada, no ya porque los medios del padre y la atención de sus propias necesidades prudentemente lo aconsejen, sino porque la acusada distancia del lugar de residencia del hijo comportará unos gastos para nada desdeñables en orden a la efectividad de visitas y estancias, que por lo demás, al menos en lo concerniente a los contactos intersemanales programados los lunes y miércoles por la tarde durante dos horas (punto 2.º, apartado 1 del fallo apelado) habrán de ser desde este momento cancelados por su manifiesta inviabilidad, sin perjuicio de que puedan las partes hacer valer, con la plenitud de medios corres-

pondiente, la oportuna modificación de medidas definitivamente acorde con la nueva realidad, que la presente sólo en sus más ostensibles manifestaciones puede paliar.

La beca de movilidad por importe de 6.065 euros, con exención de tasas de matrícula unido al descenso de los ingresos del padre justifican una reducción de la pensión alimenticia.

AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Rodríguez Dupla**

Es objeto de esta alzada la sentencia que acogió parcialmente la pretensión de Don Juan María en modificación de medidas definitivas dispuestas para regir las consecuencias personales y patrimoniales derivadas del divorcio del actor y Doña Mercedes, pronunciamiento que impugnan esta última y Doña María Cristina, hija de ambos, aduciendo como motivos error en la valoración de la prueba e infracción de los artículos 91, 142, siguientes y concordantes del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta.

El único aspecto objeto de contienda en la presente litis y recurso se refiere a los alimentos de Doña María Cristina, hija de los litigantes que a día de hoy es mayor de edad, pues la sentencia de instancia redujo a 200 euros mensuales y actualizables, más el 50% de los gastos extraordinarios derivados de su condición de estudiante, la manutención de la joven con cargo a su progenitor, disminuyendo así los alimentos en cuantía de 400 euros mensuales establecidos en anterior sentencia de 20 de septiembre de 2010 —dictada en el procedimiento civil N.º 732/2009 del Juzgado *a quo*— resolución que confirmamos en la nuestra de fecha 3 de marzo de 2011 —rollo de Sala n.º 29/2011—, al estimar la Juzgadora en el presente proceso que se ha producido un cambio sustancial de circunstancias, en esencia por merma de los emolumentos del actor y concesión de una beca a la alimentista por importe de 6.065 euros anuales.

Para resolver esta cuestión, entra en escena el artículo 93 del Código Civil, que como complemento a la advertencia de que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos, indica que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, para añadir después la adecuada solución para el sostenimiento de los hijos mayores de edad o emancipados que conviviendo en el domicilio familiar carecieran de ingresos propios, pues el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del propio texto legal; vienen obligados por tanto ambos progenitores, como también resulta de los artículos 143.2 y 144.3 del Código Civil, y para el cómputo de la aportación se tendrá en cuenta no sólo las ayudas económicas para subvenir a las necesidades sino también la dedicación y trabajo en el hogar, que ha de ser valorado cuando concurra como contribución a las cargas del matrimonio; el artículo 142, por su parte, entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación vestido y asistencia médica, y comprenderá también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable; aunque el artículo 146 establece que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, una exégesis integradora con el artículo 142 enseña que la obligación de prestarlos tiene diferente intensidad según la edad del hijo beneficiario, y tratándose de menores comprende no sólo las necesidades físicas y primarias del hijo, sino también las de educación y enseñanza encaminadas a su formación integral, impuesta a los padres por el artículo 154-1 del Código Civil, mientras que en el caso de hijos mayores de edad condiciona la inclusión de las gastos de educación a que su persistencia no derive de causa imputable al beneficiario.

Pues bien, partiendo de ese régimen legal, las pruebas practicadas en el juicio ponen de manifiesto que en el último año se han producido las dos incidencias reseñadas y relevantes para determinar el *quantum* de los alimentos de Mercedes.

Por una parte el actor ha perdido el complemento salarial denominado «gratificación» en su actividad laboral por cuenta ajena en la mercantil Conexanfer S.L., que según acreditan las nóminas correspondientes a los meses de septiembre a noviembre de 2011 se aproximaba a 200 euros mensuales, siendo su salario líquido en la actualidad de aproximadamente 900 ó 1.000 euros mensuales si hacemos un prorrateo de las pagas extraordinarias.

Además consta justificada la concesión de una ayuda pública a favor de la hija común —beca de movilidad del curso 2010— 2011, para estudiantes de enseñanzas universitarias— por importe de 6.065 euros, con exención de tasas de matrícula, y consta con certeza su renovación para el siguiente curso universitario, al menos, por así manifestarlo paladinamente la parte demandada, circunstancia ésta que ya se mencionó en la resolución dictada en el anterior pleito como eventual causa de una merma de los alimentos que el progenitor está obligado a sufragar.

Por otro lado obra en el proceso información bastante, no sólo sobre la situación económica, cargas y gastos corrientes de demandante y demandada, sino en concreto, y por lo que ahora interesa, sobre la coyuntura laboral de la Sra. Mercedes, ingresos obtenidos y puestos desempeñados en 2009, 2010 y 2011, entre los que importa destacar unos emolumentos en general inferiores a los del demandante y que tras pérdida de su trabajo en 2011 le fue reconocida prestación por desempleo para el periodo entre el día 24 de noviembre de 2011 y el día 15 de julio de 2012, por importe de 426 euros mensuales, aunque los documentos aportados sugieren una mayor capacidad económica, correlativa a su nuevo status familiar.

Finalmente, y como datos de sumo interés para la litis, son de recordar los capítulos que reconoce la sentencia —y admiten ambas partes, aunque no coincidan en la cuantificación— como integrantes de las necesidades económicas de la hija común a día de hoy (alojamiento en Madrid, por cursar estudios en la Universidad Rey Juan Carlos, manutención, gastos de transporte urbano e interurbano, suministros, material docente, vestido y ocio).

Conjugando todos estos aspectos hemos de concluir que existe una real modificación de circunstancias, significativa o de bastante entidad, permanente, no ocasional o transitoria, vista la renovación de la ayuda pública, y suficientemente probada, a tener en cuenta, si bien no puede traducirse en la reducción que la sentencia de instancia establece, y antes bien, habida cuenta de los gastos necesarios de la alimentista (al menos 1.000 euros mensuales durante su formación universitaria) y los ingresos de los alimentantes, más altos los del actor que los de la demandada y por la precariedad laboral de la progenitora, entendemos que procede establecer los que ha de sufragar el Sr. Juan María en 300 euros mensuales, actualizables a fecha 1 de enero de cada año, con arreglo a las variaciones que experimente el IPC y abonados en los cinco primeros días de cada mes, más el 50% de los gastos extraordinarios derivados de su condición de estudiante, los que abonará en el plazo de 15 días desde que le sean comunicados.

Falta el requisito de la previsibilidad, en términos razonables, para fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia de la hija mayor.

AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Tapia Chinchón**

Analizando finalmente el asunto de la temporalidad o fijación de límite cronológico al percibo de la pensión por su hija Doña Sabina, habrá de recordarse, con la Sentencia de la Audiencia

Provincial de Oviedo, Sección 7.ª, de 9 de Diciembre de 2011 que «las Audiencias Provinciales se vienen mostrando partidarias de establecer un límite temporal a la pensión por alimentos de los hijos mayores de edad, teniendo en cuenta que esta temporalidad ya se encuentra presente en la propia naturaleza del derecho reconocido en el artículo 93 párrafo segundo Código Civil, y de igual manera esta Sección de la Audiencia Provincial en Sentencias de 28-6-2006 y 25-4-2007 ha acordado fijar dicha temporalidad en aquellos supuestos en los que si bien todavía no existe causa de extinción de los alimentos, se trata de alimentistas en condiciones de obtener a corto plazo un empleo que garantice su propia subsistencia. El pronunciamiento que se obtiene en tales términos ofrece la doble ventaja de incentivar al alimentista a procurarse un medio de vida accediendo al mercado laboral y de otro lado evita el tener que acudir en un momento ulterior a otro pleito solicitando la extinción de la pensión», si bien esta Audiencia Provincial de Ciudad Real, en algún pronunciamiento, ha venido sosteniendo (la citada Sentencia de 16 de Junio de 2010) que «La deuda alimenticia de origen legal subiste mientras perviva su causa, que es la necesidad del alimentista. Por ello no está sometida ni a condición ni a plazo. Es a través de la acción de extinción como se puede poner fin a la misma».

En todo caso, ni por otra tendencia jurisprudencial procede en el caso la fijación de un límite temporal a la pensión alimenticia señalada en el presente caso, por cuanto falta el requisito de previsibilidad, en términos razonables, de obtención por la alimentista de un trabajo en el corto o medio plazo, pues también ha sostenido el Tribunal Supremo (en Sentencia de 5 de Noviembre de 1984, citada por la de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de Abril de 2007) que esa posibilidad debe ser «real y concreta» en relación con las circunstancias del caso.

Los trabajos ocasionales de verano no constituyen causa de extinción de la pensión alimenticia cuando la hija continúa en período de formación.

AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Tapia Chinchón**

Los siguientes motivos se encaminan a denunciar la equivocación de la Juzgadora de instancia a la hora de valorar la prueba obrante en los autos, tanto en las reglas sobre la carga de la prueba como en la valoración de la practicada en autos propiamente dicha.

Como sentó la Sentencia de esta Audiencia Provincial —Sección 1.ª— de 16 de Junio de 2010, Ponente Ilmo. Sr. Torres Fernández de Sevilla, «Los alimentos a favor de los hijos, aún siendo mayores, se muestran como una manifestación primaria del principio de solidaridad familiar, e incluyen, cuando menos, lo indispensable para el sustento, de modo que, como primera constatación, aunque dejáramos hipotéticamente fuera los gastos de educación, nunca se llegaría a la total extinción de la pensión, pues, estudiando o no, los hijos hasta que estén en situación de tener independencia económica real, dependen de sus progenitores», añadiendo, en orden a la valoración probatoria (en su aspecto de reglas de distribución) que «... correspondiendo a quien opone la extinción la prueba de la imputabilidad del retraso, hubiera sido preciso acreditar que el régimen de vida de la alumna no es el de la dedicación exigible», por tanto no incurre la Sentencia de instancia en la equivocación denunciada. A ello debe añadirse que se hace una correcta valoración de la prueba practicada en su conjunto resultando acreditado que Doña Sabina se encuentra en período de formación que justifica la prolongación de la convivencia familiar no concurriendo causa alguna de extinción, conclusión a la que no es óbice ni unos días de trabajo en un supermercado o trabajos ocasionales de verano, pues es una eventualidad que no cabe equiparar a la referida incorporación y que es aceptada y asumida por

todos los padres con independencia de la situación matrimonial, por lo que no está justificado que la situación de conflicto conyugal se traduzca en un peor trato para los hijos.

No se considera gasto extraordinario la estancia de la hija mayor de edad en Malta para recibir un curso de inglés, dada la importancia del gasto en relación con el importe de la pensión alimenticia ordinaria y teniendo en cuenta que ya finalizó sus estudios de fotografía.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Auto de 25 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortua**

Se interpone recurso de apelación contra la declaración como gasto extraordinario del generado por la hija común Nuria por su participación en un curso de inglés para extranjeros viaje, estancia, etc. en agosto de 2011 en Malta y por importe total de 2.775 euros. El apelante insiste en su oposición a la consideración de los mismos como gastos extraordinarios.

En la gran mayoría de reclamaciones de gastos unilateralmente conceptuados por una de las partes de extraordinarios, hay que atender a las peculiaridades de cada caso y sus circunstancias concretas al tiempo en que dichos gastos se devengaron para determinar si cabe su repercusión al progenitor no custodio. Muchas veces no es posible establecer *a priori* el catálogo de esos gastos extraordinarios ni las condiciones para que efectivamente surja la obligación de contribución a los mismos del progenitor no custodio, debiendo resolverse la cuestión atendiendo, en cada supuesto específico, a criterios de necesidad, periodicidad, previsibilidad e importancia de las partidas reclamadas y teniendo siempre presente el estatus y condición propios de la familia litigante.

En el caso concreto, este tribunal resuelve del mismo modo que lo ha hecho recientemente en relación con una reclamación similar referida a otra hija de los litigantes (Emma, rollo 315-12). Aquí, la mayoría de edad de Nuria, la culminación de sus estudios de fotografía, la importancia del gasto en relación con el importe de la pensión ordinaria establecida en su favor (SMI más gastos de estudios reglados), mueve también a considerar que el desembolso realizado para el seguimiento del curso de inglés de un mes en Malta no merece la consideración de gasto extraordinario.

Consecuentemente con todo lo anterior procede la estimación del recurso con el correspondiente pronunciamiento en cuanto a las costas de la alzada. Y respecto de las de la primera instancia, la propia argumentación del apelante relativa a la falta de un criterio definitivo en la determinación de qué concreto gasto merece la calificación de extraordinario a este respecto, justifica que tampoco esas costas se impongan a ninguno de los litigantes.

El e-mail que envió el padre a la madre implica un asentimiento implícito en relación con los gastos extraordinarios que se reclama.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

El ejecutado apela y pretende, con una valoración distinta de la prueba practicada en el incidente, que se estime su opinión en lo desestimado en primera instancia, en cuanto a la mitad del coste de los gastos de tratamiento de la hija común en el Centro FICEN y de unos tapones especiales para el baño, tras una operación de adenoides.

Como señala el auto apelado, la posición actual del padre es incompatible con el contenido del email que envió a la madre el 1 de julio de 2010, donde hay un asentimiento implícito pero inequívoco al tratamiento que ahora discute, pues incluso se propone su seguimiento. Sea o no necesario, el consentimiento de ambos progenitores les vincula para costear por mitad su importe, a tenor del auto ejecutado. Así pues, debe confirmarse la desestimación de ese extremo de la oposición.

El segundo aspecto apelado se refiere a unos tapones farmacéuticos. En tanto gasto médico necesario, por prescripción médica, no previsible ni periódico, también debe ser asumido por mitad, como gasto extraordinario, cualquiera que sea su importe. No puede considerarse, como pretende el ejecutado, parte de la pensión alimenticia.

Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia por el nacimiento de una nueva hija del obligado al pago de la pensión.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Milagros Martínez Rionda**

Distinta suerte ha de merecer la pretensión de reducción de la pensión alimenticia.

Ninguna trascendencia puede obtener la alegación de unos pactos verbales entre las partes de supuesto contenido económico que, además de no aparecer acreditados, incorporarían obligaciones voluntariamente asumidas y conocidas al tiempo de producirse la liquidación de la sociedad de gananciales y la simultánea suscripción del convenio regulador.

Tampoco ha de obtener incidencia el pago de unos préstamos que se asumieron por decisión propia cuando ya se conocía el alcance cuantitativo de la obligación alimenticia fijada con destino a la hija menor.

Aunque el nacimiento de un nuevo hijo no constituye por sí mismo un cambio o variación de las circunstancias que autorice una modificación de las medidas definitivas, se ha de valorar si conlleva una relevante reducción de la capacidad económica del obligado, tal y como sucede en el presente caso, teniendo en cuenta que los ingresos del padre consisten en el percibo de un salario mensual de aproximadamente 1.800 euros y, por otra parte, consta igualmente acreditado que la nueva pareja del padre también ha de atender a las necesidades de otros dos hijos de su anterior relación.

En esta situación, forzoso resulta reconocer que el nacimiento de una nieva hija supone una alteración en el caudal del alimentante, porque indudablemente conlleva un ineludible incremento de gastos, y atendiendo a sus rentas, sí puede afectar a la cuantía de la pensión alimenticia establecida en convenio a favor de la anterior descendiente; En consecuencia, sí se ha de acceder parcialmente a la reducción de su importe la cual se fija en 400 euros mensuales.

Se condena a los hermanos a abonar una pensión alimenticia en favor de la madre que se encuentra ingresada en una residencia.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carretas Maraña**

La petición principal del único demandado opuesto y apelante se contrae a solicitar que se excuse a D. Imanol del pago de una pensión alimenticia a su madre con el único argumento de

impugnación a los efectos del art. 465-5 LEC de que sus hermanos se beneficiaron en el año 1997 de una salida de dinero de la cuenta de su madre y que él no obtuvo beneficio alguno; por lo que en este momento no puede obligársele a que realice ninguna prestación alimenticia a favor de su madre (art. 142 y ss. CCv).

Este argumento de defensa ha sido ya analizado en la instancia y se obtuvo la convicción por la Juez «a quo» de que: «No ha logrado la parte demandada probar que D. Rocío dispuso en el año 1997 y 2005 de unas cantidades de dinero a favor de sus hijos Jacobo, Carmela y Maribel, excluyendo a Domingo y analizada la prueba practicada sobre esta cuestión».

En esta Alzada se ha practicado en aplicación del art. 460-2-2.º LEC prueba sobre la cuenta de Caja Rural y con su resultado, como admitió el propio Letrado apelante, tampoco se puede considerar probado que en el año 1997 la madre solicitante de los alimentos a sus cuatro hijos hubiera dispuesto de parte de su patrimonio a favor de tres de sus hijos y con exclusión del apelante: por lo que en aplicación del art. 217 LECv, no puede entenderse probada la alegación de exclusión del pago de alimentos por el apelante a su madre.

De manera subsidiaria e invocando tanto la escasa capacidad del alimentable, como la necesidad y capacidad económica de la propia alimentista (art. 146 CC), se solicita, una reducción de la cantidad debida por el apelante que inicialmente en el Recurso de Apelación se cifra en 100 euros y que en la vista practicada en esta Alzada se determina en 75 euros.

Esta pretensión subsidiaria tiene su fundamento esencial en la valoración de las necesidades de la madre y en sus ingresos y se apoya en un hecho nuevo admitido en esta Alzada por el cauce procesal del art. 460-2-3.º LEC, y que tiene relevancia directa en la decisión del pleito y ocurrido con posterioridad; cual es que se ha reconocido a la madre una prestación social por ayuda a la dependencia, lo cual, a los efectos del art. 146 CC y art. 147 CC, supondría que se ha minorado la necesidad de alimentos del alimentista, pues tiene más ingresos con los que atender a sus necesidades propias (art. 142 CC).

Después de constatar que resulta significativo que una madre de más de 90 años tenga que acudir a un proceso judicial para obtener alimentos de mínima cuantía al mes de sus hijos y después de constatar que el hijo opuesto tiene una capacidad más limitada para abonar las cantidades que se le solicitan que sus hermanos, este Tribunal por imperativo legal se ve en la necesidad de analizar si procede reducir la contribución del recurrente como alimentante de su madre. Analizados todos los elementos de juicio, procede realizar las siguientes consideraciones en aplicación del art. 218 LECv.

1.ª Ha admitido la parte apelada como hecho cierto, reconocido y acreditado que la Sra. Rocío ha visto reconocido un derecho de prestación por la Ley de Dependencia que asciende a unos 275 euros.

2.ª Ahora bien, ello no supone que todo este ingreso tenga que repercutir automáticamente sobre la obligación del alimentante y reducir su contribución a 75 euros y ello por varias razones. En primer lugar, porque aún incrementados los ingresos de la madre es lo cierto que no puede establecerse un mecanicismo absoluto y matemático mediante la suma de distintos ingresos (pensión, alimentos de los hijos) y restar del gasto por residencia. En segundo lugar, no podemos olvidar que la demandante tiene más de 90 años y que está litigando con su hijo que o bien no quiere pagar nada, pese a que ya ha hecho algún ingreso de 150 euros, o bien solo quiere pagar 75 euros, cuando es evidente y manifiesto que con la edad de la demandante, con la reducción de ayudas en cuestiones farmacéuticas y con sus propias necesidades personales que van más allá del pago de la pensión de la Residencia, no puede considerarse como gasto únicamente esa Residencia. En tercer lugar, no puede tampoco olvidarse que si se le ha reconocido una ayuda por dependencia es porque su deterioro por edad y salud es amplia y precisa de unos gastos constantes; personales y sanitarios mayores que si se encontrara en adecuadas condiciones de salud y autonomía personal.

En definitiva, ponderando todas estas circunstancias se estima parcialmente el Recurso

de Apelación y se fija una contribución alimenticia del apelante de 120 euros que se abonarán desde la fecha de la demanda (art. 148 CC); y ello al margen de la contribución voluntaria ratificada judicialmente que vienen prestando los otros hijos no apelantes y allanados.

En la reclamación de gastos extraordinarios no pueden incluirse conceptos cuya justificación es un simple ticket y no recibo o factura, pues en aquel papel (que no documento) no se indica el beneficiario ni el concepto.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 19 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González**

Estamos en presencia de proceso de ejecución, en ejecución de título judicial, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 549/1/2 de la L.E.C.: «solo se despachará ejecución a petición de parte cuando la tutela ejecutiva que se pretende está en relación con el título ejecutivo que se aduce»; y art. 551/1 de la L.E.C.: «cuando los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título». Un Convenio Regulador, de naturaleza privada, no puede cambiar la naturaleza de las instituciones jurídicas; y si ya se fijó cantidad en concepto de alimentos para cubrir las voces del artículo 142 del C.Civil; sustento, habitación, vestido, asistencia médica, (medicinas), educación e instrucción del alimentista; no puede considerarse como extraordinario lo que es normal, periódico, previsible, como muchas de las medicinas que se integran en la reclamación, o muchos de los conceptos de educación que son de siempre anuales, (matrículas, libros de texto, uniformes, etc) o antes las medicinas de las enfermedades de siempre o de todos los años, (catarros, gripes, higiene, golpes o traumas, etc). No pueden, por otro lado, incluirse en la reclamación conceptos cuya justificación es un simple Tiket y no recibo o factura, pues en aquel papel (que no documento), no se indica el beneficiario ni el concepto. Finalmente, y ello es muy importante, y por ello se comparte el criterio del órgano «a quo» en que por la variedad de conceptos reclamados; distintas naturalezas, necesidad y urgencia; todos estos pagos efectuados por la madre debieron ponerse en conocimiento del Sr. Pedro Miguel en todo caso; y debió, según los casos, esperarse su consentimiento expreso o tácito; ya que lo que no es de recibo es una reclamación global mezclada de ordinarios con extraordinarios de diferente proceso de reclamación; mezclada con conceptos no debidos de origen o no justificados debidamente; y, lo peor, hay un largo periodo de tiempo que hacen que lo reclamado llegue en un 50% a la cantidad de 31.759,32 euros; es decir que se haga un gasto por extraordinario de 63.518,64 euros; pues no es lo mismo actuando con diligencia y como ejemplo reclamar 30 euros que 30.000 euros; y se insiste, mezclados, confusos, no debidos, no justificados. Procede, se reitera, confirmar la resolución apelada de 15 de noviembre de 2011.

El hecho de que la sentencia que constituye el título ejecutivo no contenga un pronunciamiento expreso sobre el pago por mitad de los gastos extraordinarios, no impide el despacho de la ejecución, pues se considera que existe un pronunciamiento implícito en el establecimiento de la pensión alimenticia.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 17 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Manzana Laguarda**

Se dice que el título ejecutivo no contiene la pretensión de condena que se pretende ejecutar, esto es el que de la mitad de los gastos extraordinarios deberán responder por iguales partes los progeni-

tores. Sin embargo esta Sala sostiene, al amparo del artículo 39-3 de la Constitución y conforme al principio rector del «interés del menor», que el hecho de que la sentencia que constituye el título ejecutivo no contenga un pronunciamiento expreso sobre el pago por mitad de los gastos extraordinarios, no impide el despacho de la ejecución, pues se considera que existe un pronunciamiento implícito en el establecimiento de la pensión alimenticia relativa a gastos ordinarios.

La cirugía para corrección de miopía y astigmatismo de la hija no puede considerarse que se trata de un gasto estético ni superfluo dado que a cierta edad, en que se estabiliza la perdida de visión, parece adecuado realizar un tratamiento quirúrgico, debiendo ser asumido el coste de la intervención por mitad por los progenitores.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 17 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Delia Muñoz Jiménez**

Se opone también la ejecutante al segundo motivo alegado en el escrito de oposición (innecesariedad de los gastos extraordinarios reclamados). No pueden tomarse en consideración aquí otros motivos que no fueron alegados en el escrito de oposición (como la falta de reclamación al progenitor, hecho que tampoco se acredita), al no poder ser introducidos alegaciones o motivos de oposición que no fueron aducidos en la primera instancia.

La necesidad del gasto es evidente por lo que se refiere al tratamiento dental practicado a la hija común Salomé, consistente en «aplicación de composite», o sea, empaste de caries, y endodoncia premolar, extracción de piezas dentales, ortopantomografía y raspado radicular, todos ellos pruebas previas o tratamientos necesarios para mantener la salud dental o de las encías, justificándose documentalmente la realización del gasto en cuantía de 1.143 euros, debiendo abonar 571,50 euros.

En lo referente a la cirugía para corrección de miopía y astigmatismo de la hija Salomé, no puede considerarse que se trata de un gasto estético ni superfluo dado que a cierta edad, en que se estabiliza la perdida de visión, parece adecuado realizar un tratamiento quirúrgico, muy extendido ya, que permita corregir el defecto visual y evitar la necesidad de emplear gafas y lentes de contacto cuya adquisición tiene también la consideración de gastos extraordinarios, debiendo ser asumido el coste de la intervención (1.680 euros) por mitad por los progenitores, dado que en realidad es un gasto que evita otros alternativos considerados extraordinarios.

Tratándose de gastos extraordinarios necesarios o convenientes para la hija común, así habrá de declararse, con estimación del recurso y revocación del auto recurrido.

No puede oponerse el padre a la reclamación efectuada por la madre, pues consta acreditado que el hijo tuvo que desplazarse a Sevilla para cursar los estudios por no poder hacerlo en San Fernando, habiendo colaborado el padre en la búsqueda de un colegio privado.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 14 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

Como paso previo es preciso indicar que en el actual procedimiento no cabe examinar si económicamente el padre puede o no atender al pago de las cantidades reclamadas, sino a ejecutar el abono de cantidades que sean procedentes de conformidad con lo ya establecido en sentencia

de divorcio previa, pues el examen de aquellas cuestiones se reservan para un procedimiento distinto, el de modificación de medidas. Entrando en el fondo del asunto planteado, se reproducen en esta alzada las mismas cuestiones que en la instancia, y así en cuanto a los gastos del hijo común, Antonio, consta a través esencialmente de las declaraciones de éste, quien lógicamente no tiene un interés especial, de una parte que el mismo no tuvo nota suficiente para realizar sus estudios en San Fernando, ni en otro colegio de la zona, por lo cual hubo de trasladarse a Sevilla donde estuvo haciendo un módulo superior de Educación Física. Este hecho, era conocido del padre, quien no planteó oposición a ello, e incluso colaboró con el hijo para buscar el colegio privado, y trasladándose a Sevilla para entregar la documentación de la matrícula a realizar, por lo cual no cabe oponer en este punto ignorancia u oposición. En cuanto al hecho de que el mismo abonaría sus gastos derivados de una indemnización que había recibido con anterioridad, no consta acreditada dicha circunstancia, aparte de que el accidente del que deriva la indemnización es claramente anterior, y el mismo hijo se compró con dicha indemnización un coche, por lo cual resulta claro que no tenía dinero para atender a sus necesidades. En relación a que el mismo durante su estancia en Sevilla viviría con una hermana de la madre quien se encargaría de su manutención, aparte de no constar acreditado, lo que aparece según las propias declaraciones del menor, es que ello no era sino para los días iniciales, hasta tanto se buscase y se consiguiese una residencia para vivir mientras durase su estancia en Sevilla, lo que así se realizó, sin que tampoco apareciese una oposición clara del padre.

En cuanto a los gastos de Jorge, en primer lugar consta que el mismo no podía estudiar la carrera elegida en Cádiz o provincia, pues aquí únicamente existía la carrera de ingeniería técnica y no la de ingeniería superior que era la que se había decidido estudiar, y si bien el padre manifestó al mismo que prefería que estudiase en Cádiz la carrera, su hijo le participó que aquí no se podía realizar la carrera por lo cual se debería trasladar a Madrid para estudiarla, sin que tampoco se manifestase oposición alguna, asumiendo la existencia de esos gastos y su obligación de abonarlos como previamente se había acordado en la sentencia previa.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No puede fijarse pensión compensatoria en favor de la esposa pues su situación de desempleo es coyuntural y además estamos en presencia de un matrimonio de escasa duración.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez**

Se articula recurso de apelación contra el pronunciamiento de instancia que deniega la fijación de una pensión compensatoria a favor de la demandada, al considerar la apelante que concurren los requisitos necesarios para la constitución de esta clase de pensión, existiendo una errónea valoración probatoria por parte del juez *a quo*.

Dispone el Art. 97 del Código Civil, en su párrafo primero que «el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una compensación…», siendo que a través de la misma lo que se pretende es equilibrar la situación económica producida con posterioridad a la interrupción de la convivencia o a la disolución del matrimonio, exigiéndose que ese empeoramiento sea consecuencia directa de la separación o del divorcio judicialmente acordados, no teniendo en sentido propio un carácter indemnizatorio

o alimenticio, sino estrictamente compensatorio o reparador, y una vez acreditado, dicho desequilibrio, su concreción estará en función de las variables, acuerdos de los cónyuges, edad y estado de salud, cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo, dedicación pasada y futura a la familia, colaboración en el trabajo del otro cónyuge, duración del matrimonio y convivencia conyugal, pérdida eventual de un derecho de pensión, caudal, medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge, y en definitiva cualquier otra circunstancia relevante.

Del citado precepto se deduce en definitiva que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio.

Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por si mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

Se quiere decir que la citada pensión está notoriamente alejada de la prestación alimenticia —que atiende al concepto de necesidad—, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la «perpetuatio» de un «modus vivendi», o a un derecho de nivelación de patrimonios.

En el caso de autos el juez *a quo*, realizando una ponderada valoración probatoria, concluye en la inexistencia de desequilibrio económico que justifique la pensión solicitada. La parte apelante discrepa de tal valoración señalando que la misma carece de ocupación laboral e ingresos, mientras que el demandado es preceptor de una pensión de invalidez; siendo ciertas tales afirmaciones debemos de tener en consideración que la situación de desempleo afirmada por la apelante es coyuntural, habiendo percibido incluso por la parte demandada una importante cantidad de dinero con la que finalizar el pago de una vivienda en Colombia, por lo que dada la escasa duración del matrimonio, la adquisición durante el mismo de una formación profesional inexistente con anterioridad, la ausencia de hijos comunes y la mejora de la situación patrimonial existente con anterioridad, demos de concluir, al igual que lo hace el juez *a quo*, en la inexistencia de los requisitos necesarios para la fijación de una pensión compensatoria en los términos interesados, debiendo de confirmarse en su integridad la resolución recurrida.

Habiendo sido declarada en rebeldía la esposa no puede atenderse a la petición efectuada en el recurso de que se fije a su favor una pensión compensatoria.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramón Romero Navarro**

En relación con la pensión compensatoria sabido es que la misma, estatuida en el Código Civil en sus artículos 97, 99, 100 y 101, carece de naturaleza alimenticia, tratándose de un simple mecanismo corrector del perjuicio económico que la separación o el divorcio puede llegar a producir en uno de los cónyuges, teniendo, por tanto, un carácter compensatorio o reparador del descenso del nivel de vida que la ruptura conyugal ocasiona en uno de los esposos en rela-

ción con el que conserve el otro y en función del que venía disfrutando anteriormente durante el matrimonio, pero, en cualquier caso, no puede olvidarse cómo para la viabilidad de la misma se exige expresa petición del litigante interesado, por cuanto que, aparte de ser renunciable, como ya indicara la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 2 de diciembre de 1987 se rige por los principios dispositivos y de rogación, no participando de la naturaleza de orden público que se predica de la pensión alimenticia, tratándose de un derecho sometido a la total autonomía de la voluntad privada.

Por ello, habiendo precluido la posibilidad de pedirlo a la parte apelante que fue declarada en rebeldía en la primera instancia, no puede legítimamente venir ahora en la apelación a solicitar un derecho que debió interesar formulando reconvención a la demanda principal en tiempo y forma. Consta que ante la falta de subsanación en tiempo y forma (por el plazo de diez días que le fue conferido) del defecto de la falta de poder al presentar la contestación a la demanda conforme establece el artículo 24 de la LEC, se dictó diligencia de ordenación con fecha 1 de diciembre de 2011 por la que, entre otras cosas, se declaraba a la demandada en situación de rebeldía procesal. Diligencia firme y precluyendo el trámite de alegaciones para la parte, que luego otorgó apoderamiento apud acta el 31 de enero de 2012, una vez había precluido el trámite de alegaciones en el que poder articular el derecho que ahora se invoca extemporáneamente.

La pensión compensatoria no puede suponer el 50% de los ingresos del cónyuge obligado a su pago.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares**

En cuanto a la pensión compensatoria, el recurrente parte en su argumentación de considerar que el Juez *a quo* ha incurrido en error al confundir la retribución bruta con la neta.

Para el cálculo de la pensión hay que partir de las retribuciones del marido, en tanto que la esposa no percibe ninguna. Los datos no son controvertidos y señalan una retribución en el año 2009 de 24.255,56 euros, que como bien señala la parte recurrente debe aminorarse con lo pagado por retenciones (3.238 euros menos 926,25 de devolución), lo que da un importe de 21.943,73 euros, tal como señala el recurrente. Para el año 2011 la retribución fue de 24.404,66 y la retención de 3.660,72, sin que se haya aportado la correspondiente declaración de IRPF, pero dado que las cifras no difieren significativamente de las del año 2009, tampoco podemos llegar a una conclusión sustancialmente distinta, coincidiendo básicamente con la que apunta el recurrente de unos 22.000 euros, de los que no cabe descontar, como hace éste, otros gastos como los de préstamos y seguros. Dividida esta cantidad por las 12 mensualidades sale una cantidad de 1.833,3 euros, que dividida por dos, por seguir el argumento del Juez *a quo*, daría una cantidad de 916,7 euros, mayor que la que señala en la sentencia pues en ella indica que ha descontado las cargas a las que debe hacer frente el matrimonio, cantidades que no deben descontarse, pues una vez establecida la pensión lo que corresponde, tal como antes se ha señalado, es que cada cónyuge asuma la mitad de esos pagos en tanto que subsistan, tal como nos ha repetido el Tribunal Supremo en su jurisprudencia.

Por otro lado lo que no cabe es partir de una atribución del 50% para cada parte, pues ello choca con la naturaleza de una pensión compensatoria, que lo único que pretende es procurar una compensación por el desequilibrio que tras la ruptura matrimonial se puede generar en uno de los cónyuges, por ello y dado que la propia parte entiende que la pensión debía establecerse en 400 euros, en el caso de atribución de la vivienda a la esposa, y en 500 en otro caso, y que lo acordado en esta sentencia se aproxima

más a esta segunda situación, en tanto que lo que se acuerda es la atribución temporal hasta la liquidación, y considerando además que en la determinación de estas cantidades la propia parte descuenta los gastos comunes, que cifra en 347,96, lo que no se hace en esta sentencia, el resultado de sumar aquella cantidad a estos gastos no difiere sustancialmente de lo fijado por el Juez *a quo* pues quedaría un 674 euros, por lo que no parece que existan razones para alterar la cantidad establecida en primera instancia.

Aunque el matrimonio solo ha durado cuatro años, se fija pensión compensatoria por un periodo de tres años al quedar acreditado que la esposa, sin estar dada de alta laboral, estuvo trabajando en los negocios del esposo.

AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Callejo Sánchez**

Teniendo en cuenta que la duración del matrimonio ha sido de cuatro años, que Beatriz tiene 37 años, las rentas que percibe el recurrente, no sólo deducidas de la declaración de la renta aportadas en el procedimiento, sino en base a los negocios que explota, en concreto un Restaurante-Pizzería, y un negocio de cría de caballos; y que del mismo modo, habida cuenta que D.ª Beatriz, durante toda la vida del matrimonio no ha estado dada de alta en el sistema de la seguridad social sin contrato laboral y que ha trabajado en los negocios del marido que se han señalado anteriormente, procede la imposición de pensión compensatoria.

En el mismo sentido D.ª Beatriz tampoco ha tenido contrato laboral desde que se celebró el matrimonio y por ello no tiene derecho a ningún tipo de pensión por desempleo, ni derecho en un futuro a pensión de jubilación por no haber cotizado durante el matrimonio.

Todo ello determina la existencia de un desequilibrio económico que se ha de compensar en la manera acordada en la sentencia, pues aquí concurre la circunstancia de que la esposa ha colaborado en la actividad mercantil del marido, y la pérdida eventual de un derecho de pensión, así como el caudal del esposo es mayor como se ha podido comprobar.

No procede la reducción de la cuantía, ni el tiempo de la pensión en base a todo ese conjunto de consideraciones, estimándose correcto el importe y tiempo fijado.

La circunstancia de que la ex esposa nunca haya estado inscrita como solicitante de empleo no es motivo para extinguir la pensión compensatoria, pues consta que se dedicó permanentemente al cuidado de sus padres.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Miguelez del Río**

El apelante Sr. José Augusto, impugna la resolución dictada en primera instancia tan solo en lo que se refiere a la no extinción de la pensión compensatoria establecida en su día a favor de la demandada o, subsidiariamente, se limite su duración a un año.

Frente a ello, la Sra. Delia se opone a lo pedido por la parte actora y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

En este sentido, conviene ya recordar que el día 12 de febrero de 2002 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Cervera de

Pisuerga donde se acordó, entre otras decisiones, el establecimiento de una pensión compensatoria con cargo a José Augusto y a favor de su esposa Delia de 300,51 euros mensuales. También consta en las actuaciones que ambas parte contrajeron matrimonio el 3 de julio de 1982, que la Sra. Delia tenía 43 años cuando se decretó la separación matrimonial, que durante la convivencia sólo se dedicó al cuidado y a la atención de su esposa e hijo, que en la actualidad tiene 54 años de edad, que carece de formación profesional y laboral para acceder a un puesto de trabajo y que, desde que contrajo matrimonio y hasta la actualidad, no ha prestado trabajo alguno remunerado.

Como reiteradamente hemos indicado en numerosas resoluciones, es doctrina judicial pacifica que las sentencias matrimoniales, por las que se rigen las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos (arts. 92 y ss. del CC), si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 del CC, es decir en los casos en los que se produjese «una alteración sustancial de circunstancias», so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica. Alteración de circunstancias que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no coyuntural o transitoria; que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas. Es por ello que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de divorcio, y esta doctrina es la seguida, entre otras muchas, por las sentencias de 14 de diciembre de 1998 de la AP de Vizcaya, 9 de marzo de 1998 de la AP de Ciudad Real, 23 de noviembre de 1998 de la AP de Zaragoza, AP Alicante de 17 de septiembre de 1998; AP Madrid 2 de octubre de 1998, AP Albacete de 20 junio 1998; AP Asturias de 14 de octubre de 1998, AP Valencia de 24 de abril de 1998.

Así las cosas, no parece que las circunstancias que concurrieron en el momento de la separación matrimonial de las partes y que motivaron el establecimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, hayan variado relevantemente ya que la Sra. Delia dejó de trabajar cuando se casó con el Sr. José Augusto para atender a su familia y sigue en estos momentos sin trabajar. Por otro lado, la demandada tiene una edad, 54 años, que va ha hacer muy difícil que pueda acceder a un puesto de trabajo remunerado y más si tenemos en cuenta que carece de la más mínima preparación y formación para el empleo. La parte recurrente sostiene que la apelada ha mantenido una actitud totalmente pasiva a la hora de buscar y adquirir independencia económica, como lo prueba el hecho de que nunca ha estado inscrita como solicitante de empleo ni utilizado ningún cursillo de formación. En este sentido, la Sala comparte la correcta argumentación de la resolución recurrida en el sentido de que, tales circunstancias, no justifican la estimación de la pretensión del actor ya que está acreditado en autos que la demandada ha venido cuidando permanentemente a sus padres mayores y, de lo actuado, no consta que haya rechazado ninguna oferta de trabajo. En último lugar, debemos indicar que tampoco consta que la situación económica y patrimonial del Sr. José Augusto haya empeorado por cuanto resulta que cuando se produjo la separación matrimonial obtenía unos ingresos económicos netos anuales de 3.191.617 pesetas y sin que se haya practicado prueba alguna capaz de demostrar que sus circunstancias económicas hayan variado, lo que se indica a los efectos del art. 217 de la LEC, tengamos en cuenta que de la prueba documental obrante resulta que el apelante viene prestando servicios

por cuenta de una empresa con una antigüedad desde el año 1975 y que, durante el año 2011, ha venido obteniendo un salario neto mensual entre 1.582 euros y 1.261 euros.

Si los cónyuges pactaron el pago de la pensión compensatoria hasta el momento en que se vendiera la vivienda familiar, las dificultades del mercado inmobiliario para la venta del inmueble no pueden llevar al Juez a fijar un plazo temporal para su extinción.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguilo Monjo**

Decide la sentencia de instancia estimar en parte la demanda interpuesta por D. Faustino, contra D.ª Noemí, cual precedentemente se avanzaba, «en el sentido indicado en el último párrafo del FD 2.º de esta resolución», lo que, de algún modo, representa una cierta heterodoxia procesal, pues el sentido del fallo de una resolución judicial o su interpretación, en ocasiones precisa ser integrado por su completa fundamentación jurídica, lo que no es idéntico a un fallo por referencia a los fundamentos de derecho que lo justifican.

Lo anterior obliga, por consiguiente, a la reproducción del párrafo último del fundamento segundo de la sentencia combatida. Textualmente dice así: «Por tanto, debe considerarse queque esta circunstancia sobrevenida relativa a la coyuntura económica y al estancamiento inmobiliario agudo, no fue tenida en cuenta en el convenio que, reitero, se pactó con una voluntad subyacente clara de vender la vivienda familiar en un plazo razonable, dotando a la pensión compensatoria del carácter provisional y temporal y no de un carácter indefinido que ahora presenta, y habida cuenta que han trascurrido más de tres años desde entonces se estima oportuno concluir que los esposos pacten antes de fin de año una rebaja de nuevo del precio para ajustarlo al mercado actual o, en su defecto, lo hagan conforme al sistema pactado para caso de desacuerdo (si sólo el esposo presenta informe de API se estará al mismo) y si a 30 de junio del año que viene no se ha producido la venta la pensión compensatoria quedará extinguida de forma automática sin necesidad de nuevo pleito».

La controversia procede del contenido de la cláusula novena del convenio regulador de modificación de medidas definitivas de divorcio, firmado entre las partes a 1 de septiembre de 2008, a cuyo tenor: «Ambos cónyuges de mutuo acuerdo acuerdan dejar sin efecto la pensión compensatoria reconocida en virtud de sentencia judicial a Doña Noemí, una vez haya sido enajenada la vivienda familiar. Entre tanto no tenga lugar dicho acontecimiento, se seguirá devengando a favor de la Sra. Noemí una pensión de 329'72 euros/mes, que será actualizada en octubre de cada año en función de las variaciones que haya experimentado el IPC, todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones contraídas por Don Faustino en el presente documento en la cláusula segunda, estos es, el abono de la totalidad de la pensión compensatoria adeudada hasta el día que se venda la mencionada vivienda y pago de una liquidación final por importe de 25.000,00 euros en el mismo momento de la venta de la vivienda familiar».

La sentencia de instancia interpreta que la voluntad de los contratantes fue inequívocamente la de establecer una pensión compensatoria temporal y hasta se vendiera el inmueble aludido, lo que no se ha conseguido, a pesar de haber estado en el mercado durante más de tres años, debido a la crisis financiera e inmobiliaria, factor que le induce a pensar que la pensión compensatoria ha pasado a tener un carácter indefinido, imponiendo a las partes pactar una rebaja en el precio de venta o acudir a su fijación a través de la mediación externa señalada en el propio convenio, fijando un plazo perentorio, tras el cual, si no se ha producido la venta se extingue automáticamente la pensión compensatoria discutida.

Entiende esta Sala que, como se razona en el recurso, la crisis financiera e inmobiliaria no representa un cambio sustancial de circunstancias

que propicie un cambio de medidas pactado, ni mucho menos la imposición de unas obligaciones a las partes por ninguna de ellas solicitada y que puede ir en contra de la autonomía de la voluntad, principio básico de la contratación, cuando lo que ahora está en juego son intereses exclusivamente privados.

Es por ello que se entiende que ninguna modificación sustancial se ha producido y que hay que estar a lo pactado en el convenio que ya introduce internamente soluciones, incluso mediatorias, para la determinación del precio de venta, al margen de las que puedan adoptar por su propia iniciativa y para solventar el conflicto que les ocupa.

Es por todo ello que se estimará el recurso de apelación interpuesto en la forma en que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución.

Que la convivencia se interrumpiera un año antes de la presentación de la demanda no es razón suficiente para denegar la pensión compensatoria, máxime cuando durante este tiempo la esposa ha venido detrayendo de la cuenta común una suma mensual con la que cubría sus necesidades.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Nuria Zamora Pérez**

La sentencia de instancia acuerda la disolución, por divorcio, del matrimonio contraído entre Doña Irene y D. Ángel Daniel. Fija a favor de la primera y con cargo a éste último una pensión compensatoria consistente en el 15% de los ingresos netos que obtenga y con un mínimo de cien euros (100 euros) mensuales, actualizables a uno de enero de cada año, con arreglo a las variaciones del IPC.

Recurrida la sentencia por D. Ángel Daniel, el único tema objeto de debate es el referido a la pensión compensatoria que ha de abonar a su exmujer.

En la resolución del recurso invertiremos el orden expositivo del escrito de apelación y así comenzando por el tercero de los motivos expuestos debemos confirmar la sentencia de instancia en cuanto a la procedencia de fijar una pensión compensatoria a favor de la apelada.

El hecho de que la convivencia marital se interrumpiera, por parte del apelante, al menos un año antes de la presentación de esta demanda, se ubica la ruptura en el año 2.010, no existiendo pruebas que nos permita remontarnos a fechas anteriores; no es razón suficiente para denegar la fijación de esa pensión. En primer lugar, no cabe apreciar que sea excesivo el periodo de tiempo transcurrido entre la ruptura de esa convivencia y la tramitación de estas actuaciones. Además y fundamentalmente, durante todo este periodo de tiempo la apelada ha venido detrayendo de la cuenta común una suma mensual de trescientos cincuenta euros (350 euros), con la que cubría sus necesidades. Cuantía de la que dispuso con la aquiescencia o consentimiento, al menos tácito, del ahora recurrente, conducta con la que implícitamente admitía el desequilibrio que la ruptura de la convivencia irrogaba a la mujer, quien tenía que hacer uso del dinero ahorrado para cubrir sus necesidades, suponiendo que esa fue una de las razones que la indujeron a no ser ella quien formulara la presente demanda de divorcio.

Conoce el tribunal la existencia de una reiterada jurisprudencia de esta Audiencia Provincial, sentencias de esta misma sección de 13 de octubre de 1993; 11 de julio de 1994; 6 de octubre de 2005; o la de la sección primera de 9 de mayo de 1995, entre otras, que deniegan el derecho a percibir pensión compensatoria cuando la separación de hecho, sin recibir cantidad alguna, es una situación mantenida y prolongada en el tiempo, por entender que entonces la persona que podía haberla solicitado autovaloraba la inexistencia de desequilibrio. No es esa la situación concurrente en el caso de autos en el que hablamos de un estado de hecho no dilatado en el tiempo y en el que tampoco la apelada permaneció sin disponer de cantidad alguna.

CUESTIONES PROCESALES

No puede admitirse como prueba documental meros «pantallazos» de páginas de redes sociales al carecer de los mínimos requisitos de autenticidad.

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Álvarez Olalla**

Contra dicha resolución, que mantiene la pensión a favor de la hija menor por un importe de 120 euros, se interpone recurso de apelación, fundado en dos motivos principales. En primer lugar se alega la carencia absoluta de recursos del padre, el cual vive en compañía de su madre y de su nueva familia, apoyando tales afirmaciones en la testifical de la guardesa de la urbanización en la que residen, y minimizando el valor probatorio del vídeo aportado por la demandada pues, según refiere el recurrente, del mismo no se desprende que el actor realice trabajo remunerado alguno a día de hoy.

En su segundo motivo, alega que la hija menor, Crescencia, ha finalizado sus estudios, pues no se halla cursando estudio universitario alguno, y se encuentra en disposición de desarrollar vida propia e independiente. Considera que tales extremos hubieran quedado acreditados de un modo más contundente en caso de haberse admitido la prueba documental propuesta y que fue inadmitida, en la que se recogía cómo la hija menor, a través de redes sociales como Facebook, manifiesta residir en Estados unidos, y que trabaja allí en un grupo educativo dedicado a la enseñanza de idiomas. Asimismo se aportaba la impresión de otra página web en la cual la hija menor se ofrecía para dar clases de idiomas. Considera el recurrente que tal prueba debería haber sido admitida y su no admisión causó indefensión por lo que solicita que la misma sea admitida en esta instancia.

La parte demandada no se persona en esta alzada ni contesta al recurso.

Respecto de la admisión de la documental solicitada, dada la índole de los documentos aportados, no procede sino confirmar la decisión adoptada por el Juzgador *a quo* en el sentido de su inadmisión. Se trata de meros «pantallazos» de páginas de redes sociales que por sí mismos nada prueban. Por un lado pues cualquiera puede haber confeccionado el documento en sí mismo, al carecer de los mínimos requisitos de autenticidad y, por otro lado, cualquiera puede acceder a esas redes sociales estableciendo un perfil con los datos de la hija menor, atribuyéndole un status que no necesariamente le corresponde. Es por ello que la prueba cuya admisión se solicita incurre de plano en la causa de inadmisión establecida en el art. 283.2 LEC en virtud de la cual no se admitirán aquellas pruebas que en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

Fallecida la madre y estando debidamente atendido el hijo por quien fue pareja de la madre y por los abuelos maternos, no puede por vía del art. 158 del CC adoptarse una decisión tan trascendente, como es la solicitada por el padre biológico quien pide que se le reintegre al menor al ser el único titular de la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

Las acciones sobre estado civil son de carácter y naturaleza personalísima, por lo que en el proceso judicial no pueden intervenir terceros ni tampoco puede operar la sustitución procesal.

No es de aplicación a los procesos de familia la previsión del artículo 16 de la LEC, por cuanto el objeto del litigio, la declaración de divorcio, y los efectos que se derivan de la misma son de carácter personalísimo. En consecuencia con lo anterior, acreditado el fallecimiento de la demandada procede tener por finalizada la causa por falta de objeto, declarar la firmeza de la sentencia de primera instancia y sobreseer el rollo de apelación, con devolución de los autos principales al juzgado de origen.

Sentado lo anterior, no es procedente acordar la personación del señor Sebastián, pareja de hecho, ni tampoco de los padres de la difunta puesto que, en primer lugar, carecen de legitimación para intervenir en este proceso, aun cuando los escritos han de admitirse y quedarán unidos, por cuanto comunican el fallecimiento y otras circunstancias relevantes.

La representación del actor y recurrente solicita que se adopten medidas urgentes para que sea reintegrado de inmediato el menor a su padre, único titular de la potestad, y que se acuerden las medidas para que cese la retención que *contra legem* está realizando quien fuera pareja de la madre en los últimos años. En sentido contrario se manifiesta éste y los abuelos maternos del menor. La cuestión excede notoriamente de lo que es la competencia de este tribunal de apelación, y guarda una conexión con el pleito principal que solo es aparente.

El artículo 158 del Código Civil en la redacción que dio al mismo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor, y en el mismo sentido los artículos 211-6 y 236-3 del CCCat establecen que la autoridad judicial puede adoptar en cualquier tipo de procedimiento las medidas de protección de un menor que considere necesarias para apartarlo de cualquier situación de riesgo. En base a este precepto este tribunal tendría competencia para resolver una situación de urgencia, mientras se incoa el proceso ordinario en el que se pueda realizar el enjuiciamiento, o la actuación de la Entidad Pública si el menor estuviese en situación que justificase declarar su desamparo.

Mas del análisis de lo actuado en el caso de autos no concurren circunstancias que pongan en riesgo al menor ni resulta justificado que se adopten medidas urgentes sin que se realice una actividad enjuiciadora adecuada, la cual debe ser realizada en la primera instancia (puesto que de lo contrario la función de la apelación quedaría sin contenido). Adoptar una medida forzosa para el menor, padeciendo el mismo la dolorosa situación de la reciente muerte de su madre con la que estaba tan unido que incluso patológicamente, como pudo comprobar este tribunal, se negaba a cumplir el régimen de visitas con el padre (lo que constituía el objeto de la apelación), implicaría con toda seguridad un trauma de imprevisibles consecuencias en la estabilidad de quien todavía es un niño. Por otra parte, éste se encuentra protegido y amparado por los abuelos maternos, que dan cobijo a la última pareja de la madre y se han volcado en dar soporte a la pretensión de éste, por lo que existe de facto una guarda de hecho que, si bien no puede convertirse en definitiva por cuanto el padre es el titular de la potestad y no se le ha privado de ella, e incluso por tal título tiene la obligación de velar por los intereses de su hijo, tanto emocionales como materiales (puesto que el menores acreedor de derechos pasivos y hereditarios que es preciso proteger).

La estabilidad del menor en este momento del duelo es lo prioritario y el amparo que le prestan sus abuelos maternos es suficiente motivo para que no se considere necesaria una actuación coactiva de carácter urgente.

En consecuencia con lo anterior, procede sobreseer la presente apelación, sin adoptar medidas en relación con el menor, sin perjuicio de las acciones que correspondan para que, tras las alegaciones de las partes y de los interesados y la intervención del Ministerio Fiscal, puedan ser adoptadas las medidas que mejor protejan el interés del menor.

No se admite a trámite la solicitud de jurisdicción voluntaria para conseguir la autorización del cambio de residencia de la madre e hijos, dado que se trata de una cuestión que debe resolverse en un procedimiento de modificación de medidas, pues afectará a las medidas que se acordaron en el divorcio.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Margarita Blasa Noblejas Negrillo**

Traen causa las presentes actuaciones del escrito presentado por la Sra. Raimunda por el que se promueve expediente de jurisdicción voluntaria para que de conformidad con lo previsto en el art. 236.13.1 CCC, se le atribuya la facultad de decidir por existir desacuerdo ocasional (cambio de colegio y de residencia) entre los progenitores de los menores Berta y Alexandre en el ejercicio de la potestad parental. El auto recurrido inadmite a trámite por tratarse de medidas personales que se deberán acordar en el procedimiento adecuado, siendo de aplicación el art. 237.7 CCC en relación con el 233.4.y 233.9, ello sin perjuicio de que la parte inste procedimiento de modificación de efectos de sentencia, al haber recaído la de divorcio entre las partes en el mismo Juzgado. Contra dicha resolución se alza la instante alegando infracción del art. 236.11.6 en relación con el 236.13.1 CCC.

El Capítulo III CCCat, sobre los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, establece el art. 233-7 CCC que las medidas ordenadas en un proceso matrimonial, como es el caso, pueden modificarse mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes al momento de dictarlas. En el Capítulo VI, sobre responsabilidad parental, el art. 236-11.6 establece que en caso de vida separada de los progenitores, que el progenitor que ejerce la potestad parental necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual… Y el art. 236-13, que en caso de desacuerdo ocasional en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los progenitores, debe atribuir la facultad de decidir a uno de ellos.

En nuestro caso el padre negó expresamente el consentimiento q que la madre marchara con los niños de Barcelona a San Carlos de la Rápita (Tarragona) por motivos laborales. Pues bien, teniendo en cuenta que las medidas con respecto a los mismos se adoptaron en la sentencia de divorcio; resultando que el cambio residencial que se pretende necesariamente les afecta de manera sustancial, fundamentalmente al régimen de visitas, incluso a la pensión alimenticia, entendemos que la vía adecuada para proceder a resolver la cuestión no es sino la establecida en el art. 233-7 CCC, tal y como establece la resolución recurrida, por lo cual sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar el recurso que se examina.

Aunque el actor en su demanda solicitó que no se fijase pensión compensatoria, la falta de reconvención expresa impide que pueda fijarse una pensión compensatoria a la demandada.

AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fulgencio Velázquez de Castro Puerta**

El examen del primero de los motivos del recurso, antes referenciado de carácter adjetivo, exige efectuar algunas puntualizaciones preliminares, habida cuenta la redacción actual de los artículos 770.2 b, tras la Ley 15/2. 0005, y 406.3 de la L.E.C., siendo estas las siguientes: en primer

lugar, que la reconvención, en los casos que proceda en los procesos matrimoniales (es decir, respecto de aquellas medidas sobre las que el tribunal no puede pronunciarse de oficio, según el art. 770.2.ª de la LEC), tiene que plantearse en la forma legalmente requerida siendo en otro caso inadmisible (como claramente se infiere de la misma rúbrica del art. 406 con relación a la reconvención implícita). En segundo lugar, que, en este caso, el reconocimiento de pensión compensatoria es una medida sobre las que el tribunal puede pronunciarse de oficio, que son generalmente las relativas generalmente a los menores, respecto de las cuales el interés público es predominante. En tercer lugar, que la falta de planteamiento de la reconvención en forma es un defecto insubsanable al ser de indeclinable cumplimiento en tiempo oportuno, pues la subsanación implicaría el otorgamiento de un nuevo plazo para formular adecuadamente un acto sujeto a preclusión y ya precluido.

En base a ello, este Tribunal ha señalado que no cabe reconocer pensión compensatoria cuando no se ha solicitado por la demandada mediante reconvención. Así en la sentencia de 13 de Abril de 2.008 (Ponente Sr. Ignacio Escribano Cobo) textualmente se señala: «Para una adecuada resolución del presente recurso de apelación ha de tenerse en consideración que en lo que se refiere a la pensión compensatoria regulada en los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil, el principio de oficialidad no rige con respecto a la misma, al ser esta materia regida por normas dispositivas en cuanto atienden exclusivamente el interés particular (sentencias del Tribunal Supremo de 2 Dic. 1987, 6 Mar. 1995, entre otras). Por otra parte la vigente L.E.C. en su art. 406 prohíbe la reconvención implícita, por lo que la parte demandada aquí apelante debió formular reconvención en la forma prevista en aquel precepto en relación a lo dispuesto en el articulo 399 para formular la demanda, en orden a solicitar la pensión compensatoria, al no ser admisible la reconvención implícita, y tratarse de una materia sometida a la libre disposición de las partes, y como no lo hiciera en la forma indicada, procede desestimar el presente recurso ante la plena corrección de lo razonado al efecto en la sentencia recurrida en adecuada interpretación del articulo 770/2.ª LEC, el que obliga a formular mediante reconvención expresa, arreglada a aquellas previsiones procesales, su pretensión de solicitud de establecimiento de pensión compensatoria, lo que no fue cumplido por la parte apelante»; criterio que por lo demás es asumido y compartido unánimemente por la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (Sección X de Valencia 11.6.2012, Sección XII de Barcelona 12.07.12, entre otras muchas).

Sentado lo anterior, el caso a enjuiciar presenta como singularidades que, aunque la demandada no formuló reconvención expresa (hecho incontrovertido y asumido), en su contestación sí solicitó en el suplico el reconocimiento de la misma, en los términos y cuantía que especificaba, y que el actor tanto en el hecho sexto de la demanda como en el suplico señalaba que se declarase que no procedía la imposición de pensión compensatoria, es decir, que había incluido dicho objeto en el proceso lo que supuso que no hubiese restricciones probatorias en el curso del proceso.

Sin embargo, esas circunstancias fácticas no pueden erigirse en un argumento que justifique que no se apliquen con rigor y tajantemente las precitadas normas, tal y como invoca el recurrente siguiendo y ello pese al parecer de algún sector de la doctrina científica, no sólo porque una interpretación literal y sistemática de los preceptos referidos no admite otra posibilidad sino porque el mero hecho de que se mencione eventualmente el derecho en la demanda, si bien con el objeto de negar su existencia, sólo puede tener la consideración de una pretensión negativa, cuál una acción negatoria de derechos, pero sin que ello signifique ni posibilite que la oposición al mismo en la contestación conlleve la posibilidad de tener por articulado una reclamación positiva del derecho válida que permita su fijación cuando no se ha articulado una reconvención expresa, tal y como exige inequívocamente la L.E.C.

Si el hijo mayor dejó de convivir con la madre durante dos años, aunque ahora haya vuelto al domicilio, la madre carece de legitimación para reclamar al padre una pensión alimenticia en un procedimiento de modificación de medidas.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Salvador Carabias Gracia**

En proceso de modificación de medidas definitivas adoptadas en el curso de crisis matrimonial, la madre de uno de los hijos mayores de edad demanda al padre del joven en reclamación de que se le fije una pensión de alimentos estimando que tiene legitimación activa para reclamar en nombre de su hijo el cual comparece como coadyuvante con la madre. La sentencia de instancia estima que dicha actora no tiene legitimación activa y sin entrar a conocer del fondo del asunto absuelve al padre demandado por lo que por la reclamante se formula recurso de apelación al que se opone la parte contraria. Basa la recurrente su queja en que no se ha tenido en cuenta la tesis jurisprudencial acerca de que el progenitor que tiene al hijo mayor de edad conviviendo con el mismo y a su costa está legitimado para reclamar pensión de alimentos al otro progenitor en representación de ese hijo.

El artículo 93 del Código Civil, tras su reforma por la Ley 11/1990, contempla, en su párrafo segundo, la posibilidad de que, en los procedimientos matrimoniales y a petición de parte, el Juez fije alimentos en favor de los hijos que, habiendo alcanzado la mayoría de edad, permanezcan conviviendo con uno de sus progenitores, en dependencia económica de los mismos. En este sentido se pronunció la STS de 24 de abril de 2000 y ha sido seguida dicha tesis por las Audiencia Provinciales entre ellas la de Salamanca de 29 de mayo de 2009 o el Auto de 15 de marzo de 2010 y mas recientemente la SAP de Barcelona, sección 12, de 15 de febrero de 2012 y 11 de noviembre de 2011 de la sección 29 de la AP de Madrid. La sentencia impugnada del Juzgado de familia salmantino aplica dicha doctrina pero estima que el hijo Ceferino no tiene una verdadera convivencia con su madre la reclamante y por ello desestima la demanda. Como dice la sentencia del T.S. antes calendada de 24-4-2000, es imprescindible para la legitimación del progenitor que representa a su hijo mayor de edad en la demanda de petición de alimentos que exista una convivencia efectiva y real y por convivencia no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. Y es el caso de que el hijo Ceferino ha buscado refugio en su madre tras un periodo de unos dos años en que dejó de convivir con ella debido a su carácter rebelde y violento que le ha llevado a estar internado en el centro de menores Zambrana y posteriormente en otro llamado Los Manzanos e incluso a ser denunciado por su madre por agresión. Y ese refugio no es para someterse a las normas de convivencia que imponga la madre a los que con ella residen administrando los recursos económicos de que disponga sino porque la convivencia con su padre ha resultado imposible por el carácter agresivo y violento del entonces menor al punto de denunciar a su padre por agresión (cuyo asunto al tiempo de resolverse este recurso ha sido sobreseído y archivado) que al parecer pretende se le financie por sus progenitores su medio de vida hasta el punto de que ha pedido que la pensión que cuando vivía con su padre le era abonada por su madre le sea abonada en metálico pero sin que la administre su padre como antes ocurría habiendo renunciado, también, ante Notario, al uso de la vivienda sita en la calle (…) de Santa Marta de Tormes que luego le fue adjudicada a la madre en la liquidación de la sociedad de gananciales. En la demanda se dice que la madre acoge al hijo ante el abandono del mismo por su padre incapaz de encauzar al hijo hacia una vida normalizada y reanuda el contacto con el mismo por lo que no ha existido una situación

de convivencia ininterrumpida que exige la norma citada sino más bien la conveniencia del hijo para así tener donde refugiarse sin sometimiento a la convivencia con su madre ni a las normas que ésta imponga en su casa por lo que la convivencia familiar que exige la STS referida no queda demostrada como tampoco su apego al estudio pues como aparece en los boletines de notas se dice que necesita esforzarse mas. En definitiva, la prueba llevada a cabo no permite deducir con claridad meridiana que exista esa convivencia familiar y dependencia económica del hijo hacia la madre que ha de existir para que ésta tenga legitimación para reclamar en nombre del hijo mayor de edad el cual tiene abierta la puerta a la reclamación de alimentos hacia su padre de forma directa conforme a las normas procesales.

Se declara procedente la solicitud de diligencias preliminares para conocer las calificaciones que han obtenido los hijos a efectos de interponer en su caso una demanda de modificación de medidas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se ordene la práctica de las diligencias preliminares interesadas, excusándosele de prestar caución y en caso de no accederse a la solicitud que la caución sea mínima y nunca superior a 20 euros toda vez que la información que por esta vía se solicita lo es por conducirse con prudencia antes de formular una de demanda de modificación de medidas y alega entre otras razones que la denegación no consta debidamente motivada y señala que el padre paga rigurosamente las pensiones de sus hijos, mayores de edad todos ellos, pero no obtiene información alguna de los resultados de los estudios que supuestamente cursan, significando que desde que se tramitó el divorcio ni la esposa ni los hijos desean mantener contacto alguno con el padre.

Se solicitan en esta alzada las diligencias preliminares relativas al requerimiento a practicar para obtener información sobre los resultados de calificaciones estudiantiles definitivas de los hijos a los fines de preparar posible modificación de medidas, manteniendo o suprimiendo las medidas de las pensiones de alimentos y del uso de la vivienda familiar.

Al igual que sucedía en la ALEC de 1881 el nuevo texto legal recoge dentro del capítulo dedicado a las diligencias preliminares aquellas actuaciones judiciales previas a la interposición de la demanda que tiene como finalidad aportar al demandante elementos de conocimiento que le permitan preparar el juicio; no deben confundirse con las medidas cautelares aunque en su tratamiento procesal en la nueva ley se observan muchas coincidencias.

La regulación actual es más completa y contiene más amplios supuestos que la anterior regulación.

Y es precisamente, que el número 2 del anterior artículo —objeto de aplicación al caso de autos en su trasunto actual— circunscribía la exhibición de cosas a los muebles que habían de ser objeto de una acción real o mixta que se trataba de entablar contra quien tuviera la cosa en su poder, en tanto en cuanto, la vigente regulación no limita la naturaleza de las acciones que quieran interponerse siempre que sean referidas al juicio que pretende formularse. Esta redacción más amplia permite incluir en este párrafo segundo el supuesto fáctico previsto en estas actuaciones en las que el solicitante tiene interés legítimo en obtener información sobre la actividad académica de los hijos beneficiarios de las pensiones de alimentos, cuyas razones explica fundadamente en el escrito rector del procedimiento.

En cuanto al procedimiento para solicitar estas diligencias la antigua ley no establecía ningún tipo de formalidad para su solicitud, y en la nueva ley procesal se establece como princi-

pal novedad que el solicitante debe ofrecer caución para responder de los gastos que genere la práctica de las diligencias y los posibles daños y perjuicios que se puedan causar a la parte frente a la que se realizan la petición de diligencias; Cumpliendo tales previsiones, si bien se pide excusa de prestar la caución se termina por ofrecer una mínima cantidad y como quiera que se precisa que en la solicitud hayan de expresarse los fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar, el peticionario explica y argumenta los motivos que determinan la necesidad de obtener aquella información sobre los estudios de los hijos comunes —dada la falta de relación con la madre e hijos de cuya trayectoria académica desconoce todos los datos, según argumenta— y ello, en su estrecha relación con la eventual demanda de modificación de medidas que le interesa presentar, a riesgo, en caso contrario, de formular una temeraria petición abocada a las consecuencias procesales que en régimen de imposición de costas contempla el artículo 394 de la LEC, asentado sobre el principio de vencimiento objetivo.

Y en este sentido y como consecuencia de ellos respecto del trámite de admisión de las diligencias lo que debe examinarse es si concurren esos dos requisitos: la justa causa y el interés legítimo, extremos ambos que la Sala entidad concurren plenamente por lo que con estimación del recurso planteado procede revocar el auto recurrido disponiendo y declarando que procede admitir a trámite la solicitud presentada en nombre de Joaquín de practicar diligencias preliminares conforme a la normativa procesal establecida en la ley.

Se estima la prejudicialidad penal, dado que se encuentran en trámite unas diligencias previas que pueden tener consecuencias en orden a la validez del matrimonio cuya disolución por divorcio se ha solicitado.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 20 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª José Pérez Tormo**

Recurre el Sr. David la resolución de primera instancia que ha estimado la existencia de prejudicialidad penal y ha acordado la suspensión del curso de los autos antes de dictar sentencia de divorcio, al no constar la certeza de la validez del matrimonio pues consta en el certificado de matrimonio de las partes que dicho matrimonio es objeto de revisión en virtud de lo acordado en el expediente gubernativo 2/2010 y asimismo, está siendo investigado en diligencias previas 963/2009 del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Rubí.

Solicita el actor en su recurso que se declare el divorcio, única petición de ambas partes, pues alega que en caso de declararse la nulidad del matrimonio si prosperara el proceso penal referido, tal resolución no sería incompatible con el divorcio decretado, pues no hay incompatibilidad entre ambos pronunciamientos.

Para la resolución del debate planteado, esto es, determinar si concurren las causas previstas en el artículo 40 de la LEC para decretar la prejudicialidad penal, hay que partir de cuál sea el objeto del proceso, y analizar en qué medida lo que constituye la razón de ser de la presente litis, pueda estar condicionada por lo que se decida en la jurisdicción penal y ello porque de conformidad con lo que resulta del precepto citado, para que proceda la admisión de la prejudicialidad penal, se precisan la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil y, b) que la decisión del tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil.

En esta materia de prejudicialidad penal, la regla general sentada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, es la de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que adecuada-

mente fundamentan las pretensiones de las partes y, ocurra, además, que la sentencia que haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal, así, advierte la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, hace falta algo más que una querella admitida o una denuncia no archivada para que la prejudicialidad penal incida en el proceso civil.

En el supuesto de autos, lo que se postula por la parte recurrente en el escrito inicial del proceso, es la disolución por divorcio de su matrimonio celebrado con la demandada, petición que asimismo solicitó la Sra. Florencia. Y es precisamente la validez de dicho matrimonio lo que se cuestiona en el expediente gubernativo y la falsedad que implicaría, su anotación en el Registro Civil, de manera que de conformidad con el criterio de la Juzgadora «a quo» que esta Sala comparte, suscribe y hace en la presente propio, existe una íntima conexión entre los objetos de ambos procedimientos civil y penal, seguidos entre las partes, que determina la necesidad de esperar a que se decida el proceso penal incoado, puesto que lo que en este se resuelva ha de tener indudable repercusión en la decisión que se adopte en el de divorcio, que no puede continuar en tanto no se resuelva la causa criminal incoada.

Concurren en consecuencia cuantos requisitos legalmente se exigen para suspender este procedimiento por prejudicialidad penal, lo que conduce a la confirmación del auto apelado, con la consiguiente desestimación del recurso frente al mismo deducido.

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.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Núñez**

La demandante Doña Irene, a fin de que se agregue a la pensión alimenticia de 180,00 euros mensuales reconocida a su favor y a cargo de su padre, el demandado Don Daniel, la atribución del uso de la que fuera vivienda del grupo familiar constante matrimonio, que ocupa actualmente la progenitora, teniendo a la demandante en su compañía. Por su parte, Don Daniel sin discutir la situación tutelable de la hija cuestiona el señalamiento económico al carecer actualmente de medios para hacerlo efectivo, pues se halla ingresado en un Centro Residencial por el que satisface el 75% de sus haberes, que ascienden a 513,78 euros al mes, de modo que únicamente dispone del resto de 131,61 euros, que no le alcanzan para satisfacer la deuda, sin perjuicio de lo que resulte una vez se liquide el patrimonio ganancial y de las obligaciones que puedan activarse por parte de la hija no sólo respecto de su padre, sino también en relación con la madre.

El atento y detenido examen de las actuaciones muestra la inconsistencia del recurso promovido por la alimentista Doña Irene, del mismo modo que el fundamento parcial de la apelación del alimentante Sr. Daniel.

Como acertadamente señala el jugador de instancia, la atribución del uso de la vivienda familiar que contempla el artículo 96 del Código Civil constituye instituto propio y específico de la regulación de las crisis matrimoniales, en el marco de los procedimientos de separación y divorcio seguidos entre consortes, para la disciplina de sus futuras relaciones, entre sí y en su caso, para con los hijos. La reclamación de alimentos que aquí se produce por parte de Doña Irene, nacida el (…) de 1974, tiene lugar fuera del estatuto de la separación de sus padres, articulado en sentencia de 5 de enero de 1995, con modificación de algunas de sus medidas por otra de 2 de junio de 1998; y se dirige únicamente contra el progenitor Don Daniel en orden a obtener en forma de pensión el auxilio que en concepto de alimentos establece el artículo 142, inciso primero, del Código Civil, de modo que la petición «complementaria» en que ahora se insiste resulta infundada, máxime si se toma en consideración que la vivienda familiar

forma parte del acervo ganancial inventariado (Vid. sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º Tres de Cádiz, de fecha 5 de mayo de 2009), pendiente de liquidación y adjudicación entre sus miembros, que empaña a todas luces la solicitud de que tratamos.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Para la normalización del régimen de visitas se acuerda que el grupo familiar se someta a la intervención del Centro de Atención a la Infancia, habida cuenta de la predisposición de los progenitores hacia dicha intervención.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 25 de Noviembre de 2011 en los autos 783/10 del Juzgado de 1.ª Instancia 24, y también en el acto de la vista, reitera la solicitud sobre denegación de la normalización del régimen de visitas, dado que las actuales circunstancias impiden llevar a efecto el régimen de visitas establecido en el auto apelado.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso, y en el acto de la vista, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

Es lo cierto que en su momento se practicó la exploración de la menor, con el resultado que obra en el acta levantada el día 3 de julio de 2012, advirtiendo la misma que no quiere contactos con su padre, ni comunicación con el mismo, aun reconociendo que mantiene breves contactos telefónicos. Advierte dicha menor que prefiere seguir como hasta ahora.

Por su parte, en la diligencia de audiencia de los progenitores celebrada en el acto de la vista que ha tenido lugar en esta alzada, ciertamente el demandado hoy apelado reconoce la falta de comunicación con la hija desde hace ya mucho tiempo, si bien tanto este último, como la madre, están en predisposición y con voluntad de mantener el régimen de visitas establecido en el auto apelado, siendo así que ambos progenitores ofrecen, en compañía de la hija, someterse a la intervención del Centro de Atención a la Infancia, en orden al estudio de la problemática del grupo familiar, en orden a la reanudación de las visitas acordadas en el auto apelado, una vez que se examinen las incidencias de orden psicológico, personal o familiar que puedan concurrir tanto en los progenitores y en la hija menor.

Por ello, se está en el caso de, confirmando el auto apelado, instar la intervención de dicha institución en orden a superar las dificultades que actualmente existen para llevar a efectos el régimen de visitas establecido en el auto apelado, y visto además el informe pericial psicosocial emitido con fecha de 24 de octubre de 2011, que ha recomendado la normalización del régimen de visitas.

Se estima la caducidad de la acción dado que ha transcurrido el plazo legal y por tanto no puede ejecutarse el pacto en virtud del cual se acordó la venta de la vivienda.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de Doña Marcelina se alzó contra la resolución de instancia reclamando su modificación y una vez verificado la fecha en que adquirió firmeza la sentencia que se intenta

ejecutar dar curso a la ejecución solicitada y sin condena en costas.

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva interpuesta por la representación de Doña Marcelina el 6 de Marzo de 2012 reclamando que se proceda a la ejecución de la sentencia de fecha 23 de Febrero de 2007. Dicha demanda está basada en la anterior resolución que aprueba el Convenio de 23 de Septiembre de 2006, en cuya cláusula séptima se establece que los litigantes han decidido poner a la venta el inmueble sito en Madrid, tasándolo en 240.000 euros y que el mismo será vendido antes del plazo de seis meses desde la firma del presente convenio y una vez liquidado el préstamo hipotecario que grava la finca el sobrante será repartido al 50% por ambos cónyuges. Ante dicha demanda recayó auto de 8 de Marzo de 2012 que denegó el despacho de ejecución en base a la caducidad de la acción ejecutiva, el cual fue confirmado por el auto de 26 de Marzo de 2012.

La decisión de la Juzgadora de instancia en ajustada a Derecho dado el tiempo transcurrido desde la sentencia dictada hasta que se presenta la demanda ejecutiva y lo dispuesto en el artículo 518 de la L.E.C.

Las alegaciones esgrimidas por la parte apelante no pueden ser acogidas dado el artículo 777-8 párrafo segundo de la L.E.C., el carácter dispositivo de la estipulación que se pretendía ejecutar y que la firmeza de una sentencia no requiere una resolución judicial que la declara, sino que se produce cuando se cumplen los requisitos legales. A mayor abundamiento no se concreta, ni en el recurso de apelación ni en el de reposición, cuando se produjo la notificación de la sentencia, señalándose en éste que fue notificada varios días después, lo que contradice lo afirmado en la demanda ejecutiva consistente en que fue notificada el 23 de Febrero de 2007, en cuyo caso habría transcurrido el plazo de 5 días para la preparación del recurso de apelación antes del 6 de Marzo.

Si existe discrepancia entre las partes respecto a la propiedad del dinero existente en las cuentas comunes no puede estimarse la acción de división de cosa común que se acumuló al proceso de divorcio, debiendo las partes acudir al procedimiento declarativo para dilucidar sus pretensiones respecto a la titularidad y reparto de las cuentas y productos financieros.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La cuestión suscitada tiene su origen en los autos de ejecución 286/08 seguidos en el mismo órgano jurisdiccional de primera instancia. Estos autos se iniciaron con demanda ejecutiva interpuesta por la representación del ahora también ejecutante Don Hipólito fechada el 28 de Abril de 2008 que tenía como título ejecutivo la sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 19 de Abril de 2007, aclarada mediante auto de 14 de Mayo de 2007, pidiendo la cantidad de 110.897,41 euros de principal y la consignación de otros 3.000 euros para intereses gastos y costas de ejecución sin perjuicio de ulterior liquidación. Así pues a pesar de que los intereses moratorios estaban vencidos no los contempló la demanda ejecutiva tal como señala el auto de esta Sección de fecha 20 de Marzo de 2009 y en la demanda tampoco se fijaron las bases para su determinación, ni se hizo reserva sobre los mismos. Como no podría ser de otro modo dado los principios de rogación y dispositivo imperantes en el proceso civil de ejecución, ni el auto despachado ejecución de 4 de Diciembre de 2008, ni el auto resolviendo la oposición de 12 de Febrero de 2009 estableció intereses moratorios a cargo de Doña Soledad. Es posteriormente al auto resolviendo la oposición y a raíz de una providencia de 13 de Febrero de 2009 en la que se requería a la ejecutante a fin de que presente tasación de costas y liquidación de intereses de la ejecución cuando la parte ejecutante reclama los intereses moratorios en escrito fechado el 20

de Febrero de 2009, lo cual tuvo en cuanto a estos intereses una respuesta negativa en elauto de 20 de Marzo de 2009 que fue confirmado por el auto de esta Sección ya citado de 28 de Septiembre de 2010.

La parte ejecutante tal como prevé el artículo 575 de la L.E.C. pudo y debió haber pedido los intereses moratorios en la demanda ejecutiva que originó los autos 268/08 y al no haberlos reclamado en el momento oportuno en dicho proceso no puede por preclusión reclamarlos en una nueva demanda ejecutiva. Por ello procede estimar el recurso de apelación y dejar sin efecto la ejecución que acuerda el auto recurrido.

La diferencia que han merecido los intereses de ejecución y los moratorios en el caso enjuiciado está plenamente justificada, los primeros se reclamaron en la demanda ejecutiva tantas veces citada de 28 de Abril de 2008 y se contemplaron en el auto despachando ejecución y el auto que resolvió la oposición a la ejecución que originó dicha demanda, los segundos no se reclamaron a pesar de estar vencidos en la demanda citada, ni se contemplaron en las resoluciones citadas.

Atribuida la decisión sobre la elección del centro escolar al padre, habiendo optado este por matricular a la menor en un centro de enseñanza privada, a pesar de la oposición de la madre, no puede deducir de la pensión el importe de los honorarios de dicho centro, sin perjuicio de que inste el correspondiente procedimiento de modificación de medidas para adaptar las medidas a la nueva situación, pues el padre debió partir del mismo presupuesto anterior, esto es, la enseñanza pública.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

La resolución que es objeto de recurso por la parte ejecutante, que con ella ha visto desestimada su demanda ejecutiva, ha acogido la oposición a la ejecución despachada al apreciar que los pagos directos que el actor ha realizado de las cuotas del colegio de la hija mayor han de ser descontadas de la contribución paterna a los alimentos de la referida hija.

La representación de la recurrente solicita la revocación del auto que desestimó, en definitiva, su demanda ejecutiva y que se declare improcedente el levantamiento de las medidas que se acordaron en el auto inicial despachando ejecución, de 25.10.2010.

La parte ejecutada se opone al recurso. Sostiene que al haberse atribuido a su representado la facultad de elegir colegio y, ante la negativa de la madre a pagar las cuotas del mismo, se ha visto obligado a atender los pagos de las mismas directamente, por lo que entiende que está justificada la detracción del importe de las mismas del monto total de los alimentos que venía obligado a pasar a la madre de sus hijos.

Para la resolución de esta controversia se ha de partir de considerar que el régimen de la ejecución de sentencias de pago de deudas dinerarias liquidas vencidas y exigibles de la LEC se desarrolla sobre el principio de la responsabilidad del deudor que no da cumplimiento exacto y puntual a sus obligaciones, y genera con ello el perjuicio a la parte ejecutante de verse compelida a impetrar el auxilio de los tribunales, con los consiguientes perjuicios derivados de tener que proveerse necesariamente de letrado y procurador, indagar bienes y, especialmente, sufrir la incertidumbre derivada del incumplimiento. Aun cuando únicamente el incumplimiento sea parcial y tenga su base en una interpretación del título ejecutivo a la luz de nuevas circunstancias sobrevenidas, el rigor de la norma es el mismo, puesto que las obligaciones dimanantes de las sentencias se han de cumplir en sus propios términos.

La parte apelada, en tanto no se modifique el tenor de la obligación por resolución judicial dictada en el proceso declarativo correspondiente viene obligada a pagar la pensión fijada por

sentencia firme dentro de los cinco primeros días de cada mes, y por mensualidades anticipadas, además de cumplir con la obligación accesoria de actualizar la cuantía.

El pago de la deuda es la única causa extintiva de la obligación prevista legalmente, y motivo de oposición a la misma, como establece el artículo 556.1 de la LEC, pero no cualquier pago, sino el que reúna las condiciones legales. El artículo 1.157 del Código Civil, establece el principio de integridad del pago, en el sentido de que no se entenderá pagada una deuda, sino cuando completamente se hubiese satisfecho la obligación, circunstancia que no concurre en el caso de autos, puesto que al formularse la oposición se alega que, de forma inapropiada, se ha procedido a compensar unilateralmente lo que la parte obligada al pago ha considerado oportuno, prescindiendo absolutamente de someter su discrepancia a la autoridad judicial.

El hecho de que la discrepancia en el ejercicio de la potestad parental haya sido resuelto por resolución judicial firme en el sentido de atribuir al padre el derecho de elegir centro escolar, no puede extenderse hasta el extremo que tal decisión conlleva la autorización a descontar del importe de la contribución alimenticia que viene establecida las cuotas del colegio elegido.

El ejecutado ha dispuesto en todo momento de la posibilidad de solicitar del tribunal la modificación de las medidas por los cauces legales apropiados que, desde luego, no es el de la oposición a la ejecución de la sentencia.

Es cierto que la jurisprudencia ha considerado de forma excepcional que debía aplicarse la doctrina de la buena fe y del enriquecimiento injusto, ex artículo 7 del Código Civil, para evitar el resultado injusto y antijurídico que en ocasiones se puede derivar del rigor de los principios que regulan la ejecución de las sentencias. Mas tal no el caso de autos, puesto que al establecerse la obligación de contribuir con 1.000 euros por cada hijo a los alimentos de éstos, se partía de la circunstancia de que los tres cursaban sus estudios en centros de enseñanza públicos y gratuitos.

Al ser atribuida al padre la facultad de elección de centro para la hija mayor se debía de partir del mismo presupuesto, es decir, de la gratuidad del proceso formativo. Al haber optado, en ejercicio del derecho que le fue concedido, a matricularla en un centro privado sin procurar un acuerdo con la madre en orden a la forma de sufragar el sobre coste que de ello se derivaba (pudo plantearle en el proceso de controversia y no lo hizo), debe soportar el gasto íntegramente, en tanto que pueda ser sometida a enjuiciamiento la cuestión en el proceso correspondiente de modificación de medidas, pero no por la vía escogida de la ejecución de sentencia.

El pacto de cesión de la mitad de la vivienda para el pago de las pensiones alimenticias futuras solo tiene el efecto de compensar las devengadas hasta la fecha en que se otorgó el acta de cesión, pero no respecto a las posteriores, dado que igualmente se pactó que la esposa se haría cargo de los vencimientos del préstamo hipotecario.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª José Pérez Tormo**

Recurre la Sra. Sabina el Auto de 1.ª Instancia que ha estimado en parte la oposición formulada por el ejecutado contra el despacho de ejecución de la cantidad que ella reclama en concepto de pensiones alimenticias impagadas para las dos hijas comunes, y gastos extras.

El Sr. Eloy se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

La resolución recurrida ha estimado que, dado que las partes han pactado una forma de pago de pensiones alimenticias de las hijas comunes diferente a las previstas legalmente (pago de una pensión o suministro los alimentos en el propio domicilio), siendo un pacto ilícito la cesión de la mitad indivisa de una vivienda como pago de alimentos ninguna de ellas dispone de

acción contra la otra para exigir su cumplimiento, por tanto no puede la hoy ejecutante reclamar pensiones alimenticias de las hijas comunes, ni el Sr. Eloy puede reclamar la devolución de lo entregado indebidamente (su mitad indivisa de la vivienda familiar), criterio con el que esta Sala no coincide.

No debemos olvidar que nos hallamos en un proceso de ejecución en el que, tal como establece el art. 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos», de manera que no es ahora el momento adecuado para el análisis de la procedencia o validez de los pactos del convenio aprobado por sentencia de divorcio de fecha 5-12-06, que debió efectuar dicha evaluación, ya que no se puede convertir el proceso de ejecución en un nuevo proceso declarativo destinado a aquel fin, por lo que procede revocar la resolución recurrida y entrar en el examen de los motivos de oposición planteados por el ejecutado.

Así, se observa que el convenio de fecha 25 septiembre 2006 aprobado por sentencia de divorcio de 5 diciembre 2006, las partes pactaron que el Sr. Eloy cedería la propiedad de su mitad indivisa a la hoy ejecutante «a cambio de pensiones futuras». Asimismo en la cláusula tercera del mismo convenio, se establecía como pensiones alimenticias para cada una de las dos hijas comunes la aportación paterna de 200 euros mensuales, y la mitad de los gastos de colegio, libros y excursiones.

En fecha 20 octubre 2009 las partes otorgaron ante Notario escritura pública del referido pacto de cesión, y se adjudicó a la señora Sabina la mitad del hoy ejecutado, de la referida vivienda familiar, que se valoró en 75.000 euros, indicándose en tal Acta Notarial que se adjudicaba el referido inmueble a la hoy ejecutante «... sin compensar a don Eloy... con las pensiones futuras…» por hacerse cargo la adjudicataria de la totalidad del pago del préstamo hipotecario.

La redacción de ambos documentos lleva a esta Sala a interpretar, de conformidad a lo previsto en los artículos 1281 ss. del Código Civil que mediante el convenio aprobado por sentencia de divorcio las partes pactan la cesión a la Sra. Sabina de la mitad indivisa de la vivienda perteneciente al Sr. Eloy y al mismo tiempo fijan el pago de 200 euros al mes para cada una de las hijas como alimento. No puede pretender el ejecutado que mediante la cesión de su mitad de la vivienda quedaba eximido del pago de alimentos de sus hijas, pues al mismo tiempo que pactaba la cesión de su participación en la vivienda, se estaba obligando al pago de 200 euros al mes por concepto alimenticio, para cada una de sus dos hijas. El hecho de haber abonado alguna cantidad durante el tiempo que media entre el divorcio y la escritura notarial de la cesión acredita que también él estaba en la creencia que debía pagar aquella cifra, tal como se había obligado.

Posteriormente, en fecha 20-10-09 las partes otorgan escritura pública, para protocolizar su pacto de cesión, e indican en el Acta notarial que no compensarán la transmisión que efectúan con las pensiones futuras, pues la Sra. Sabina asumía el pago de la hipoteca que quedaba pendiente que era inferior a la mitad del precio de valoración de la vivienda.

Entiende con ello este Tribunal, que las partes estaban pactando la condonación de la deuda ya vencida del hoy ejecutado, desde la fecha del convenio de divorcio hasta la fecha de la cesión de la vivienda por Acta notarial, pero no renunciaba la Sra. Sabina a las pensiones alimenticias futuras las hijas, pues debe además, tenerse en cuenta la prohibición legal de tal renuncia a alimentos futuros.

Adeuda por tanto, el Sr. Eloy a la Sra. Sabina, que ejercita su acción de repetición de cantidades adelantadas para el pago de gastos alimenticios de las hijas comunes, las mensualidades correspondientes a noviembre 2009 (mes siguiente al de la fecha del Acta notarial) a diciembre 2010, pues por la demanda ejecutiva la ejecutante reclamaba hasta esta última fecha, lo que totaliza 5.884,88 euros, según cálculos no impugnados, que constan en la demanda ejecutiva.

Aunque el padre hizo un ingreso de 7.000 euros en una cuenta bancaria de la hija, se desestima la oposición a la ejecución por impago de pensiones, ya que dicha cantidad obedeció a un acto de liberalidad y no tenía la finalidad de cubrir las necesidades alimenticias propiamente dichas de la hija.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, solicita que no se despache la ejecución establecida en el auto hoy apelado, reiterando que hubo acuerdo verbal entre las partes para entregar en concepto de pensión de alimentos el importe de 7.000 euros, dado que la hija era mayor de edad en esas fechas y trabajaba con su madre en una agencia inmobiliaria.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación del auto dictado por el Juzgado.

Conviene partir de la base de que las sentencias, y resoluciones en general, deben ejecutarse en sus propios términos, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este sentido, y con remisión al caso de autos, es lo cierto que se trata de ejecutar la sentencia de separación de fecha 1 de febrero de 2000, en lo que se refiere a la reclamación de atrasos de la pensión de alimentos, en el período reclamado, por el importe señalado en el decreto de 24 de septiembre de de 2010, ejecución mantenida en el auto hoy apelado.

No es posible admitir la causa de oposición planteada por la parte recurrente, por cuanto que se ignora la razón por la que se efectuó por parte del mismo el ingreso en la cuenta corriente de la hija del importe de 7.000euros, en marzo de 2007, siendo significativo la errática estrategia planteada por dicha parte apelante, cuando advierte que dicha cantidad se iba a destinar a una intervención quirúrgica, que después no se efectuó, lo cual no está probado.

También se indica, contradictoriamente, que el recurrente llegó a un acuerdo con la hija sobre el destino del ingreso efectuado, pago de la pensión de alimentos, de lo que tampoco existe prueba al respecto, pues adviértase que ni se propuso la prueba de interrogatorio ni la testifical de la hija en orden a la averiguación de la certeza de los hechos afirmados por el recurrente.

Asimismo, y también de modo contradictorio, afirma el recurrente que se llegó a un pacto verbal entre ambos progenitores para destinar dicho importe ingresado en la cuenta de la hija al pago de la pensión de alimentos, de lo cual tampoco hay pruebas al respecto, por cuanto que, a mayor abundamiento, el ingreso de la pensión de alimentos debe efectuarse en la cuenta corriente de la apelada.

Advierte la parte apelada, a través de su escrito de impugnación a la oposición planteada en su momento que en realidad el importe de los 7.000 euros fueron dados a la hija en concepto de donación, en virtud de la herencia recibida por el apelante, por lo que a modo de liberalidad decidió unilateralmente dicho recurrente ingresar dicho importe en la cuenta corriente de la titularidad de la hija, al tiempo que señala dicha parte que en realidad este importe se ha destinado a la compra de un vehículo por parte de la hija, afirmando que el hoy apelante indicó a la hija que dispusiera libremente de dicho dinero.

De todo lo anterior se deduce una falta absoluta de prueba sobre la causa por la que se hizo ese ingreso por parte del hoy recurrente en la cuenta bancaria de la hija, si bien no acredita quien debe hacerlo, de conformidad con lo establecido del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la sazón, el hoy apelante, que dicho importe tuviera por fin cubrir las necesidades alimenticias propiamente dichas de la hija, todo lo cual determina la desestimación del recurso.

La circunstancia de que la empresa para la que presta sus servicios el padre le abone con retraso su salario no es motivo para no pagar la pensión dentro del plazo establecido en la sentencia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª del Rosario Hernández Hernández**

En virtud de auto de fecha 1 de febrero de 2011, se acuerda tener por satisfecho el principal reclamado en ampliación de ejecución inicialmente despachada por impago de pensión alimenticia del mes de enero de 2011 y actualizaciones pendientes de los meses de noviembre y diciembre de 2010, ordenando que continúe adelante por la cantidad debida por intereses y costas a cuyo pago condena expresamente al ejecutado, manteniendo la retención de sueldo acordada mediante decreto de 2 de febrero, como medida de aseguramiento de pago puntual e íntegro de pensiones futuras del menor de edad hijo común de los litigantes.

La representación procesal del ejecutado en la instancia, disiente de meritada resolución e interesa de la Sala su íntegra revocación y estimación de la oposición que en su día dedujo, con imposición de las costas de la alzada a la adversa si se opusiere al recurso.

Solicita la recurrida la desestimación del recurso y confirmación del auto apelado, con expresa condena al apelante al pago de las costas que se hayan podido devengar en ambas instancias.

Acontece en el supuesto de autos que deducida la ampliación de la ejecución a 21 de enero de 2011, esto es, con posterioridad al momento en el que el ejecutado obligado debió hacer pago de la pensión alimenticia impuesta en sentencia que constituye el título de la presente ejecución, este lo verifico en momento posterior a la interpelación judicial, concretamente a 29 de enero de 2011, perpetuando previo comportamiento de pago atrasado, si bien en mes corriente, de la pensión de alimentos en cuestión.

Ampliado el despacho de ejecución a 1 de febrero de 2011, el ejecutado, lejos de abstenerse de formular oposición, o de allanarse, se opuso alegando pago tardío, como igualmente combatió concreta medida ejecutiva, embargo de salario en aseguramiento de pago puntual de la pensión, acordada en decreto del siguiente día 2 del mismo mes y año, obviando articular frente a repetido decreto recurso directo de revisión tal y como le faculta el artículo 551.5 de la L.E.Civil.

En estas circunstancias vistas, ha de ser desestimado el recurso en su integridad y confirmado el auto recurrido, como conforme al ordenamiento jurídico, al no merecer critica alguna desde la perspectiva de esta alzada.

El titulo de ejecución vincula al obligado, extremo pacífico aquí, y añadimos nosotros, como lógico y común en el foro, al pago de la pensión de alimentos dentro de los primeros días de cada mes, y así se colige de los respectivos escritos de las partes que entre los días 1 y 5 de cada uno de ellos, el obligado vino llevando a cabo los pagos hasta abril del año 2010, en que empezó a realizarlo fuera de plazo.

Ha de tenerse en consideración en primer lugar que las pensiones de alimentos van destinadas a su aplicación al pago de gastos ordinarios, imprescindibles y perentorios para la vida, educación, sanidad, nutrición, alojamiento, etc., de los alimentistas, y en segundo lugar, que las resoluciones judiciales han de ser cumplidas en sus estrictos términos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 de la Constitución Española, 18 de la L.O.P.J., y 207.3 de la L.E.Civil, de modo que en el supuesto de autos, se detecta en efecto incumplimiento reiterado por parte del alimentante en orden al modo de cumplimiento, de las obligaciones que le vienen impuestas en sentencia judicial firme, lo que justifica ampliación de la ejecución y despacho, pues a la fecha de la interpelación judicial es lo único cierto y aquí acreditado que no se había producido el preceptivo pago.

En nada podemos ser sensibles, vigente en su integridad el título, para con el hecho de que la entidad a quien presta sus servicios retribuidos D. Alexander le abone con retraso el salario, independientemente de las acciones que en el marco de la legislación laboral le incumban frente a la empresa pagadora para que se le retribuya en plazo, o de las que pueda ejercitar en proceso de modificación de medidas, cauces del artículo 775 de la L.E.Civil, para que se varíe el tiempo de pago, en atención a la naturaleza especial y sumaria del juicio de ejecución, en el que, a diferencia de los de plena *cognitio*, vienen limitados los medios de defensa, así como el objeto de debate, que se contrae a si se ha observado estrictamente o no lo ordenado en la sentencia que se ejecuta, sin que sea dable entrar en cuestiones subyacentes, como puedan ser la alegada de fecha de cobro de salario.

En consecuencia, ha de ser confirmado el auto recurrido, pues es aquí lo único acreditado, que dentro de los primeros días de cada mes D. Alexander debió hacer efectiva la pensión de alimentos fijada a su cargo a favor del hijo común menor de edad, y no lo hizo, no esperando sino al 29 de enero del pasado 2011 para realizarlo, de manera que no dio exacto cumplimiento al título ejecutivo.

La mera realización de un pago tardío no desvirtúa la concurrencia de cuantos presupuestos exige la ejecución, y es lo cierto y único probado que el ejecutado venia obligado a hacer el pago, sin acreditar excusa absolutoria que de ello le eximiera, o amparara dilaciones en el cumplimiento, que no tuvo lugar sino con posterioridad a la fecha de presentación de la ampliación de la ejecución generadora del incidente.

Ello conduce a la desestimación del concreto motivo de recurso, con confirmación del auto apelado, al ser conforme al ordenamiento jurídico, sin que se acredite en la alzada error en la valoración del material probatorio obrante en autos por parte de la Juez «a quo», o de la aplicación o interpretación de la norma en vigor por su parte.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No procede el pago de renta alguna de la esposa a la sociedad ganancial desde la eliminación de la atribución de uso de la vivienda ganancial, pues desde ese momento la vivienda pertenece a la comunidad postganancial y por lo tanto se rige por la normativa de la comunidad de bienes del art. 348 CC y en consecuencia concurre una titularidad compartida sobre la vivienda.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña**

Crédito a favor de la Sociedad de Gananciales y en contra de la esposa por la ocupación de la vivienda ganancial (Activo ganancial).

Debe de ser desestimado este motivo de impugnación en atención a las siguientes razones (art. 218 LECV):

a) No procede el pago de renta alguna de la esposa a la sociedad ganancial desde la eliminación de la atribución de uso de la vivienda ganancial operada por sentencia de 30-10-2007, pues desde ese momento (año 2007) la vivienda pertenece a la comunidad postganancial; y por lo tanto se rige por la normativa de la comunidad de bienes del art. 348 CCV y en consecuencia concurre una titularidad compartida sobre la vivienda.

Ello supone que la esposa que continúa con el uso efectivo de la vivienda, pese a la eliminación de la atribución de uso expreso, no es ni precarista, ni arrendataria y en consecuencia, al margen de lo que luego se dirá sobre el pago de los gastos ordinarios o extraordinarios de la referida vivienda, es lo cierto que concurre un uso de

un elemento común por uno de lo condóminos y comunero y ningún crédito tiene la sociedad ganancial ya disuelta por el divorcio contra el comunero que sigue usando el bien común.

b) En todo caso, bien podía haber ejercitado el esposo una acción de división de la cosa común o de extinción del condominio, pero el recurrente vino consintiendo el uso exclusivo de la vivienda por la esposa; y por lo tanto la esposa siguió usando un bien del que era cotitular, lo cual no es contrario a la doctrina derivada de las SSTS de 23-03-1991 y 19-03-1996, pues ni se plantea un posible acuerdo mayoritario, ni se trata de un bien de la herencia, sino un bien en condominio que usa uno de los condóminos.

Este criterio no queda desvirtuado por el Acto de Conciliación de Junio de 2008, ya que su contenido no incluye un requerimiento expreso, ni específico para el abandono de la vivienda realizado por el esposo a la esposa, sino que su fin, como se deriva de la propia papeleta de conciliación, se contrae, más que a la salida de la esposa de la vivienda, a la venta conjunta de la vivienda y para que la vivienda se entregue a una Agencia inmobiliaria y se autorice la gestión de la venta. Así, solo se advierte de posibles acciones judiciales, pero ningún requerimiento receptivo, expreso y determinante se incluye en cuanto a que la esposa deje de ocupar la vivienda familiar después de la extinción de la atribución del derecho de uso.

Asimismo, procede significar que la esposa se aviene a la venta de la vivienda y admite que se pongan de acuerdo para designar una o mas Agencias para la venta, pero no es requerida, ni se acepta el posible abandono de la vivienda; por lo que al esposa continúa en su uso en virtud de su título de condómino, lo que se deriva del art. 394 CCV, y hasta la venta acordada de esa referida vivienda.

El préstamo que realizó al esposo su madre tuvo como destino atender los gastos de un viaje que hizo él solo, por lo que tratándose de una actividad lúdica no puede incluirse en el pasivo de la sociedad.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Arabela Carmen García Espina**

En relación al Pasivo de la Sociedad de Gananciales solicita el Sr. Cirilo en su recurso que se incluya la cantidad de 1300 euros, correspondiente al Préstamo realizado por D.ª Milagros a su hijo Cirilo el 3 de Abril de 2006, para un viaje que iba a realizar Cirilo a Hungría, Estonia y Croacia, según se resulta del documento n.º 2 de la demanda.

Tratándose de un préstamo contraído exclusivamente por el Sr. Cirilo para una actividad lúdica exclusiva del Sr. Cirilo, esto es, no destinándose el dinero prestado al Sr. Cirilo por su madre al sostenimiento de la familia, sino a su exclusivo beneficio, no tiene el carácter de deuda ganancial, a sensu contrario de lo dispuesto en los arts. 1362 y 1368 del Código Civil.

El aval suscrito por los cónyuges en relación con el préstamo solicitado por los padres de la esposa para montar el supermercado explotado por los cónyuges solo puede incluirse en el pasivo si finalmente llega a realizarse por el impago de los prestatarios.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Cáliz Covaleda**

Respecto del quinto pronunciamiento del que dicha parte manifiesta disconformidad, referente a que el préstamo n.º (…) por importe de 94.000 euros, suscrito con la Caja Rural de

Iznatoraf (Jaén) (pasivo apartado 2) debe considerarse como pasivo de la sociedad de gananciales, ya que el mismo fue solicitado para el montaje y explotación del supermercado Spar, explotado por el matrimonio, cabe señalar que esta Sala comparte el criterio expresado por la juzgadora «a quo», de que se trata un préstamo suscrito por los padre de María Esther como prestatarios y en el que figuran como avalistas los cónyuges, concertado con la Caja Rural, suponiendo una obligación accesoria en la que los avalistas o fiadores se obligan a cumplir subsidiariamente en caso de no hacerlo el deudor principal, y como ya tuvo ocasión de manifestar esta Sala en la Sentencia n.º 70/2010, de 5 de marzo, al resolver el recurso de apelación planteado contra la Sentencia de divorcio, solo el aval en el caso de llegar a realizarse se podría computar como pasivo de la sociedad de gananciales.

No puede incluirse en el pasivo la cantidad en que se valoró el vehículo privativo del esposo con ocasión de ser entregado a cuenta para la compra de un nuevo vehículo ganancial, sino la parte correspondiente del importe actualizado del bien.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Cáliz Covaleda**

En segundo lugar, el demandado impugna la sentencia de instancia en el sentido de que entiende que deben incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales el crédito que ostenta D. Ángel contra la sociedad de gananciales por importe de 9.000 euros, correspondiente al dinero privativo que obtuvo el mismo por la venta de un vehículo privativo, marca Alfa Romeo, matrícula ...-LKW, 9.000 euros que invirtió en amortizar parcialmente el préstamo que se contrajo por ambos cónyuges con fecha 5 de julio de 2007 con el Banco Cetelem para comprar el vehículo de motor ganancial, marca Alfa Romeo, matrícula ...-SCM.

Pues bien, el motivo no puede tener favorable acogida, toda vez que aunque los 9.000 euros tuvieran carácter privativo procedente de un vehículo privativo, al invertirse los mismos en la adquisición de un nuevo vehículo en interés de la sociedad de gananciales, el importe que podrá reclamar el exmarido no serían los 9.000 euros invertidos en el nuevo vehículo, sino la parte correspondiente del importe actualizado del bien cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastado en interés de la sociedad, conforme dispone el art. 1398-2.º del Código Civil.

No puede incluirse en el activo de la sociedad un crédito frente a uno de los cónyuges por los gastos generados por matriculación y adquisición de material para cursar la licenciatura de derecho.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Núñez**

Cuestiona el recurso de Don Ezequías el inventario de bienes de la extinta sociedad conyugal formada con Doña Fermina, de quien obtuvo la separación por sentencia de 16 de abril de 2002, habiéndose divorciado por otra de 17 de noviembre de 2008, ratificada en vía de apelación el 15 de mayo de 2009. Y lo hace combatiendo dos partidas del activo inventariado, consistentes en sendos créditos de la sociedad de gananciales contra el cónyuge ahora disidente, consistentes en los gastos abonados por la matriculación de este último en la Universidad, siguiendo estu-

dios de Derecho; y el generado por el traspaso de fondos de una cuenta ganancial a otra privativa, ambas en la entidad Caja Duero, por importe de 11.125,12 euros. Discute asimismo la inclusión en el pasivo consorcial de los gastos satisfechos por la solicitante Sra. Fermina, en relación con los suministros, administración, conservación y gastos de comunidad devengados desde la separación respecto de la vivienda familiar.

Así definido el ámbito de conocimiento propio de esta alzada, y abordando por el orden de su enunciado las cuestiones propuestas, en cuanto a los gastos de estudio generados por el Sr. Ezequias, relacionados por la peticionaria en el escrito que encabeza las actuaciones bajo el n.º 10 de los elementos del activo como «importe de las tasas de matriculación en la Universidad para la obtención por parte del Sr. Ezequías del Título de Licenciado en Derecho (...) así como el importe abonado para la adquisición de material didáctico y participación en cursos y seminarios», sufragados íntegramente —se dice— por la sociedad de gananciales, mostrando su desacuerdo el interpelado en el acto de formación de inventario (punto 7), considera la Sala que el recurso debe prosperar, con exclusión de la partida de que tratamos.

En primer lugar porque reproducido el soporte audiovisual del acto del juicio celebrado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 809.2 de la Ley Procesal Civil, no es posible asumir la aceptación y tácita aquiescencia del demandado «al no oponerse de forma expresa» a la inclusión de dicho crédito, pues lo que invoca en abono de sus postulados es el ejercicio del derecho a la educación y acceso a la cultura que le asiste a tenor de la Constitución (artículo 44) y la circunstancia de que contaba para los estudios emprendidos con una beca o ayuda de la empresa Delphi para la que trabajaba, de modo que dichos gastos no fueron sufragados con fondos comunes.

Por lo demás, si el argumento expuesto no puede interpretarse en clave de quieta aceptación, lo cierto y verdad, aún cuando no haya logrado demostrarse la ayuda empresarial aducida, es que el dinero común que se dice gastado en la adquisición académica de nuevos conocimientos por parte de uno de los cónyuges, máxime tratándose de una formación universitaria cursada en la UNED, que ni siquiera llega a completarse durante el matrimonio, 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, de cuyo alcance e importancia económica, por lo demás, no se ofrece el menor vestigio.

A instancias de la Agencia Tributaria se declara la nulidad por simulación de las capitulaciones matrimoniales y de la liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Víctor Rafael Rivas Carreras**

Por la representación de Juan Ramón y Asunción se interpone el presente recurso contra resolución de la juez «a quo» que estima la demanda de la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra aquellos al considerar que, conforme se le solicitaba, las capitulaciones matrimoniales otorgadas por dichos cónyuges, por las que se modificaba su régimen matrimonial de gananciales existente y se procedía a la liquidación de la sociedad de gananciales, eran nulas por ilicitud de la causa.

Se alega como único motivo del recurso error en la valoración de la prueba.

La parte apelante no discute la existencia de la deuda tributaria perseguible frente a la sociedad «Ganados Zamora S.L.», ni el posterior procedimiento sancionador del cual deriva la responsabilidad frente al administrador de la mencionada sociedad, el codemandado Juan Ramón, pero entiende que, conforme al art. 1.401 del Código Civil, y a mayor abundamiento, teniendo en cuenta el art. 1.365 del mismo,

la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados a cualquiera de los cónyuges, aunque lo fuera de manera encubierta y con ánimo de perjudicar la exigibilidad de la deuda, y lo que hace innecesaria la declaración de nulidad pretendida. Además conforme al art. 1.277 del CC la causa de las capitulaciones, asimilables éstas a contrato o negocio jurídico, se presume que existe y que es lícita.

El Abogado del Estado ha formulado oposición al recurso.

Por lo que respecta al alegado error en la valoración de la prueba.

A la hora de revisar la valoración probatoria efectuada por el juez de instancia obviamente se impone a este tribunal la debida cautela para no olvidar que, en su valoración, aquél parte de una singular posición que le dota de especial autoridad al respecto, tal la de poder apreciar directamente la efectividad de los medios de prueba practicados, conforme a los principios de inmediación, contradicción y oralidad inherentes al acto de vista que preside, y lo que, entendemos veda a este tribunal, en nuevo examen, cualquier rectificación en el uso de aquellos medios por parte de la juez «a quo», con el peligro que ello supondría de «sustituirle» en su actuación jurisdiccional, salvo cuando, de un ponderado examen de lo actuado, se ponga de relieve un claro y manifiesto error, que sería nunca norma, sí excepción, de dicho juez «a quo».

En el presente caso la juez «a quo» da cumplida explicación del «iter probatorio» que la ha llevado a entender acreditada la nulidad de las capitulaciones matrimoniales que se le pide en la demanda, al ser causa de las mismas, la ilícita de perjudicar a tercero.

Así en el F.J. 1.º de su sentencia, párrafo 5.º de mismo (folio 422 de los autos), explica los elementos probatorios, aportados por la actora, de la existencia de la ilicitud causal de las capitulaciones patrimoniales, y que dicha actora reitera en su escrito de oposición al recurso, tales como: a) la cercanía de las capitulaciones matrimoniales otorgadas el 10/3/2005, al momento posterior de la liquidación de las deudas tributarias, b) las diferencias del haber adjudicado a uno y otro esposo, ya que todos los bienes materiales de la sociedad son adjudicados sólo a la esposa, el cónyuge no deudor, c) quien, a su vez no ha acreditado, ni aún indiciariamente, el pago de la compensación que, en metálico, debe abonar a su esposo, y lo que permite dudar la realidad de dicho pago; d) además, la vivienda adjudicada sigue siendo el domicilio del esposo deudor de la Hacienda pública, y atribuida sin embargo a uno solo de los esposos; e) después de las capitulaciones matrimoniales el esposo se ha seguido comportando como dueño, constituyendo, junto a su esposa, una hipoteca sobre la finca en cuestión, y figurando como titular de los suministros de agua y luz; f) la escasa valoración que se otorga a la finca (93.156,88 euros) frente a la que resulta del estudio técnico incorporado al expediente (390.397,35 euros), caso pues del precio «vil»; g) que el seguro del vehículo adjudicado a la esposa siga constando a nombre del deudor, y que de hecho figura éste como titular en los registros administrativos; h) ninguna de las adjudicaciones efectuadas a favor de la esposa ha accedido al Registro de la Propiedad, ni al de vehículos y i) la falta de capacidad económica de aquélla para hacer frente a las deudas de las que dice hacerse responsable (dos préstamos hipotecarios, cancelados el 10 de mayo de 2005).

Todos estos elementos indicativos de lo fraudulento y simulado de tales capitulaciones, están acreditados por la documental de la actora (folios 39 y ss. de los autos) y frente a los cuales nada ha opuesto, nada ha dicho, y nada dice en el recurso, la parte apelante, quien ni siquiera acudió al acto de audiencia previa.

Se hace, por lo visto, obligado inferir que el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales ha pretendido poner a salvo todos los bienes con valor real de la sociedad de gananciales, mediante el artificio de previa disolución de la sociedad de gananciales, adjudicarlos al órgano no deudor, para evitar así que, al amparo del art. 1.373 del CC, pudieran ser trabados por la Hacienda Pública acreedora.

La conclusión a que llega la juez «a quo», es, pues, completamente razonada, y razonable, y en modo alguno arbitraria.

No ha existido error en la valoración de la prueba.

La otra, al parecer, motivación de la apelante, a saber que no procede la anulación de las capitulaciones en ningún caso, dado que conforme a los arts. 1.362, 1.365.2, 1.401 y 1.402 del CC, nada impide la responsabilidad de los bienes conyugales, aunque estos hayan sido adjudicados al otro cónyuge, tampoco puede ser atendida, pues si bien esta posibilidad existe, ello no cierra la otra vía, la seguida por la actora, la de instar la nulidad de las capitulaciones cuando la causa o finalidad de las mismas es la ilícita de impedir o dificultar los derechos de un tercero.

Ciertamente toda modificación del régimen económico-matrimonial implica que los bienes han de responder frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, después de la disolución de la sociedad, puedan accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso, los que hubieran sido adjudicados al cónyuge del deudor, por exacta aplicación del art. 1.401 del C. Civil (SS. 19/2/292, 17/7/97, 27/3/1995, etc.), pero ello no obsta a que el acreedor demandante no tenga otro recurso que el antedicho para hacer efectivo su crédito, y recurso que es precisamente el de nulidad ejercitado en el presente caso, y aunque, se insiste, no sea éste el único y necesario.

Como resulta de la sentencia de la Sala de lo Civil del T.S. de 25 de septiembre de 2007 Pte. Encarnación Roca, con cita de otras de 15 de marzo de 1994, 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006 y 3 de julio de 2007, es verdad que, conforme a los arts. 1.137, 1.317, 1.399, 1.403 del C.C. y aunque no exista sospecha de fraude, se produce la inoponibilidad de las nuevas capitulaciones, con disolución de la sociedad de gananciales, frente al acreedor de uno de los cónyuges que lo es con anterioridad a dicha modificación, y ello por tanto sin necesidad de que se pida la nulidad, o la rescisión por fraude, de dichas capitulaciones.

Por tanto, la existencia de esta responsabilidad *ex lege* no excluye la obtención de resultado parecido por otras vías, cuando la modificación del régimen matrimonial no se ha producido válidamente, a saber, las de petición de nulidad o rescisión de las escrituras de capitulaciones matrimoniales.

Así pues el que baste, en base a la inoponibilidad antes aludida de las capitulaciones modificativas, la simple demanda o ejecución del crédito sin necesidad de que se pida, ni la nulidad, ni la rescisión de aquéllas, ello es, en todo caso, con independencia de que pueda acudirse, como aquí acontece, a la vía de la declaración de ineficacia de tales capitulaciones.

El mero recibo de una entidad aseguradora en el que consta el pago a la esposa de una indemnización por un accidente de tráfico no puede ser base para incluir una partida de pasivo, pues no figura la forma de pago.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Núñez**

En cuanto a la indemnización satisfecha a la Sra. María en concepto de indemnización por responsabilidad civil en accidente de tráfico, de incontestable carácter privativo (artículo 1346.6 del Código Civil), no se ofrecen tampoco méritos para su inclusión en el pasivo de la sociedad conyugal como crédito propio de la beneficiaria de la prestación. En efecto, el alegato descansa únicamente en un recibo expedido por la aseguradora Mapfre y suscrito por la damnificada, pero nada consta sobre la forma de pago, ni se ofrecen vestigios de su adscripción o destino en términos de utilidad para el pronunciamiento interesado por la apelante al amparo del artículo 1398 del Código Civil, imponiéndose, pues, la confirmación de la sentencia al declinar la inclusión de esta partida y la precedente en el pasivo social.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Procede confirmar la declaración de desamparo ya que, como indicó la psicóloga, la madre no podía con los hijos, lo que estaba íntimamente unido a la situación de violencia en el ámbito familiar, de ahí se deduce el constate absentismo escolar, las deficiencias a nivel alimentario, con problemas de sobrepeso importante y en general un verdadero problema de destrucción familiar con ausencia de jerarquía en las relaciones paterno-filiales, conflictividad en el entorno familiar y rechazo a la intervención de los servicios sociales.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Magaña Calle**

Impugna la recurrente la Sentencia de instancia, que desestima la oposición de la misma, madre de los menores Porfirio y Remigio, a la Resolución de fecha 23 de junio de 2011 que declara a los citados menores en situación legal de desamparo.

Alega, visto el contenido del escrito de formalización del recurso, error en la apreciación de la prueba. Y a lo largo del referido escrito prácticamente efectuando las mismas alegaciones que ya expone a lo largo del proceso, simplemente y de nuevo pretende desvirtuar las razones en virtud de las cuales se procedió a la declaración de desamparo, es decir: Por ausencia de escolarización habitual de los menores; trastorno mental grave de los padres que impiden el normal ejercicio de la patria potestad o guarda; convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriora gravemente la integridad moral del menor y perjudique el desarrollo de su personalidad, y falta de personas que ejerzan las funciones de guarda o no la ejercen convenientemente con el consiguiente peligro grave para el menor.

En segundo lugar es preciso señalar que la Ley Orgánica 1/1996, de 16 de enero, de Protección Jurídica del Menor (Ley que modifica parcialmente el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil) se inspira en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como en «La Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989» (Convenio ratificado por España el 30 de noviembre de 1990); y en la «Carta Europea de los Derechos del Niño», aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92) contiene una serie de principios que se pueden sintetizar en lo que al caso que aquí nos ocupa en los siguientes:

A) El interés superior de los menores, sobre cualquier otro que se estime legítimo (interés reflejado, antes de la comentada Ley, en las normas constitucionales, en el Código Civil y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 2-5-1983; de 12-2-1992 y de 21-7-1993, entre otras).

B) En relación íntima con el bien de aquellos (se integra y funde dentro de él), la condición o carácter educativo, que toda medida de amparo ha de tener con respecto a los mismos.

C) La idea de que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, se han de interpretar de manera restrictiva».

Desde tales premisas, y a tenor de lo dispuesto en el art. 172 del Código Civil se considera como situación de desamparo, la que se produce de hecho «a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material», de manera que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica querida o no en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por Ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por

parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos.

Y aun cuando se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente (véase por todas la Sentencia de la AP Granada de 06-05-2002) que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, y ello sin desatender la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución; se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común (Sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 y 298/1993).

Pues bien, así las cosas, y a la vista de la prueba practicada, ya puede adelantarse que esta Sala, compartiendo en su integridad los razonamientos de la Sentencia de instancia, estima que lo procedente es la íntegra confirmación de la misma y por tanto la desestimación del recurso.

No es necesario reiterar los fundamentos jurídicos que con toda precisión se exponen en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo de la Sentencia de instancia y que por supuesto la recurrente no combate.

Y por otra parte y aunque sea una obviedad, debemos igualmente precisar, como se hace al principio del Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de instancia, que lo que estamos es revisando la resolución Administrativa de desamparo, que se produjo en una determinada fecha (23 de junio de 2011), y no las circunstancias posteriores a la misma, sin perjuicio, como igualmente se dice en esa resolución judicial, de que en el momento en que por los técnicos se constate la mejoría de la situación familiar tras el resultado del trabajo de los mismos con la familia, se pueda acordar la reintegración de los menores con la madre.

Sentado lo anterior, y por mucho que se argumente de contrario, esta Sala no puede sino compartir y hacer nuestra la valoración que de forma pormenorizada lleva a cabo la Juzgadora de instancia de la prueba practicada y de la que podíamos destacar por su importancia y por las consecuencias que de ello se deriva, las manifestaciones de la Psicóloga Sra. Carlota, de que la madre no podía con los hijos, íntimamente unido a la situación de violencia en el ámbito familiar; de ahí se deduce el constate absentismo escolar, las deficiencias a nivel alimentario, con problemas de sobrepeso importante y en general, puesto que sería simplemente repetir lo ya perfectamente expuesto en la sentencia de instancia un verdadero problema de destrucción familiar con ausencia de jerarquía en las relaciones paterno-filiales, conflictividad en el entorno familiar y rechazo a la intervención de los servicios sociales.

En definitiva y como antes se dijo, lo fundamental es que si el desamparo ha de considerarse como una situación fáctica querida o no en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, de lo actuado se desprende con meridiana claridad que los menores Porfirio y Remigio se encuentran en tal situación, y por tanto debe ratificarse la resolución de fecha 23 de junio de 2011 a la que se opone al recurrente.

Es por todo lo anteriormente expuesto, y asumiendo los fundamentos y argumentos que constan en la Sentencia que se recurren, argumentos que no se reiteran por ser absolutamente innecesarios, pero que esta Sala hace suyos, por lo que como se dijo anteriormente, lo procedente es desestimar el recurso y confirmar íntegramente la Sentencia de instancia y todo ello, sin hacer declaración alguna sobre las costas de esta alzada, a la vista de la materia y de las cuestiones de hecho sobre los que versan el presente procedimiento de acuerdo con lo que preceptúa el art. 398 en relación con el Art. 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se deniega la autorización solicitada para gravar mediante hipoteca la parte indivisa del inmueble propiedad del menor.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 26 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de Doña Maribel se alzó contra la resolución de instancia reclamando la revocación y en consecuencia se conceda la autorización solicitada para gravar hipotecariamente el 15% de la vivienda sita en Madrid. Mientras que el Ministerio Fiscal pidió la desestimación del recurso planteado y la confirmación de la resolución recurrida por entenderla ajustada a derecho y a las circunstancias del presente caso.

Es cierto que el menor Carlos Manuel no es propietario de la mitad indivisa de la vivienda sita en Madrid, así el documento acompañado a la solicitud que obra del folio 10 al 14 ambos inclusive pone de manifiesto que es propietario de un quince por ciento indiviso en nuda propiedad por donación pura y simple de su madre Doña Maribel, lo cual repercute en el importe del préstamo hipotecario que tendría que soportar su propiedad, pero ello no dará lugar a la estimación del recurso de apelación, ya que no ha quedado cumplidamente acreditado que concurran las causas previstas en el artículo 166 del Código Civil para que los padres puedan gravar los inmuebles pertenecientes a los hijos. El préstamo hipotecario cuya autorización judicial pretende la madre D.ª Maribel, supondría un incremento sustancial del gravamen que tendría que soportar la propiedad del menor sin que conste una significativa utilidad. Por otra parte el préstamo que refiere la demanda por importe de 3.000 euros no ha quedado debidamente probado con los justificantes bancarios que se aportan (documentos acompañados a la demanda que obran a los folios 45 y 46).

No habiéndose cumplido el requisito de la convivencia con el adoptando antes de que cumpliese los catorce años no puede constituirse la adopción.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 10 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

En principio y a tenor de la legalidad vigente, tanto nacional como internacional, la adopción se configura como un instrumento de integración familiar referido esencialmente a quienes más lo necesitan, los menores de edad, hasta el Punto de que en su Preámbulo, la Ley 11 de noviembre de 1987, reformando el Código Civil en esta materia, proclamaba que sólo es aplicable a los menores de edad «salvo supuestos muy excepcionales», puesto que de lo que se trata es de evitarlo que ocurría anteriormente que a través de la adopción simple, la adopción se convertía en el instrumento a través del cual se pueden obtener otros fines no merecedores de una protección especial. En este sentido el nuevo artículo 175.2 del CC pasó a establecer que únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados y por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no ininterrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiere cumplido los 14 años. En su nueva redacción, el artículo 175 del CC venía a amparar aquellos supuestos en que hubiera existido una realidad fáctica de plena integración, a todos los efectos, del adoptando en el entorno familiar del adoptante. De este modo la posibilidad de adoptar al mayor de edad se ve claramente circunscrita a los supuestos

excepcionales a que se refiere la ley: mayores de edad y emancipados que hubieren convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido los 14 años de edad y hasta la emancipación que podrá tener lugar por cualquiera de las causas del artículo 314 del mismo Código Civil, entre las que se han de incluir lógicamente la mayoría de edad.

La adopción se refleja muy gráficamente en el antiguo brocardo *adoptio imitatur naturam*, es decir, que la adopción no viene más que a constituir jurídicamente una relación de filiación que ya se venía produciendo en la realidad con la plena integración familiar, con la convivencia del adoptante que durante la situación de minoría del menor ha venido actuando como si de un progenitor se tratara, creándose un vínculo familiar, emocional y relacional que se prolongará más allá de la mayoría de edad del adoptando y aún cuando éste dejara de convivir con el adoptante tras la mayoría de edad, pues a semejanza de lo que ocurre con la filiación biológica, a la mayoría de edad del hijo le sigue su independencia y creación del propio núcleo familiar sin que ello signifique ni comporte la ruptura de aquél del que proviene, pues los lazos familiares se mantienen.

Basta con la lectura de todas las actuaciones obrantes en autos, procurando efectuar las correspondientes comparativas, para concluir que el requisito de la convivencia «ininterrumpida» hasta los 14 años de edad no se ha cumplido, ni tampoco que desde que se alcanzara la mayoría se haya continuado conviviendo en una situación similar a la del vínculo familiar a que pretende equipara la adopción, toda vez que la documental aportada por el actor no acredita tales extremos que pretende; en efecto, la certificación de Marruecos en modo alguno acredita ni cuándo se vivió en el mismo domicilio ni el tiempo en que se vivió, con lo que ni siquiera acredita tuviese lugar antes de cumplir 14 años la que se pretende adoptar, ni tampoco los certificados de los Ayuntamientos aportados prueban tal convivencia, por lo que necesariamente ha de mantenerse la resolución de instancia, máxime cuando fácil le era al recurrente acreditar tales extremos de forma fehaciente.

Se confirma la declaración de desamparo, dado que la madre no tiene conciencia de problemas, los oculta o niega y por tanto no ve las consecuencias que puede tener para el bienestar psicológico de un menor de 22 meses de edad. No ha trabajado a nivel terapéutico los problemas que tuvieron origen en su infancia y arrastra una estructura anómala de personalidad, inmadura, con una falta de referencia e identificaciones, y vulnerable al abandono y a la falta de atención.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 5 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

El artículo 172.1, párrafo 2.º del Código Civil considera como situación de desamparo «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las Leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

El desamparo es un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración, atendiendo básicamente a criterios de la legislación precedente de protección de menores, respecto a la cual se ha sustituido el anticuado concepto de abandono por la institución del desamparo en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por entender que el segundo era, conceptual y gramaticalmente hablando, de mayor amplitud, confiriéndose así al órgano encargado la posibilidad de una más amplia interpretación y predominio del interés del menor. En efecto, el concepto de abandono se incorporó al Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958 procedente de la legislación administrativa sobre actividades de beneficencia y tras la reforma de

4 de julio de 1970, en el artículo 174 del Código Civil se prescindía del consentimiento de padres o tutores para la adopción en caso de abandono, el cual era definido como la carencia, respecto del menor de catorce años, de persona que le asegure la guarda, alimento y educación con abstracción de la causa, voluntaria o involuntaria, que lo pudiera originar. También integraban el abandono otros supuestos sobre la base de la entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico sin que los padres mostraran en treinta días voluntad de asistencia efectiva. De otro lado, la situación de abandono debía ser apreciada y declarada por el juez competente para conocer del expediente de adopción.

En contraste con la situación anterior, el desamparo se configura como base imprescindible para una inmediata intervención administrativa de protección, sin el límite de los catorce años, que no ha de desembocar necesariamente en adopción; además, el desamparo abarca supuestos, no sólo de carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino también aquellos casos en que, existiendo tales personas, están imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el mismo como inadecuado. Se sustrae, en fin, de la intervención judicial, la apreciación y declaración del desamparo. Por consiguiente, el antiguo abandono tenía la tacha de culpabilidad de quien abandonaba, requería resolución judicial y el transcurso de cierto lapso de tiempo, pretendiendo la reforma de 1987 una agilización considerable de los procedimientos de protección del menor, al permitir la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente, en los casos de grave desprotección del menor.

Esta ampliación del concepto de desamparo, cuyo referente jurídico no es otro que el interés del menor, ha sido fruto de la incorporación a nuestro ordenamiento de los principios que inspiran el sistema de protección de menores diseñado por un conjunto de textos internacionales como son el Convenio de La Haya sobre competencia y legislación aplicable de 5 de octubre de 1961, sobre alimentos, de 2 de octubre de 1973, sobre sustracción de menores de 25 de octubre de 1980 y sobre adopción internacional de 29 de mayo de 1993, o la Convención Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

El desamparo se define sustancialmente por tres notas: a) el incumplimiento de los deberes de protección; b) la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor; y c) un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia:

a) Incumplimiento de los deberes.

   Este requisito se produce, no sólo en los casos de un abandono absoluto del menor, carente de personas que se hagan cargo de los deberes de guarda, sino que comprende también aquellos supuestos en que los guardadores incumplen de hecho, ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevar a cabo aquellos deberes.

b) Privación de asistencia material o moral.

   El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor. Este es el elemento determinante, puesto que el desamparo se concreta en un resultado determinado, cual es la desprotección del menor de edad, prescindiendo de las causas que hayan producido aquel resultado de privación de la necesaria asistencia material o moral. Por tanto, el desamparo se produce tanto si incide en la esfera material (alimentos) como en la esfera moral (afectividad; relaciones personales).

c) Nexo casual.

   Por último, debe mediar un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia al menor. La inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento (voluntario o forzoso) de los deberes tuitivos.

Conviene también recordar que la figura del acogimiento no implica la creación de vínculos paterno-filiales entre los acogedores y el menor, aunque si la plena participación de éste en la vida de la familia que le acoge, con el fin de quedar debidamente amparados, en beneficio del mismo, unos derechos a asistencia material y moral que, por unas u otras razones, no son o no pueden ser asumidos por la familia de

origen. En consecuencia de esta menor trascendencia jurídica pues no se rompen los vínculos jurídicos con los progenitores, no se hace preciso, en cualquier caso la constitución judicial de tal figura de protección del menor, bastando, en principio su formalización administrativa.

La Comisión de Tutela del Menor de Madrid por resolución de 15 de Septiembre de 2010 declaró la situación de desamparo del menor Gervasio, nacido el 4 de enero de 2010 y asimismo la medida de tutela de éste. Posteriormente por resolución de 6 de Octubre de 2010, modifica el ejercicio de la medida de tutela y promueve acogimiento permanente judicial con constitución previa del acogimiento provisional en familia seleccionada.

En el informe pericial psicosocial fechado el 10 de Noviembre de 2011 que reúne todas las garantías de objetividad e imparcialidad (documento que obra del folio 249 a 261 ambos inclusive) se afirma lo siguiente: «A nivel de estructura psicológica, si bien superficialmente y según se expresa Milagros, su realidad actual es diferente (buenas relaciones familiares, apoyo materno, laboralmente activa, pareja estable con proyecto de matrimonio), un estudio en profundidad del expediente obrante en autos y los resultados de la pericial efectuada, indican una tendencia a fabular sobre su realidad para adaptarla a los requerimientos del momento o a sus necesidades. Los resultados reflejan una estructura psicológica frágil que condiciona su funcionamiento adaptativo, sobre todo en el terreno de las relaciones interpersonales y afectivas y por ende en el desempeño de un rol de cuidados y parental. La información resultante sugiere problemas psicológicos sin resolver en el área de capacidad de juicio y razonamiento (madurez mental), habilidad de afrontamiento y resolución de problemas, reacciones habituales al estrés, tolerancia a la frustración, estabilidad y madurez emocional, autoestima, o capacidad de mantener relaciones adultas. No tiene conciencia de problemas, los oculta o niega y por tanto no ve las consecuencias que puede tener para el bienestar psicológico de un menor de 22 meses de edad. No ha trabajado a nivel terapéutico los problemas que tuvieron origen en su infancia y arrastra una estructura anómala de personalidad, inmadura, con una falta de referencia e identificaciones, y vulnerable al abandono y a la falta de atención». Y las conclusiones a las que llega dicho informe pericial no han quedado desvirtuadas por los documentos aportados con la demanda.

No ha quedado cumplidamente acreditado que Doña Milagros trabaje, pero aunque ello fuera así no implica la desaparición en la antedicha de las condiciones psicológicas descritas con anterioridad.

Por todo ello y atendido el principio del beneficio del menor, el recurso de apelación debe ser desestimado. A mayor abundamiento hay que señalar que, tal como se recoge en el informe pericial citado y en el informe técnico de 12 de Enero de 2011, el menor se ha integrado con sus acogedores y su nuevo entorno.

FILIACIÓN

La acción de responsabilidad extracontractual ejercida por quien figuró como padre hasta que se dictó la sentencia estimando la demanda de impugnación, está prescrita al interponerse después del año de conocer que no era el padre.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramón Romero Navarro**

Se ha citado por ambas partes la Sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia de fecha 3 de abril de 2008, dictada a propósito de un supuesto sustancialmente idéntico al presente en la que, certeramente —y ello se comparte por la parte apelante en su demanda al citarla («... establece

los elementos a tener en cuenta para determinar la responsabilidad en estos casos…») se viene a configurar dicho supuesto como un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Así señala que «Se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como deberes jurídicos. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad. De hecho en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente (art. 709 Ley de Enjuiciamiento Civil), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios, que es la opción que aquí se mantiene para las obligaciones derivadas del matrimonio. Por otra parte no puede dejar de reconocerse que el consentimiento sobre la asunción de tales deberes no es intranscendente para el Ordenamiento en tanto en cuanto siguen vigentes las normas sobre error o simulación como causas de invalidez del matrimonio (art. 73.1.º del Código Civil).

También se ha mantenido que el Derecho de Familia es un sistema cerrado y completo, es decir, capaz y autosuficiente para resolver los conflictos que se produjeran en su seno a través de sus propias normas. Siendo ello así existiría una suerte de concurso entre las normas establecidas en los arts. 1902 y en el antiguo art. 82, a resolver por la especialidad del primero. Pues bien, al margen de que el último precepto en la versión que amparaba esa tesis ha sido derogado, se trata de normas que tienen un fundamento y una finalidad diversa. En un caso se trata de resolver la crisis matrimonial mediante la suspensión o extinción del vínculo matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges.

Tampoco parece que el establecimiento de algún género de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes matrimoniales suponga una restricción inadmisible al ejercicio de la facultad de divorciarse. No ya, que también, porque en la misma situación estarían las instituciones enderezadas a resolver la crisis matrimonial, señaladamente, el establecimiento de una pensión compensatoria o la atribución del hogar conyugal al cónyuge no propietario, y nunca se las ha considerado legalmente como tales, sino porque, como ha quedado dicho, se trata de incidir sobre supuestos de hecho diversos.

En definitiva no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno. Es claro, por lo demás, que tal responsabilidad debe quedar sujeta a las normas que la rigen, es decir, pasa por la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que deba ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado entre el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor. Todo ello se acomoda, según nuestro punto de vista, a la realidad sociológica de la institución. Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes de modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el art. 1902 del Código Civil».

Como antes decíamos, la parte actora cita en apoyo de su tesis la sentencia dicha en los fundamentos de derecho de su demanda, para fundar la reclamación que efectúa por diferentes conceptos, pero todos con el mismo denominador co-

mún: la infidelidad conyugal y el ocultamiento de que el hijo no era del actor. Por lo que ahora, en sede de apelación, no puede alterar su demanda sosteniendo que no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual sino precisamente de lo contrario, de un incumplimiento contractual, desarrollando en su recurso la tesis contractualista del matrimonio para sobre la misma intentar la revocación de la sentencia sobre la base de un incumplimiento contractual, la institución del cobro de lo indebido, enriquecimiento injusto, abuso de derecho y fraude de ley alterando los fundamentos de la pretensión en su día sostenida lo que está prohibido por el artículo 456 de la LEC que delimita el ámbito de la apelación «con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia», lo que no es sino corolario del viejo principio «pendente apellatione nihil innovetur».

Delimitado que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, resta determinar si efectivamente se ha producido la prescripción de la acción para reclamar por los distintos conceptos que expone en su demanda. A este respecto si es necesario traer a colación la sentencia del TS de 14 de julio de 2010 que señala que «En cambio sí es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la sentencia de 28 de octubre de 2009 (rec. 170/05) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción».

Que ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente (STS 14 de julio de 2010). En efecto si nos remitimos a los conceptos empleados en la reclamación, la sentencia que estimó la impugnación de la paternidad matrimonial fue confirmada el 10-09-2007 y sobre la base de la misma, la sentencia de modificación de medidas acordó extinguir la patria potestad respecto de Julio así como la obligación alimenticia el 30 de diciembre de 2008, por lo que desde esta fecha pudo reclamar y no lo hizo. Las pruebas de paternidad son anteriores y los daños psicológicos y morales se asientan desde el momento en que tuvo conocimiento de su no paternidad y consecuente crisis conyugal. Por ello como expone la STS antes citada «... necesariamente ha de concluirse que... (a la) fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado».

Puede también considerarse como concluyente para descartar la paternidad la acreditación de la esterilidad o la incapacidad para la fecundación.

AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrero Hidalgo**

Por último, se impugna la sentencia por infracción del artículo 235-28 del CCC que exige que para la prosperabilidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y no matrimonial se exige una prueba concluyente que el presunto padre no es progenitor de la persona cuya filiación se impugna, y la prueba practicada no es concluyente de la inviabilidad de la fecundación por parte del padre.

Argumentado que no existe justificación alguna para la negativa a someterse a las pruebas biológicas para determinar la paternidad del Sr. Jacinto y ello porque se aportaba, y después se ha ratificado, como mínimo elementos probatorios de las dificultades de fecundación por parte del padre, la única prueba que ciertamente hubiera sido plenamente concluyente hubiera sido la propuesta. Ahora bien, puede también considerarse como concluyente la acreditación de la esterilidad o la incapacidad para la fecundación, en aplicación de dicha doctrina jurisprudencial que hemos citado, por ello deberemos analizar si la prueba practicada consistente en el informe y pericial médica lo acreditan, como así sostiene el Juzgador de Instancia en la sentencia recurrida.

Visto el dictamen pericial y oída la declaración del perito en el acto del juicio, debe ratificarse la valoración que de la prueba ha realizado el Juzgador de instancia, pues dicho perito sostuvo en todo momento la nula capacidad del Sr. Jacinto para una fecundación natural, dando explicaciones técnicas de tal conclusión, sin que existan pruebas que lo contradigan, pues aunque el Dr. Antón en su informe hubiera dicho que existía una baja posibilidad de fecundación, debe señalarse que no da ninguna explicación sobre lo que debe entenderse por baja pasibilidad, si se refería a una baja posibilidad natural o a una baja posibilidad total, pues el perito indicó que en virtud de la fecundación artificial podría conseguirse la misma, dada la existencia de un 0,5% de espermatozoides con motilidad. En todo caso, en el espermiograma consta el resultado claro del mismo y con base a ello y otras pruebas médicas que el perito dice que tuvo en cuenta, concluye en la imposibilidad natural de fecundación, y como se ha dicho no hay base alguna para contradecir tal conclusión, lo que conlleva a declarar que si existe prueba concluyente sobre la no paternidad del Sr. Jacinto.

Si la madre, reconociendo la relación sentimental, niega categóricamente que el actor sea el padre de su hija, es evidente que tiene los medios fiables para demostrarlo, tal y como es el sometimiento a la prueba biológica de su hija, a la que se ha negado tajantemente. Además, las fotografías aportadas acreditan que la relación se mantenía en la época de la concepción.

AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alfonso Carrión Matamoros**

La representación procesal de Belén recurre la sentencia dictada en primera instancia, alegando el error en la valoración de la prueba, dado que entiende que no se ha practicado prueba alguna, ni siquiera indiciaria, que demuestre que el demandante sea el progenitor de Irene, sino que solamente se ha acreditado que entre el demandante y su cliente llegó a existir una relación sentimental, que no continuó en las fechas de la concepción. Por ello, alega que la negativa de Belén de someter a su hija a las pruebas biológicas de paternidad, está justificada, ya que se

refiere a una niña de corta edad y tal negativa se basa en preservar a la misma de los inconvenientes de dicha prueba, por lo que la misma no podría producir los efectos de la «ficta confessio», teniendo en cuenta, como antes se dijo, que no existen indicios, bajo su punto de vista, de que existiera una relación sentimental entre las partes en fechas próximas al alumbramiento.

Ante ello hay que decir que la valoración de los medios de prueba practicados ha de ser realizada en su conjunto, correspondiendo la misma al juez de instancia, que ha dispuesto de todo el material probatorio practicado en las actuaciones y de la convicción derivada de la mediación en la práctica de las pruebas. La impugnación de la sentencia mediante el recurso de apelación por el recurrente, precisa la acreditación del error en el que fundamenta su argumentación, con referencia puntual y precisa a las pruebas de las que se infiera la existencia del mismo.

En tal sentido, ni de la exposición en la formalización del recurso interpuesto, ni del análisis de los medios de prueba practicados se desprende el error aducido, por lo que la pretensión del recurrente no tiene otra base que su interés en que su subjetivo y parcial criterio prevalezca sobre el del juzgador, lo que hace inadmisible la pretensión revocatoria.

Pese a los argumentos de la parte apelante, hay que decir que la prueba practicada en autos es suficiente para acreditar la relación sentimental entre las partes y que al momento de la concepción de la niña, estaban juntos.

Pese a la negativa de la madre a tal hecho, no sin admitir la relación sentimental que la unió al demandante durante unos años, lo cierto es que existen indicios suficientes para dar por acreditado que cuando fue concebida la niña, la relación no se había roto.

Así, el demandante alega que la relación duró hasta el día 21 de junio de 2008, y apoya tal dato importante en una serie de hechos, como son el pago del IRPF de la demandada el mismo el día 28 de mayo de 2008 (doc n.º 3 de la demanda), las fotografías y vídeos que acreditan su relación con la demandada, especialmente las aportadas como doc n.º 7 en el acto del juicio, de la comunión del otro hijo de la demandada, que se celebró el 24 de mayo de 2008, siendo el demandante el que sale en algunas fotos con la demandada y el menor, como así también consta otras fotos de la demandada con su anterior marido y el niño. Igualmente constan como doc n.º 8 los correos electrónicos enviados al actor por la hermana de la demandada en fecha 4 de junio de 2008, con las fotos de la comunión. Asimismo, como doc n.º 9 el listado de las llamadas telefónicas del demandante a la demandada entre mayo y junio de 2008. Y por último la prueba testifical, en la que los testigos declararon que con anterioridad al alumbramiento, la demandada les hizo declaraciones en relación con su embarazo y la supuesta paternidad del actor.

Frente a tal prueba, la demandada se limita a negar los hechos y a alegar que uno de sus testigos Eulalio adujo que mantuvo relaciones con ella en fecha compatibles con la concepción. Pero lo cierto que tal afirmación no ha quedado respaldada por ninguna otra prueba que pudiera acreditar su fiabilidad.

En todo caso, si la demandada niega categóricamente que el actor no es el padre de su hija, es evidente que tiene los medios fiables para demostrarlo, tal y como es el sometimiento a la prueba biológica de su hija, a la que se ha negado tajantemente alegando una serie de motivos que no pueden ser acogidos. Es obvio, en este punto, que ante hechos acreditados por el demandante de que existen indicios suficientes de que la relación sentimental entre las partes existía al momento de la concepción de la menor, existe una causa justificada para acceder a la prueba propuesta por el mismo, y por ello, en virtud de la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso de un proceso (art. 118 de la CE) y teniendo en cuenta los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 de la CE, es evidente que las partes tiene la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas, cuya negativa es obvio que coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24,1 de la CE (STS de 24 de mayo de 2001). Por ello, los motivos alegados por la demandada para no realizar la citada prueba no son de recibo y es conforme a derecho la doctrina aplicada por la Juez de Instancia en su sentencia, de la «ficta confessio» recogida en el art.767,4 de la LEC.

UNIONES DE HECHO

Con independencia del inmueble que adquirieron ambos convivientes y que está siendo objeto de liquidación en otro proceso, no se reconoce a la conviviente más derecho económico que 8.500 euros que se corresponden con el importe de la motocicleta que se adquirió con su dinero y que finalmente aparece como propiedad del conviviente. La unión de hecho solo duró tres años y no hubo voluntad de constituir una comunidad de bienes, aunque pudiesen existir algunas cuentas comunes.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José García Belda**

Por la representación de María Ángeles se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en la instancia solicitando su revocación y que se dicte otra en virtud de la cual se declare la existencia de una unión de hecho y de una comunidad de bienes entre la actora y Constantino estableciendo la participación en la misma de la recurrente o subsidiariamente la indemnización a la recurrente por aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto al menos en la cuantía de 8.500 euros (precio de la motocicleta adquirida con su dinero) y de las cuotas ingresadas en las cuentas comunes de prestación de desempleo y en todo caso la revocación de la condena en costas a la recurrente establecida en la sentencia recurrida.

Dictada sentencia declarando la existencia de una unión de hecho entre María Ángeles desde el año 2005 a 2009 y desestimatoria de las demás pretensiones ya que estima la juzgadora de instancia que de la prueba practicada no resultaría acreditado que existiera entre María Ángeles y Constantino (entre los que existió un noviazgo o convivencia «more uxoria») voluntad de constituir una comunidad de bienes toda vez que la actividad negocial de hostelería llevada a cabo por el demandado la realizaba ya este antes de empezar la convivencia con María Ángeles y se siguió llevando en la misma línea tras la misma y sin que tampoco se haya acreditado que el demandado Constantino se haya enriquecido y obtenido patrimonio a causa del correlativo empobrecimiento de la actora María Ángeles, alega en esencia la recurrente que ha existido una errónea valoración de la juzgadora de instancia de la prueba aportada por la parte actora, en concreto de la documental de varias cuentas bancarias, dos en Caja Rural, las números (…) y (…), en las que eran cotitulares María Ángeles y Constantino y otra cuenta en Caja Rural, la cuenta numerada como (…), en la que serían titulares Constantino y su hermano y figuraría María Ángeles como autorizada, existiendo otra cuenta numerada con el n.º (…) en CAM en la que eran cotitulares María Ángeles y Constantino y en las que se ingresaron todos los ingresos provenientes de la actividad de hostelería durante los años de convivencia así como lo percibido por desempleo durante 24 meses por María Ángeles (cuenta Caja Rural) sin que el demandado haya acreditado haber abonado nómina alguna a esta pese estar acreditado la colaboración continua de María Ángeles bien como cocinera o como camarera tanto en el restaurante como en el pub que llevaban en plano de igualdad como un proyecto común así como en el hogar y cuidado del hijo común de la pareja y en cualquier caso es evidente el error de la juzgadora, pues existe reconocimiento de las partes de que la motocicleta fue adquirida en 2005 con dinero de María Ángeles y por tanto debería concederse al menos la cantidad de 8.500 euros (precio de la motocicleta adquirida con su dinero) y el importe de las cuotas ingresadas en la cuenta común por la prestación de desempleo y ser indemnizada por el tiempo de convivencia común, pues, de contrario, se produciría un enriquecimiento injusto de Constantino al haber obtenido patrimonio a causa del correlativo empobrecimiento de la actora María Ángeles que ha acreditado

la colaboración continua bien como cocinera o como camarera tanto en el restaurante como en el pub que llevaban en plano de igualdad con Constantino como un proyecto común así como en el hogar y cuidado del hijo común de la pareja sin que en ningún caso proceda la imposición de costas por las dudas de hecho y de derecho que presentan las cuestiones debatidas.

Respecto a las cuestiones objeto de recurso ha de indicarse:

1) En orden a la alegación de la recurrente de que ha existido una errónea valoración de la juzgadora de instancia de la prueba aportada por la parte actora, en concreto, de la documental y testifical. Tras analizar de nuevo la Sala el resultado de las referidas pruebas no cabe llegar a conclusión distinta a la que ha llegado la referida juzgadora, pues resulta obvio que no existió pacto expreso entre María Ángeles y Constantino de que la unión de hecho «more uxoria» que efectivamente se reconoce que existió conllevaba implícita una comunidad económica sobre los beneficios generados por los negocios de Constantino a modo de sociedad ganancial ya que como perfectamente ha explicado la juzgadora de instancia en la resolución ahora recurrida, dándose por reproducidos tales razonamientos en aras a la brevedad, la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio aunque ambas instituciones estén dentro del derecho de familia ya que, en definitiva, las personas que forman la unión han decidido libremente no acogerse al régimen jurídico que conlleva la institución matrimonial y por tal razón no pueden aplicarse o proyectarse automáticamente siquiera por analogía las normas propias del matrimonio relativas a la sociedad ganancial o la compensación por ruptura y en consecuencia no existiendo pactos expresos no cabe generalizar sino aplicar restrictivamente la doctrina del enriquecimiento injusto a aquellos casos o situaciones en los que tales pactos se evidencia por actos concluyentes.

Sentado lo anterior no puede pasar desapercibido que al constituirse la unión de hecho ni María Ángeles y Constantino estaban sujetos a vínculo matrimonial alguno que les impidiera contraer matrimonio habiendo regentado y participado por su cuenta Constantino en establecimientos y negocios de hostelería mucho antes de iniciar la convivencia común con María Ángeles y ha continuado este haciéndolo después de cesar la relación de hecho, estando de alta casi siempre como autónomo durante dicho periodo de convivencia salvo el periodo en el que convivió con la demandante en Valencia en el que estuvo dado de alta en el régimen general, dándose el caso que María Ángeles durante la relación que duró aproximadamente tres años desempeñó diversos puestos de trabajo y además desde el nacimiento del hijo percibió ingresos por otros conceptos como son la prestación por maternidad, desempleo y subsidio por desempleo habiendo sido incluso contratada por Constantino como trabajadora por cuenta ajena cuando carecía de empleo como consta en la certificación de vida laboral (documento n.º 9, folio 76) por lo que en función de tal documentada relación laboral se justifica la colaboración de María Ángeles bien como cocinera o como camarera tanto en el restaurante como en el pub.

De otra parte no se ha acreditado que María Ángeles por razón de la convivencia con Constantino haya perdido algún puesto de trabajo o tras cesar en esta tenga algún tipo de impedimento que le impida desempeñar actividad laboral reconociendo esta que durante la convivencia ha incrementado su patrimonio ya adquirieron en común un bien inmueble en pro indiviso que no es objeto de esta litis y cuya liquidación se pretende en procedimiento ordinario de división de cosa común n.º 428/2010, por lo que ha de rechazarse que su periodo de convivencia con el demandado le haya supuesto a la actora una situación de empobrecimiento cuantificable e indemnizable a cargo del demandado.

Ciertamente existen dos cuentas corriente comunes de la pareja una en Valencia en la CAM y otra en Caja Rural en Alcalá del Júcar en la que la cotitularidad era compartida y en las que cada uno realizaba los movimientos económicos de sus esferas económicas privadas, sus retribuciones y sus gastos pero es obvio que del mero hecho de la cotitularidad de tales cuentas como se ha explicado antes no cabe deducir una íntegra comunidad en todos los negocios ya que al igual que no aparecen aportaciones significativas de María Ángeles en la cuenta en Caja Rural en Al-

calá del Júcar tampoco las realizó Constantino en la CAM.

2) Se alega por la parte recurrente que existiría reconocimiento por parte del demandado de que la motocicleta fue adquirida en el año 2005 con dinero de María Ángeles y por tanto debería concederse al menos la cantidad de 8.500 euros (precio de la motocicleta marca Honda matrícula ...-WSB adquirida con su dinero). Este extremo del recurso ha de acogerse, pues efectivamente está acreditado (véase documento n.º 2 de la demandada, folio 18) que la factura de adquisición por importe de 8.554 euros (IVA incluido) está a nombre de la actora y aunque el demandado alega que la referida motocicleta le fue vendida o regalada posteriormente por María Ángeles por «0» euros según documento n.º 4 aportado con la contestación a la demanda de fecha 23 de febrero de 2007 (folio 127) y prueba de ello es que en la misma fecha 23 de febrero de 2007 liquidó el impuesto de transmisiones a su nombre (documento n.º 5 de la contestación a la demanda, folio 128) lo cierto es que el documento n.º 4 aportado con la contestación a la demanda de fecha 23 de febrero de 2007 (folio 127) solo está firmado por el demandado Constantino y no aparece firmado por la adquirente de la motocicleta María Ángeles y, por tanto, al no estar acreditado que efectivamente María Ángeles consintiese su transmisión gratuitamente resulta correcto que se le pague el importe del coste de adquisición de la motocicleta máxime si el demandado ha sido prácticamente el único que la ha venido utilizando desde la fecha de su adquisición el 12 de Abril de 2005.

3) Se alega por último que en ningún caso proceda la imposición de costas en ninguna de las dos instancias procesales por las dudas de hecho y de derecho que presentan las cuestiones debatidas, a lo que ha de accederse ya que efectivamente la cuestión nuclear objeto de debate por sus características e índole presenta dudas de hecho y de derecho para cuya resolución ha sido preciso cierto esfuerzo ponderativo conforme se ha expuesto al debatirlas en el apartado correspondiente y además en función de la estimación parcial de la demanda conforme se ha indicado en el punto anterior.

Se reconoce al conviviente de hecho un crédito consistente en la mitad del capital amortizado durante la convivencia del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda propiedad de su pareja, ya que deben compensarse los intereses del préstamo con el disfrute de la vivienda mientras duró la convivencia. Los pagos del préstamo se hicieron desde una cuenta común que se utilizaba para el pago de todos los gastos.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 27 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jaime Riaza García**

La sentencia desestimó la demanda interpuesta al amparo del artículo 1.753 del Cc y de la doctrina del enriquecimiento sin causa con la que el actor pretendía el reembolso de 20.000 euros en que cifraba su aportación a la amortización del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda privativa de la demandada desde el año 2007 hasta que a finales de 2010 cesó la convivencia more uxorio entre ambos, por reputar que el enriquecimiento sin causa resultaba improcedente cuando el desplazamiento patrimonial era fruto del pacto entre las partes, como así ocurría en el supuesto enjuiciado en el que los contendientes reunieron sus respectivos recursos para afrontar indistintamente todos los gastos de dicha convivencia cuasi marital, cuanto más que al no haberse acreditado las aportaciones que se decían realizadas a ese fin resultaba imposible concretar el derecho de crédito que pudiera haber nacido de tales hechos.

Interpone recurso el demandante por error en la valoración de la prueba habida cuenta de que la demandada había reconocido en el interrogatorio la existencia de una caja común con la que se afrontaban todos los gastos familiares, préstamo hipotecario incluido, hasta el punto

que su nómina y prestación de desempleo habían sido domiciliadas hasta la ruptura de la convivencia en la cuenta de exclusiva titularidad de la demandada en que se cargaban las amortizaciones correspondientes, hecho este que también resultaba acreditado con el histórico de movimientos de dicha cuenta unido a los autos; subsidiariamente impugna la condena en costas por haber prescindido de las dudas que de hecho y de derecho presentaba el asunto.

Ciertamente el T.S. viene rechazando desde su sentencia 611/2005, de 12 de septiembre, que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía, sin perjuicio de que las uniones «more uxorio», cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia; ello es así con mayor razón si cabe desde el momento en que nuestro ordenamiento jurídico reconoce también del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, razón por la cual se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias»;

En particular la doctrina rechaza la posibilidad de extender a las parejas no casadas la regulación propia del régimen económico matrimonial lo que no empece a que puedan aquellas someterse a las reglas de la comunidad de bienes, sea de forma expresa o en virtud de un acuerdo tácito, en cuyo caso podrá existir un patrimonio común (sentencias de 22 de febrero y 19 de octubre de 2006, 8 mayo de 2008 y 7 de febrero y16 de junio de 2001 citadas en las de 16 de junio y 6 de octubre de 2011)

En este orden de cosas la propia demanda excluye cualquier pretensión de cotitularidad admitiendo que el inmueble en cuestión fue comprado a iniciativa y bajo la personal responsabilidad de su pareja, de modo que solo ella concurrió a la escritura de compraventa y el préstamo hipotecario le fue otorgado a ella con la garantía adicional de una segunda hipoteca sobre inmueble propiedad de su padre; ello no obstante, con una argumentación jurídicamente confusa y contradictoria —pues el préstamo, y en general cualquier otro contrato, excluye el enriquecimiento sin causa— sostiene que su aportación a la amortización del préstamo en cuestión le otorga un derecho de crédito contra quien era su pareja reproduciendo un esquema similar al del artículo 1.358 del Cc para el supuesto de aportación de fondos comunes para la adquisición de bienes privativos de uno de los cónyuges.

En este orden de cosas es pacífico que la convivencia cuasi marital de los litigantes y la necesaria prestación de alimentos a la hija común provocaron la reunión de ambos salarios bajo la natural premisa de hacer caja común para afrontar todos los gastos de la familia; igualmente debe considerarse probado que ambos contendientes orillaron cualquier consecuencia a la mayor aportación de cualquiera de ellos de acuerdo con sus puntuales y cambiantes circunstancias económicas, a sabiendas de la pendencia de la carga hipotecaria y de su peso en la economía común; ahora bien, con ser eso cierto, tampoco puede afirmarse que los litigantes hubieran llegado al pacto expreso o tácito de excluir cualquier reembolso, de manera que si bien no puede admitirse que la aportación del recurrente careciera de causa, tampoco sería razonable suponer que la contribución a la amortización del préstamo se hiciera a fondo perdido, por pura liberalidad para con su pareja, que habría ido consolidando un patrimonio que sin duda es privativo.

Sentado lo que antecede admitiremos que la cuantificación del crédito hecha en la demanda resulta absolutamente aleatoria, y que el demandante también disfrutó el piso ahorrándose la parte proporcional del alquiler de una vivienda, pero tales inconvenientes pueden ser salvados sin mayor dificultad; así el primero desaparece con la información obtenida en el curso del proceso, mientras que el segundo se subsana compensando los intereses del préstamo con el disfrute de la vivienda mientras duró la convivencia more uxorio, de manera que el crédito se ceñirá a la parte proporcional del capital amortizado durante esta.

No puede en cambio oponerse la hipotética incertidumbre de las aportaciones de cada uno de

los litigantes porque al ser la demandada titular de la cuenta en que estuvieron domiciliadas las nóminas, prestaciones de desempleo y también los cargos del préstamo hipotecario, el principio de facilidad de prueba por la disponibilidad de los medios de convicción que deberían ilustrar al tribunal a este respecto obraría en su contra y por tanto actuaremos bajo la presunción de la igualdad de cuotas en las aportaciones y gastos.

Así las cosas el anexo en el que se relacionan las amortizaciones mensuales de capital durante toda la vida del préstamo evidencia que entre el 1 de enero de 2007 y el 1 de septiembre de 2009, fecha en que al parecer se extinguió la convivencia pues el 13 de octubre ya figuran con domicilios separados en el documento en que regulan las consecuencias de la crisis de pareja sobre las relaciones paterno filiales, se amortizó un total de 7.637,61 euros del capital prestado, de modo que debe reconocerse al demandante un derecho de crédito por la mitad de ese importe, que devengará el interés de mora previsto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Cc, que será sustituido por el procesal regulado en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

CUESTIONES PENALES

Se absuelve al padre del delito de coacciones dado que tenía atribuido el uso de la vivienda familiar, por lo que el hecho de que la madre no pudiese acceder a la vivienda no supone infracción penal alguna.

AP Valladolid, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Teresa González Cuartero**

El Juez del Jdo. de lo Penal n.º 3 de Valladolid, con fecha 25.05.12 dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este recurso declarando probados los siguientes hechos:

«ÚNICO.— Probado y así se declara que los presentes autos fueron incoados en virtud de denuncia presentada por Petra, por los hechos ocurridos sobre las 3.00 horas del día 9 de junio de 2007, cuando ésta tras acudir a su domicilio, no pudo acceder al mismo ni por la puerta de acceso de la vivienda, con sus llaves, ni con el mando automático por el garaje, motivo por el que la Sra. Petra llamó a la policía, que una vez personada en el lugar pudo comprobar la imposibilidad de aquélla de poder acceder a su vivienda».

La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así:

«Que debo condenar y condeno a D. Erasmo, cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de un delito de coacciones del art. 172 del C. Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación da la tenencia y porte de armas por tiempo de un año y la accesoria de prohibición de aproximarse a Petra a una distancia inferior a 300 metros, al lugar donde ésta trabaje, resida a lugares que frecuente por el tiempo de un año y seis meses y a comunicarse con ella por cualquier medio por el mismo periodo de tiempo, y al pago de las costas procesales».

Desde el 28 de mayo de 2010, el acusado y la denunciada se hallan separados, por sentencia de divorcio del Juzgado n.º 3 de 1.ª Instancia de Valladolid, a tenor de la cual se atribuye el uso del domicilio familiar al padre, custodio de los dos hijos menores, luego, en primer lugar, se desconoce por qué acude esa noche al domicilio de Zaratán, cuando no es el suyo. No solo esto, no se ha acreditado en modo alguno que las llaves que ella llevaba, y que su amiga Silvia dice que no, fueran en efecto las del domicilio, ni mucho menor que, el acusado, hubiera puesto

otros por dentro o hubiera puesto otros por dentro o hubiera cortado la luz para que ella no entrara. De modo que, la simple constatación por la Guardia Civil, de que no pudo acceder a su domicilio que no era el suyo, es totalmente atípicas necesario modificar los Hechos Probados, ya que no se efectúa en los mismos imputación alguna al acusado, se limita a relatar que Petra no pudo acceder al domicilio, sin atribuir al acusado conducta alguna, con lo que, con tal relato de hechos, no impugnado, tampoco es posible la condena.

No recoger a los hijos en el día señalado para el régimen de visitas motivó la condena al padre por una falta del art. 618.2 del Código Penal.

AP Valladolid, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Teresa González Cuartero**

Teodulfo y Salomé se divorciaron, en Autos de Juicio de Divorcio n.º 291/09, señalándose en la Sentencia el oportuno régimen de visitas para el cónyuge no custodio, el acusado en este caso. En fecha 23.11.11, el acusado no recogió a su hija del domicilio materno, cuando le correspondía legalmente dicho día la visita, sin causa justificativa.

En los hechos probados, correctamente, se hace constar como acreditado, y así es, el propio acusado lo reconoce, que, el día 23.11.11, Teodulfo no recogió a su hija menor, del domicilio de la madre, para cumplir las visitas acordadas, sin causa justificada. Y no está justificado porque, aunque, en Juicio Oral, él dice que no pudo acudir a la hora fijada por motivos de trabajo, no lo justifica en modo alguno. Alegando lo ocurrido en otras ocasiones, cuando ella no le permitió llevarse a la niña por causas varias, pretende la parte argumentar que, en el caso objeto de la denuncia, también pudo deberse, el incumplimiento, a divergencias entre los ex cónyuges. No es así, en este caso, el acusado sencillamente no acudió a por la menor, no cumplió con su deber, y, por tanto, su conducta debe incardinarse en la propuesta del art. 618,2 del C.P. Como decimos, las otras ocasiones en que la madre no le permitió llevarse a la menor, se hallan justificadas a presencia policial, porque la madre requiere a los Agentes para que ratifiquen los motivos por los que no le entrega a la niña, en absoluta caprichosa, sino de peso. Y por tanto, no cabe atribuirle a la madre sin más una actitud optativa a las visitas, sino, por el contrario, ella se limita a adoptar precauciones para proteger a la menor, y es por eso por lo que se ha solicitado la modificación de las medidas. Y como no cabe hacer descansar sobre la actitud de la madre la conducta del padre, este, en el caso de autos, faltó deliberada e injustificadamente a su obligación, no acreditando en modo alguno la excusa que ofrece, con lo que debe revocarse la sentencia y condenársele como autor de una falta del art. 618,2 del C.P., debiendo imponérsele la pena de 10 euros, y arresto sustitutorio de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas impagadas, y costas de ambas instancias.

Se absuelve al padre del delito de abandono de familia por el que había sido condenado al faltar el requisito de procedibilidad por no haberse interpuesto la denuncia por los hijos ya mayores de edad y auténticos agraviados por el hecho.

AP Cantabria, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Paz Mercedes Aldecoa Álvarez-Santullano**

Frente a la sentencia que le condena como autor de un delito de abandono de familia del art. 227 del Código penal se alza en apelación el Sr. José alegando con carácter principal indebida

aplicación del tipo legal por considerar que de entrada falta el requisito de procedibilidad por no haberse interpuesto la denuncia por los hijos ya mayores de edad y auténticos agraviados por el hecho. En segundo lugar se opone la excepción de prescripción del delito y se aduce con carácter subsidiario la prescripción de parte de las cantidades adeudadas y finalmente se impetra la reducción de la pena impuesta.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso. Igualmente la representación de Dña. Maite se opuso al acogimiento del recurso.

La Sala comparte los argumentos del recurrente y considera que la sentencia de instancia ha de ser revocada.

De entrada, ha habido una indebida aplicación del art. 228 del C.P. que establece que «los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

El tenor del precepto que se entiende infringido es claro al respecto, y la interpretación dada al mismo por los Tribunales de Justicia también es contundente.

Entre otras muchas, la S. de la A.P. de Burgos de 18 de marzo de 2006, o la de la AP. Barcelona 8/3/2005 o la de la AP de Madrid Sección 23 de 17 de julio de 2007 señalan que los delitos de abandono de familia, menores e incapaces siguen teniendo en el CP de 1995 vigente el carácter de semipúblicos, ya que por razones de oportunidad y de conveniencia familiar, no cabe que sean perseguidos de oficio. El art. 228 CP 1995 señala con toda claridad, que los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

Y cuando, como en este caso, el procedimiento se ha iniciado una vez que los supuestos agraviados, es decir, quienes deben percibir la pensión o prestación económica señalada en la resolución judicial de familia, tienen plena capacidad porque ya han alcanzado la mayoría de edad, conforme al art. 315 CC, y, por tanto, no precisan la actuación de representante legal alguno para completar su capacidad de obrar procesal (art. 322 CC.), su ausencia del proceso priva definitivamente de legitimación a su madre denunciante que ha actuado excediéndose en las facultades que la ley le tiene reconocidas.

Y puesto que la jurisdicción penal no permite interpretaciones extensivas en contra del reo, hay que entender que la madre de los hijos mayores de edad no suple la inactividad procesal del último por lo que, a falta de denuncia de esos hijos que tienen la plenitud de sus derechos civiles, sin que por otro lado tampoco se hubieran personado en la fase intermedia del proceso y ni siquiera hubieran comparecido en el Plenario para manifestar su conformidad con la acción civil ejercida por su progenitora, ha de decirse rotundamente que subsiste el inconveniente reiteradamente denunciado a lo largo del presente procedimiento por parte del apelante de la falta del requisito de procedibilidad que exige la ley para perseguir un posible delito de abandono de familia que sólo podía ser suplido por la denuncia realizada por aquellos.

En consecuencia, si la resolución judicial de la que nace el deber de satisfacer una determinada pensión o cantidad individualiza y concreta quién es ese miembro más débil de la unidad familiar en cuyo beneficio se constituye, y tal miembro ha alcanzado la plenitud de sus facultades y derechos civiles hasta el punto de que no tiene que depender ya de un representante legal para su actuación válida en derecho, parece clara la solución: prevalece el requisito de procedibilidad de que denuncie el propio agraviado, o sea, el hijo o hijos, lo que aquí no ocurrió.

En conclusión, atendido el momento procesal en que nos encontramos y comprobado que no hubo denuncia de los realmente agraviados por el posible delito de abandono de familia, dado que estamos ante vicio ya insubsanable, sólo cabe el dictado de una sentencia absolutoria.

En cualquier caso, entiende la Sala que a la vista de los hechos que se han declarado probados en la sentencia de Instancia a la luz sin duda de la prueba que en el acto del juicio se ha practicado, la conclusión sería indudablemente la misma.

Efectivamente, de un lado baste examinar el relato fáctico para comprobar, que ninguna referencia se hace a la posibilidad por parte de aquel a quien se ha impuesto la prestación económica de poder cumplir la misma, elemento éste integrante del tipo penal y sin cuya concurrencia evidentemente los hechos serían atípicos. Pero es que en la Fundamentación Jurídica de la resolución y con un obvio valor de hecho probado se consigna expresamente que «hubo considerables dificultades económicas que impidieron dar cumplimiento a los requerimientos judiciales», «que no había dinero para pagar sueldos», «que incluso el Sr. José no cobró el sueldo durante meses de los años 2008 y 2009 por las serias dificultades económicas del negocio», «que cuando hubo se retuvo del sueldo…».

De todo ello la conclusión evidente es que el Juzgador entendió que el sujeto obligado a llevar a cabo la acción debida (el pago) no tenía capacidad para realizarla dado que los recursos de este señor, al menos en esos momentos, eran muy limitados presentando severas dificultades económicas, que llegaron hasta el punto de no ver satisfecho su sueldo(así lo entiende acreditado la Magistrada de Instancia y por tal razón absuelve a la coacusada del delito de desobediencia).

De cuanto hemos dicho cabe concluir que aún cuando formalmente existía la resolución judicial que obligaba a abonar una prestación económica y hubo un impago, éste no fue culpable por imposibilidad de hacerle frente y por tanto se trataría de una conducta que no es penalmente típica.

Por todo lo expuesto ha de revocarse la sentencia dictada en lo referente al pronunciamiento condenatorio del Sr. José con expresa declaración de oficio de las costas en ambas instancias.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

Existe un ejercicio abusivo de la patria potestad por parte del padre a quien se le atribuyó la custodia, quien pretende anular la figura materna y provocar un síndrome de alienación parental, por lo que se considera justificado el cambio de custodia en favor de la madre.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de Santander, Sentencia de 28 de septiembre de 2012

Ponente: **Magistrado-Juez Ilma. Sra. D.ª Aída María Barreda Gómez**

Los litigantes mantuvieron en el pasado una relación sentimental, fruto de la cual nació una hija, Alba, el (…) de 2008.

Por sentencia de divorcio, dictada el 21 de Abril de 2010 por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 11 de Santander se otorga la guarda y custodia de la menor a su padre, siendo confirmada por la Audiencia Provincial, añadiendo a las visitas, además de los dos días intersemanales y en vez de un fin de semana al mes, fines de semana alternos.

Para que se proceda a la modificación de una medida adoptada en un proceso de nulidad, separación o divorcio, conforme a reiterada jurisprudencia de cita excusada por ser sobradamente conocida, que interpreta el artículo 91 del Código Civil, es preciso que se haya producido una alteración sustancial de circunstancias en relación con las que se tuvieron en cuenta cuando la medida fue adoptada, es decir, una alteración relevante y significativa, o lo que es lo mismo, que se trate de circunstancias sobrevenidas, de notoria entidad, que sean imprevistas, surgidas de acontecimientos ajenos a las partes y sin posibilidad de previsión anticipada, que no sean coyunturales, sino permanentes y estables en el tiempo. Es preciso que lo que acaece sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible de las circunstancias.

«En esta línea, viene siendo criterio de la jurisprudencia que las medidas complementarias establecidas en un pleito matrimonial, de separación, divorcio o nulidad, bien sea de mutuo acuerdo ya contradictorio, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias: y ello ha de implicar para el éxito de la pretensión modificadora deducida, una alteración de los datos y factores sobre los que se asentó la resolución judicial, y ello en forma tal que los pronunciamientos de la misma no respondan ya a la realidad subyacente, originándose una lesión de los derechos de los litigantes o de los hijos sometidos a custodia, siempre que además dichas circunstancias no sean propiciadas voluntariamente por alguna de las partes, precisamente aquélla que insta el proceso modificatorio, y se imponga de forma imprevisible, no pudiendo, en consecuencia, encuadrarse en las antedichas previsiones legales, aquellas que ya fueron contempladas, en visión de futuro, al momento de dictarse la resolución judicial que se intenta, o se intuyera su advenimiento en un elemental cálculo previsor», siendo que la posibilidad contemplada en el inciso final del artículo 91 del Código Civil no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria

de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y sí cuando las medidas acordadas se revelen como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación y requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: que las alteraciones sean verdaderamente transcendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias, que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que fueron establecidas.

La decisión de asignar la custodia del hijo a uno u otro progenitor, en caso de crisis de su unión, y reclamando ambos dicha función, se hace sumamente difícil.

Con esta perspectiva hay que examinar la prueba practicada teniendo en cuenta como presupuesto inicial que cualquiera de los dos progenitores son en principio aptos para la atención y cuidado de los menores.

Pues bien, del estudio de las actuaciones, del examen detallado de cada prueba y valorada toda ella en su conjunto y objetivamente se sigue la hermenéutica interpretativa apreciada por el Ministerio público, entendiendo que lo más aconsejable para los hijos sea un cambio en el ejercicio de la guarda y custodia.

Hay que insistir en que cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué es lo más favorable para los mismos («favor filii»), y por lo tanto prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores contendientes, se trata en el caso de autos de decidir cuál es el ambiente más favorable para la hija.

Ambos padres se encuentran capacitados para ostentar la guarda y custodia de los menores.

Los motivos argüidos por la parte actora para justificar la modificación se fundan en el uso exclusivo y abusivo del progenitor custodio en el ejercicio de la patria potestad.

Precisar de entrada mi desacuerdo con el anterior juzgador con la separación de una niña de escasos meses de edad de su progenitura, en unas condiciones perfectamente normales y con la distancia existente entre Cataluña y Cantabria, lugar en el que ambos tienen trabajo fijo respectivamente en las Fuerzas de Seguridad del Estado y Autonómicas y con escasa posibilidad de movilidad, no considerando «inopinada» la decisión de la madre de venir a Santander con la menor, siendo éste el lugar donde vivía su familia y contando la menor con escasos meses y por ende no causándole ningún perjuicio. A mi entender se causa un mayor perjuicio a una niña de meses y con lactancia materna separándole de su progenitura que de su padre, sus abuelos paternos y la ciudad en la que ha nacido y más aún si tal y como se expresa en la sentencia existe paridad de situaciones entre ambos progenitores.

No obstante no son ahora objeto de debate los hechos que condujeron a dictar la sentencia ya firme y confirmada por la Audiencia al considerar que la menor estaba perfectamente adaptada al entorno familiar en Cambrils y considerando lo más beneficioso en interés de la menor continuar con la custodia paterna.

En primer término de la prueba practicada en la vista se colige que la menor, que ahora cuenta con cuatro años de edad está perfectamente adaptada, manteniendo una relación con su progenitor y familia paterna adecuada. Así lo demuestra el informe final de curso adjuntado a la contestación.

En ningún momento se duda de tales afirmaciones. La cuestión objeto de litis consiste en dilucidar si efectivamente existe un ejercicio abusivo de la patria potestad por parte del progenitor custodio y si realmente pretende anular la figura materna y provocar el síndrome de alienación parental, lo que si iría en detrimento de los intereses de la menor.

Tras la extensa vista celebrada y examinada la documental adjunta se traerán a colación todos los extremos impetrados por la parte actora y negados por la parte demandada para intentar fallar lo que sea más conveniente en interés de la menor, teniendo en cuenta que el principio de favor filii es el que debe prevalecer en este tipo de procedimientos.

Así lo exige el principio constitucional de protección integral de los hijos a tenor del artículo 39.2 de nuestra Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, por la asamblea general de las Naciones Unidas de 20 de Octubre de 1989 y ratificada por España por medio de Instrumento de fecha 30 de Noviembre de 1990, B.O.E., 313, de 31 de Diciembre de 1990.

Resulta acreditado en los interrogatorios y en la documental adjuntada con la contestación que D.ª Sonsoles se ha visto custodiada por la policía local de Cambrils en las entregas y recogidas que ha realizado de su hija desde que el Sr. Eladio tiene asignada la custodia.

En la sentencia de 21 de Abril de 2009 en ningún momento falla que las entregas y recogidas se hagan por mediación de Policía alguna, ni siquiera por medio de un punto de encuentro familiar. Es más en los razonamientos jurídicos de las medidas adoptadas se expone que se aportan informes de ambos progenitores que no ponen en duda su capacidad para ser buenos padres, existiendo paridad de situaciones e idoneidades.

La cuestión no resulta baladí si observamos que al encargar los servicios de la Policía Local, el progenitor custodio está empleando una añagaza urdida para evitar que la menor tenga una relación normalizada con su madre. Su fin es proyectar una imagen distorsionada de la progenitura intentando hacer ver a la niña la necesidad de estar custodiada por Policías Locales cada vez que su madre acude a su encuentro.

Pese a los intentos infructuosos de la progenitura de poner fin a la citada situación, acudiendo al Ayuntamiento de Cambrils y al Defensor del Pueblo, son múltiples los informes emitidos por la Policía Local, tal y como constan en autos, considerando grave tal situación. Si el progenitor pensara en el interés de su hija procuraría que las visitas con su progenitora fueran fluidas, sin intermediarios que hagan pensar a su hija que su madre es alguien peligroso o extraño que requiera asistencia policial para recogerle, máxime cuando no exista ningún mínimo indicio de violencia física o psíquica hacia la menor y cuando ninguna autoridad judicial lo haya fallado.

El Sr. Eladio y su entorno están ejerciendo, desde hace años, una transformación de la conducta de la niña, con objeto de destruir sus vínculos con su madre. Estas estrategias han incluido desde no enseñarle castellano hasta que ha acudido al colegio, pasando por la deformación de la realidad de tal modo que sea muy difícil discriminar qué parte es cierta o no y llegando hasta solicitar a los servicios médicos del Departament de Salut de la Generalitat que se bloqueen todas las tramitaciones que se puedan hacer de su hija tanto médicas como documentales con el fin de que como representante sólo él tenga acceso a los datos, exceptuando los equipos médicos (véase documento n.º 14 adjuntado en el acto de juicio).

Se adjunta certificado del ISFAS en la que se detalla que la niña permaneció dada de alta hasta el día 15-10-2009, que fue dada de baja a petición expresa de su padre, por tener asignada la custodia de la menor.

Sin perjuicio de las versiones contradictorias en el ámbito médico, lo que resulta adverado en la causa es que D.ª Sonsoles presenta una queja ante «AL DEPARTAMENT DE SALUT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA» por un incidente en el que, antes de hacer una necesaria valoración de urgencia de la menor, se le comunica que tienen instrucciones concretas que figuran en el historial médico que les impiden atender la urgencia sin estar el padre presente o su consentimiento expreso, comunicándole que tras intentar ponerse en contacto telefónico con él y no contestar pidió el historial médico de su hija denegándoselo porque necesitaban el consentimiento del progenitor.

Los motivos argüidos por el demandado obedecen a que ese mismo día él había sufrido un accidente.

En todo caso es indiferente que él pudiera o no contestar a la llamada telefónica. Lo importante es el abuso en el ejercicio de la patria potestad y el modo sigiloso de tomar decisiones en exclusiva con absoluta dejación de funciones de la progenitora. Tales hechos se acreditan en la contestación a la queja que emite la Directora del Área Básica de Salut de Cambrils, en la que se pide disculpas ante el malentendido por parte de un administrativo que trabajaba en el centro que puso un flash administrativo en la ficha de su hija, sin potestad para hacerlo, que posterior-

mente generó una serie de actuaciones por parte del resto de profesionales, que en ningún momento tenían que haber ocurrido. Lo relevante de la situación es la causa por la que el citado administrativo tenía tales instrucciones. (Véase documento n.º 1 adjuntado por la actora en la vista y el documento 6,2 incorporado a la demanda).

A mayor abundamiento existe una escasa colaboración en el derecho de visitas de su progenitora. Si el Sr. Eladio no supeditara el interés de su hija al suyo propio tendría en cuenta que son muy escasas las ocasiones en las que la madre puede ver a su hija dado su horario laboral y la lejanía entre los domicilios y propiciaría que se vieran cuantas veces fuere a Cataluña, sin perjuicio del estricto régimen que imponga una sentencia. Debería pensar que los problemas de quienes viven este tipo de situaciones van a ser un empobrecimiento en distintas áreas de su personalidad por la sensación de pérdida de una de las principales figuras de apego, tal y como es la figura materna.

Si la progenitora no puede acudir un fin de semana estipulado porque en su condición de Guardia Civil ha de ajustarse a un calendario laboral, el progenitor no le permite disfrutar del siguiente «porque no le corresponde», no pensando en el interés de la menor que puede estar dos semanas sin ver a su progenitora.

Los constantes problemas son acreditados por Juan Alberto, compañero de trabajo de D.ª Sonsoles que le acompaña en una ocasión a Cataluña.

Igualmente existen sucesivas denuncias en los Juzgados de Instrucción de Reus y un procedimiento de ejecución de sentencia seguido ante el presente juzgado en el que el anterior juzgador, el mismo que dictó la sentencia que se pretende modificar, dicta y ratifica un auto despachando ejecución, auto que es confirmado por la Audiencia Provincial detallando que la elección de los periodos vacacionales por el Sr. Eladio debe ser notificado con suficiente antelación, obviando modificaciones sorpresivas y abusivas, en perjuicio de la contraparte.

Resulta igualmente acreditado con la documental adjunta que la progenitora ha tenido sucesivos problemas para ponerse en contacto con la guardería en la que estaba matriculada hasta Junio de 2011. No existe comunicación entre ambos. Tampoco ha intervenido la progenitora en la decisión de llevarle a clases extraordinarias, desconociendo en qué consisten. En la vista expresa que el horario es excesivo, teniendo en cuenta su corta edad. A la edad de cuatro años no suelen ser frecuentes las clases extraordinarias y en su caso si se decide «unilateralmente» fijarlas se pueden llevar a cabo cualquier otro día de la semana que no sea precisamente el viernes hasta las 18.30 horas para reducir así el horario de visitas de la progenitora.

La falta de comunicación con la progenitora para decidir cuestiones que forman parte de la órbita de la patria potestad, ha llevado a la misma al extremo de dirigirse al arzobispado de Tarragona para conocer si su hija ha recibido el Santo Sacramento del Bautismo, pues tiene la intención de celebrarlo y tras ponerlo en conocimiento del Sr. Eladio sin obtener respuesta, quiere evitar duplicidades (documento n.º 19 adjuntado a la vista).

Son múltiples las ocasiones en las que al Sr. Eladio no le funciona el móvil.

Finalmente se advera que el demandado ha solicitado y obtenido por la Generalitat de Catalunya el reconocimiento de la condición de familia monoparental (documento n.º 28 de la contestación).

Examinados los requisitos para la obtención del reconocimiento de monoparentalidad, se desconoce la causa por la que se le concede tal beneficio, al no cumplir una de las condiciones consistentes en no percibir pensión alimenticia. El Sr. Eladio percibe mensualmente 300 euros de la Sra. Sonsoles en concepto de pensión alimenticia para su hija Alba, acreditándose en la causa su pago efectivo.

Conforme a lo estipulado en el Decreto 151/2009 de apoyo a las familias, en Cataluña el reconocimiento de monoparentalidad le permite el ejercicio exclusivo de la patria potestad (documento n.º 22 aportado en la vista por la actora). Es por tal motivo por lo que existen múltiples malentendidos con los distintos ámbitos de la Administración Catalana en el ejercicio de la patria potestad por la progenitura.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto se acredita en el documento n.º 27 adjuntado a la vista por la parte actora que Eladio, en Octubre de 2009, teniendo la custodia de Alba y siendo Mozo de Escuadra se presenta a oposiciones en Santa Eulalia del Río (Ibiza) para acceder al Cuerpo de Policía Local, con su amigo Imanol, que de haber aprobado le hubiere vinculado al citado lugar al ni siquiera tener carácter nacional, lo que acredita de nuevo el ánimo de separar a su hija de su progenitora. En nuestro Derecho interno, el Código de Familia no determina con claridad las funciones inherentes a la patria potestad, diferenciándolas de las que corresponden a quien ostenta los derechos de custodia exclusiva, ni determina a cuál de los progenitores —en caso de conflicto— corresponde decidir el lugar de residencia del menor, por lo que se hace precisa una labor de delimitación del contenido de ambas figuras y de los derechos y obligaciones que comprende cada una de ellas en cuanto, en la inmensa mayoría de los casos, sólo uno de los progenitores tiene atribuida la custodia del menor, aunque ambos ejerzan conjuntamente la patria potestad sobre el mismo. En los casos de ruptura convivencial de los progenitores, el guardador precisa, respecto a la decisión sobre el cambio de residencia habitual de un menor y para su adopción, del consentimiento del no custodio, o, en su defecto, autorización judicial. La función (derecho-deber) de velar por los hijos menores es atribuida por el art. 137.1 del CF a quienes ejercen la patria potestad sobre los mismos; ese deber —y a la par facultad— de velar por los hijos no corresponde de manera exclusiva al progenitor guardador. Para el adecuado ejercicio de dicha función por el no custodio es evidente que el mismo tiene derecho a estar plenamente informado por el otro de todas las incidencias de importancia que afectan a la vida, salud, educación y formación del menor en todos los órdenes y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones o asuntos de importancia que afecten a la vida, salud, educación y formación integral del menor, Y no cabe duda de que la decisión de cambiar el lugar de la residencia habitual del menor es una decisión de suma trascendencia como para no comunicarlo a la progenitora.

La STS de 2 de julio de 2004 señala que el cambio del lugar de residencia habitual de un menor, con traslado de su domicilio a otra población y subsiguiente cambio de colegio o institución de enseñanza, es una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor, y no puede calificarse como ordinaria o habitual en el seno de la familia, puesto que resulta excepcional conforme a los usos sociales, y, por ello, tal decisión debe encuadrarse dentro de los que la doctrina ha denominado actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que deben ser realizados conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Bajo esta perspectiva, resulta indudable que el cambio de domicilio de un menor es un acto incardinable entre los de ejercicio extraordinario de la patria potestad, tanto por su trascendencia como por su falta de habitualidad y cotidianeidad, que lo convierten en un acto de carácter excepcional y de suma importancia para la vida del propio menor y la de su familia Salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, el padre o la madre que ejerza la patria potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de educación, para cambiar el domicilio del hijo o hija menor cuando lo aparte de su entorno habitual.

Por lo expuesto, se entiende que existe una modificación sustancial de las circunstancias que permite la atribución de la custodia a la madre.

De lo contrario, el uso exclusivo en el ejercicio de la patria potestad por el progenitor generará en la menor un vínculo basado en la dependencia emocional del padre y el distanciamiento de su madre. Esto puede producir en la niña a medio-largo plazo un empobrecimiento de sus habilidades sociales y de la capacidad empática, un aumento de las conductas disruptivas y disminución del control de impulsos.

La adopción de todas las medidas posibles para lograr de forma progresiva la reanudación de la relación madre-hija, manteniendo la guarda y custodia del padre, dada la relación afectiva y la integración social familiar y escolar que la menor tiene en el entorno paterno, ha resultado inviable por la actitud decidida del progenitor de que no exista relación normalizada entre la madre y la menor.

De los datos de hecho expuestos resulta que desde que se dictó la Sentencia de guarda y cus-

todia los contactos de la madre con la menor han sido puntuales, dada la negativa del padre a que Alba tenga una relación normalizada con su madre, conducta que desde luego constituye un reiterado incumplimiento del padre de las obligaciones derivadas del régimen de visitas y de comunicación establecido en la resolución Judicial y un abuso en el ejercicio de la patria potestad que ha venido sido ejercido en exclusiva.

Se cumple por tanto el presupuesto de hecho que de conformidad con lo dispuesto en el art. 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede dar lugar a la modificación del régimen de guarda.

El Sr. Eladio en lugar de fomentar y alentar el respeto y amor hacia el otro progenitor, el padre y su entorno, con diversas estrategias, desde hace años, están provocando una transformación de la conducta de la niña, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con su madre. Estas estrategias han incluido desde lo más simple como decirle a la progenitora que no le dé a la niña determinados yogures sin más explicación al considerar «ser cosa suya» a otros más graves como conseguir la monoparentalidad con los efectos que tiene en Cataluña o custodiar a la madre con Policía Local cuando visita a su hija, impidiendo que se desarrolle con normalidad.

La conducta del padre está perjudicando gravemente a la menor, a la que no solo está privando de su derecho a relacionarse y a estar con su madre, sino que está destruyendo uno de los referentes básicos en el desarrollo y formación integral de la menor, cual es la figura materna, con las perniciosas consecuencias en la formación de su personalidad que la falta de la figura y presencia materna puede generar: empobrecimiento en distintas áreas de su personalidad por la sensación de pérdida de una de las principales figuras de apego, generación innecesaria de temor, ansiedad y miedo, situaciones que crean en los menores vínculos basados en la dependencia emocional y el temor hacia su madre.

La única solución posible para conseguir que se normalicen las relaciones de la menor con ambos progenitores y sus respectivos entornos familiares es acordar el cambio de guarda y custodia solicitada por la madre, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal.

Procede acordar que la guarda y custodia se ejerza por D.ª Sonsoles, con la ayuda inicial, por el menor tiempo posible, de su madre (que va a jubilarse en poco tiempo) y familia extensa. Para que la madre y la hija desarrollen vínculos afectivos, es preciso que la progenitora participe de forma activa y se implique en la atención directa y personalizada de la menor, procurando no delegar en terceros; debiendo, incluso, reducir su jornada si la dedicación a la misma impide prestar atención diaria, directa y personalizada a su hija.

Para que el cambio de guarda y custodia se lleve a cabo en la forma menos traumática posible para la menor se aconseja si fuera preciso que la menor reciba tratamiento psicológico específico para facilitar el cambio de guarda y custodia, así como trabajar las actitudes distorsionadas que desde el entorno paterno se han inculcado a la menor.

Lo importante, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 24 de junio de 2009 es que, «las medidas dimanantes de cualquier pleito atinente a la separación, a la nulidad o al divorcio que afectan a menores de edad, deben fijarse siempre en interés de los mismos, con independencia incluso de lo pedido por las partes en litigio, lo cual no vincula en absoluto al órgano jurisdiccional, por tratarse de cuestiones de orden público, según resulta de una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, siendo de destacar, entre otras muchas sobre el particular, las sentencias de 2 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1984 del Tribunal Constitucional y de 4 de marzo y 4 de octubre de 1999, 17 de enero de 2000, 23 y 26 de enero y 12 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona, y por tanto, acorde con esta consolidada jurisprudencia, no puede reputarse incongruente la sentencia que establece la modificación de las medidas en función del principio del «favor minoris», pues si bien, tal como proclaman las mentadas resoluciones, el principio de congruencia es de inexcusable aplicación en las peticiones de separación, nulidad o divorcio y en las medidas afectantes exclusivamente a los consortes, pero no en lo concerniente a las medidas relativas a hijos menores de edad, debido al carácter tutelable de oficio, de ahí la necesaria

intervención del Ministerio Público. Así pues, el órgano jurisdiccional no precisa sujetarse a los pedimentos de las partes, ya que, en cuanto a tales efectos, no rige en modo alguno el principio de prohibición de la "mutatio libeli", (…) y ello con independencia incluso de lo solicitado por los litigantes, si considera, como es el caso, que ello redunda en beneficio del hijo por aplicación del principio del "favor filii"».

Conforme a dicha doctrina, en el establecimiento de las medidas que deban afectar a los hijos menores de edad, el órgano judicial no se ve constreñido por lo solicitado por las partes, y debe establecerlas, las hayan pedido o no aquéllas, siempre en beneficio del menor, cuyo interés es el más necesitado de protección. En este mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de esta Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 25 de mayo de 2.009, en la que se razona que no incurre en incongruencia ni vulnera el principio de la «reformado in peius» la Sentencia dictada en apelación, por el hecho de introducir un pronunciamiento no solicitado por las partes, en relación con el traslado de centro de un menor, «habida cuenta que se trata de una cuestión de orden público, prevaleciendo en cualquier caso el interés del menor». Y esta Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, también se ha pronunciado en este mismo sentido, en una también reciente Sentencia de 13 de mayo de 2009, en la que decíamos, y ahora reiteramos, que «es de recordar que, en procedimientos cual el que nos ocupa, tas medidas que afectan a los hijos menores, ya sean matrimoniales o no, no están absolutamente supeditadas al principio de rogación, dado que como proclama el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de diciembre de 1987, rigen en tal aspecto elementos de *ius cogens*, sobre la base del preponderante principio del *favor filii*, que permite al juzgador establecer los pronunciamientos que estime más adecuados para la protección de los prioritarios intereses de la prole, pudiendo rebasar, cualitativa o cuantitativamente, los pedimentos, o ausencia de ellos, de los litigantes, sin incurrir por ello en incongruencia. En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de julio de 2004, en que igualmente se alegaba que la sentencia recurrida había concedido más de lo solicitado —incongruencia «ultra petitum»— al establecer un régimen de visitas que la parte adora no solicitó de forma expresa en la demanda, proclamando que «dicha tesis es insostenible desde el instante mismo que en la sentencia recurrida se ha aplicado el principio general establecido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que establece que en todo caso primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legitimo que pudiera concurrir; lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio las características, alcance y modalidades que establece el Código Civil, en relación al derecho de visitas de los progenitores».

En el presente caso el progenitor ha venido obstaculizando de forma consciente, constante y reiterada las relaciones de la madre con su hija, y ha intentado manipular a la menor.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, Sentencia de 21 Julio 2009, rec. 251/2008

También se ha valorado si perjudica a una menor de cuatro años el cambio de residencia.

Y es en los criterios utilizados judicialmente en la práctica para valorar si el cambio de residencia resulta o no perjudicial para el menor donde cobran relevancia los distintos tipos de cambio, pues aunque el criterio preponderante para la resolución de la controversia es, naturalmente, la protección del interés superior del menor o *favor minoris* con carácter preferente y prioritario sobre cualquier otro interés o consideración de los progenitores que pudiere concurrir, resulta indiscutible que, para decidir si el cambio de domicilio resulta beneficioso o perjudicial para el menor, también habrán de ser tenidos en cuenta como relevantes los motivos o circunstancias objetivas que justifican el cambio. Cuando el menor es de corta edad (2 a 5 ó 6 años), su capacidad de adaptación al nuevo entorno escolar o social es mayor por el todavía escaso nivel de integración social y comunitaria del niño, lo que evita los graves inconvenientes que puedan derivarse de problemas de adaptación del menor a un nuevo entorno escolar o social y su posible desestabilización. Así las cosas, *prima facie* la cuestión del traslado de la menor hasta Santander puede resultar drástica pero concurren en el caso la totalidad de los parámetros que permiten

conceptuar esta solución como la menos lesiva para la menor, de entre todas las posibles. Los niños de escasa edad se adaptan a los cambios, recomendando a ambos progenitores una colaboración en las explicaciones que debían darse a la menor respecto de esta cuestión, no haciéndole partícipe de las controversias entre los progenitores. Ha de valorarse la vinculación de la niña, en el sentido de que la separación de la menor de la figura de referencia materna, supondría una pérdida emocional más importante que la pérdida de un ambiente o de una escuela, ya que estas pérdidas serían compensadas con esa figura de referencia. No resulta ajena la escasa edad de la menor, y, por lo tanto, la incipiencia de su proceso de socialización. Todo ello ha sido razonado de una manera suficiente (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, Sentencia de 28 Abril 2009, rec. 457/2008, Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, Sentencia de 9 Diciembre 2010, rec. 219/2009)

Como consecuencia se extingue la pensión alimenticia a cargo de la Sra. Sonsoles y se acuerda a cargo del Sr. Eladio una pensión alimenticia de 500 euros mensuales, cantidad proporcional a los medios del alimentante y necesidades de la alimentista. Resulta acreditado que el demandado trabaja como Mozo de Escuadra y la cuantía no alcanza el 30% de sus ingresos (sus actuales ingresos se aproximan a 1.578 euros).

En cuanto al régimen de visitas se recomienda la flexibilidad por la progenitora, con el fin de evitar que la menor sufra las consecuencias de las constantes desavenencias entre los progenitores.

El padre podrá comunicarse por cualquier medio telemático o por correo cuando lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de la menor.

Podrá el padre visitar a su hija Alba los fines de semana alternos desde el viernes a las 18.00 h hasta el domingo a las 20.00 h y si estuviere en Santander dos tardes a la semana desde las 14.00 h hasta las 20.00 h.

Le corresponde igualmente la mitad de las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, ajustándose al calendario escolar de la menor.

En caso de discrepancia elegirá los años pares el padre y los impares la madre.

El punto de entrega y recogida será el domicilio de la madre.

En interés de la menor se invita a los progenitores a prestar la máxima colaboración y evitar proyectar sus conflictos recíprocos en la menor.

El requisito de que se produzca una modificación sustancial de las circunstancias del artículo 91 *in fine* y 775 LEC debe ser atemperado cuando de menores se trata, en la convicción de que el simple crecimiento y transcurso del tiempo en la vida de un niño ya supone en sí una variación de sus circunstancias que permite entender que lo que fue más idóneo en otro momento en el actual ya no lo sea y se puedan modificar las medidas acordadas en su día en aras al máximo beneficio de los hijos menores.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Valencia, Sentencia de 7 de diciembre de 2012

Iltma. **Sra. D.ª Ana Vega Pons-Fuster Olivera**

Acciona el actor, al amparo del art. 775 de la LEC a fin de que se modifique la custodia materna de los dos hijos que tienen en común las partes, y se establezca una guarda compartida. Alega que existiendo un fuerte vínculo afectivo entre padre e hijos y siendo la voluntad de éstos la de pasar más tiempo con el padre, que ha ordenado su vida, residencia y horario de trabajo para implicarse más en su crianza, debe avanzarse en la coparentalidad y adecuarse el marco regulatorio de la relación parental a la nueva Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana.

Por su parte la demandada se opuso a dicha pretensión alegando en primer lugar que no concurre ninguna modificación de las circunstancias de las partes y de los hijos que justifique el

cambio que se pretende, que el paso a un sistema de convivencia conjunta no les reportaría beneficio, invoca la falta de habilidades parentales del Sr. Carlos, así como la inexistente relación entre las partes (…) y avala su postura en el informe pericial emitido en estos autos.

De entrada hemos de decir que el requisito material de que se produzca una modificación sustancial de las circunstancias del art. 91 *in fine* y 775 LEC debe ser atemperado cuando de menores se trata, en la convicción de que el simple crecimiento y transcurso del tiempo en la vida de un niño ya supone en sí una variación de sus circunstancias que permite entender que lo que fue más idóneo en otro momento en el actual ya no lo sea y se puedan modificar las medidas acordadas en su día en aras al máximo beneficio de los hijos menores. En el anterior procedimiento los hijos tenían 5 y 2 años, hoy tienen casi tres años más, y por tanto una mayor autonomía.

Además la Ley Valenciana que hemos mencionado en su Disposición Transitoria 1.ª establece la posibilidad de revisión judicial de las decisiones judiciales adoptadas en procedimientos regidos con anterioridad a su vigencia y la presente acción no es más que el ejercicio legítimo del derecho que tal Ley reconoce.

El art. 92 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005 contemplaba la custodia compartida cuando no había sido consensuada entre los progenitores, de una manera restrictiva y excepcional.

La reciente Ley autonómica 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, por el contrario establece como norma general la guarda compartida.

Así el art. 5 dispone que a falta de pacto de convivencia familiar entre las partes, el juez previa audiencia del M.º Fiscal como regla general atribuirá a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos menores, sin que sea obstáculo la oposición de una de las partes o las malas relaciones entre ellos.

Este modelo de convivencia conjunta que debe regir con carácter mayoritario, frente al excepcional de custodia monoparental o de convivencia individual, según la terminología empleada en dicho texto legal descansa sobre la presunción *iuris tantum*, de que si los dos padres están en condiciones de asumir su cuidado y educación, lo más conveniente para los hijos o *favor filii*, que es el principio inspirador de toda la legislación en materia de menores, es vivir con ambos por ser lo más enriquecedor para los hijos favoreciendo una relación simétrica, en condiciones de igualdad y regular con los dos progenitores.

Y en esta línea, la STC de 7 de Julio de 2011 declara que la custodia compartida no debía considerarse «una medida excepcional, sino que al contrario debería considerarse la más normal porque permite que sea efectivo el derecho que tienen los hijos a relacionanse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea».

El informe pericial del Gabinete —al que damos un valor dirimente en relación a los otros dos dictámenes privados, contradictorios e incompletos al no haber valorado a todos los miembros de la unidad familiar—, ciertamente recomienda mantener la custodia materna «al no apreciarse factores de tipo psicosocial que hagan aconsejable un cambio en la modalidad de custodia», pero examinado en su conjunto el dictamen, no encontramos a diferencia de otros muchos informes emitidos por el mismo servicio, razones de peso para no avanzar hacia un modelo de convivencia compartida:

a) El que hasta ahora haya sido la madre, en tanto que custodia, la que de forma preponderante se haya encargado de asistir al colegio, psicólogo, llevar a los niños al médico no significa que no pudiera hacerlo el padre, ni aun menos que ya no vaya a hacerlo, porque sería tanto como consagrar el inmovilismo como principio rector de las relaciones familiares.

La vida de las personas cambia, y de la misma manera que los hijos se adaptaron a vivir sólo con la madre, tras el divorcio, pueden acomodarse a repartir sus tiempos de forma igualitaria con ambos padres y dar paso a una relación más enriquecedora para los hijos al permitirle vivir con un padre hasta ahora «lúdico» que se limita a verlos con continuidad sólo en vacaciones y fines de semana.

En efecto, no se cuestiona que los niños han estado y están correctamente cuidados en el entorno materno, pero ello no significa que la situación presente a la que están adaptados es la mejor, ni ver en todo cambio un riesgo, pasando por alto el beneficio que reporta a los hijos relacionarse con ambos padres en condiciones de igualdad y simetría, enriqueciéndose con dos modelos de convivencia, sin privilegiar uno de los dos lazos filiales, máxime cuando en este caso ambos padres son responsables, capaces, y están motivados y tienen disposición económica y horaria para atender a sus hijos.

En tales condiciones de absoluta idoneidad de ambos padres, que se recoge en los tres informes periciales, no encontramos razones de equidad y justicia para que uno de los vínculos filiales salga reforzado en detrimento del otro.

b) La principal objeción a la actitud paterna procede del hecho de que éste decidiera adquirir en una vivienda en el mismo edificio en el que quedaron a vivir la esposa e hijos tras el divorcio, decisión que quizá no fuera la más adecuada, pero no puede descalificar al padre en su legítimo deseo de compartir más tiempo con sus hijos.

c) los niños han expresado su deseo de estar más tiempo con su padre, según se deduce de la testifical y documental, y no parece que sea una voluntad inducida por el padre y no un deseo propio y genuino de los hijos.

d) por último porque la Ley ya prevé que la falta de comunicación y entendimiento de los padres no puede convertirse en dique de este modelo de custodia, y además los correos electrónicos aportados por el actor prueban que existe entre los padres un cauce de comunicación en relación a las cuestiones que afectan a los hijos, y ambos son sobradamente responsables para saber anteponer el bienestar de los menores a sus propias diferencias.

En definitiva, compartimos el criterio del M.º Fiscal y se estima el pedimento principal de la demanda.

La convivencia compartida será en la modalidad semanal propuesta desde el Viernes a la salida del colegio (u hora equivalente) con una visita semanal con el progenitor que no los tenga esa semana los Miércoles desde la salida del colegio a las 20 horas. El día del padre y el de la madre los hijos lo pasarán en cualquier caso con el padre/madre, con independencia de quién lo tenga esa semana en su compañía. El día de Navidad y Reyes, así como el del cumpleaños de los menores el progenitor con quien no esté a cargo podrá visitarlos durante dos horas por la tarde a elección de éste.

Las vacaciones se repartirán entre ambas partes con igualdad, y las de verano se fraccionarán en periodos quincenales.

En cuanto a la cuestión de los alimentos del art 93 CC, serán sufragados por ambos padres a partes iguales durante los tiempos que los tengan en su compañía, quedando por tanto sin efecto la pensión de alimentos fijada en el anterior procedimiento. Los padres abrirán una cuenta bancaria a nombre de los menores, y en la que ellos estarán autorizados, para el pago de los recibos domiciliados de los hijos, ingresando el actor el 60% de la cantidad que se estime necesaria, en atención a su superior capacidad económica, y la madre el 40% restante.

Por lo que se refiere al uso de la vivienda familiar, nada hay que acordar al haber sido abandonada por la demandada.

Al haber cumplido el padre la pena que le fue impuesta como autor de un delito de violencia de género, no existe ningún obstáculo para que pueda acordarse la custodia compartida.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 16 de Zaragoza, Sentencia de 21 de enero de 2013

Magistrado-Juez **Ilmo. Sr. D. Antonio Castro Martínez**

Interesa la parte demandante la modificación de las medidas acordadas en la Sentencia dictada con fecha 8/07/2008 por el JVSM n.º 1 de Zaragoza, por la que se aprobaba el convenio

regulador de fecha 30/04/2008 suscrito por los entonces cónyuges. En concreto, solicita la atribución en régimen de guarda y custodia compartida, por periodos trimestrales de convivencia, de la guarda y custodia del hijo común de los aquí litigantes, Alberto, de ocho años de edad en la actualidad (Zaragoza, 17/10/2004), con establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor que en el periodo correspondiente no ostente el ejercicio de la guarda y custodia del menor, y que, como contribución a los gastos del hijo común, cada progenitor se encargara de los gastos ordinarios, siendo por mitad el pago de los extraordinarios, interesando, finalmente, la modificación del porcentaje del abono de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la que fuera vivienda conyugal, inicialmente atribuido a la esposa en el antes referido convenio regulador, hasta que se procediera a la venta del inmueble. La parte demandada interesó la íntegra desestimación de la demanda deducida de contrario, alegando la aplicación al caso de lo previsto en el artículo 80.6 del CDFA, e invocando las razones y motivos por los que entiende que no cabe la atribución a ambos progenitores de la custodia del hijo común, en régimen de guarda y custodia compartida.

El Ministerio Fiscal, como ya se ha referido en los antecedentes de esta resolución, solicitando la estimación de la demanda deducida, y que se acordara la atribución de la guarda y custodia del hijo común, a ambos progenitores, en régimen de guarda y custodia compartida, consideró que no resulta de aplicación al caso lo previsto en el artículo 80.6 del CDFA, dado el tiempo transcurrido desde los hechos por los que fue condenado el ahora demandante, su gravedad, y la circunstancia de que extinguió completamente su condena en 2011, sin que se volvieran a producir hechos análogos o similares.

Con carácter previo a entrar a conocer del fondo del asunto (en particular lo referido a la petición principal de la demanda, a saber, la atribución, en régimen de guarda y custodia compartida, de la custodia —ahora, en virtud del convenio regulador suscrito por los progenitores, atribuida a la madre en régimen de custodia individual—, del hijo común), ha de resolverse lo procedente en relación a la alegación de la parte demandada de que no procedería la atribución al padre de la guarda y custodia (ni individual ni compartida) del hijo común, por aplicación de lo establecido en el artículo 80.6 del CDFA.

En efecto, el artículo 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón dispone que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. La exégesis del transcrito precepto nos lleva a las siguientes conclusiones: i) que no procederá la atribución, en ninguna de sus modalidades, de la guarda y custodia de los hijos e hijas a quien se halle incurso en un proceso penal incoado por alguna de las causas que el propio precepto menciona, integrantes de lo que se ha denominado violencia doméstica, o violencia de género; ii) que tampoco procederá [la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas] al progenitor que, no estando incurso en un proceso penal incoado por los motivos antes expuestos, se advierta por el Juez pudieran contra dicho progenitor existir indicios fundados de conductas (indiciariamente) constitutivas de violencia doméstica, o de violencia de género. Ello es consecuencia, como el propio preámbulo del CDFA (apartado 10) señala, del compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad; por otra parte, la Disposición Adicional Cuarta del CDFA establece la posibilidad de revisión, en los supuestos de sentencia firme absolutoria, de aquellos casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código (aunque tal es la literalidad del precepto, debe entenderse aquellos casos de no atribución de la guarda y custodia por la aplicación del artículo 80.6 del CDFA, pues es la improcedencia de tal atribución lo que el citado artículo prevé, no la atribución de la guarda y custodia con fun-

damento en dicho precepto, que es contradictorio con la propia ratio de la norma que venimos comentando). Ha de considerarse, pues, que el artículo 80.6 del CDFA resulta de aplicación a quienes, por los motivos ya referidos, se hallen incursos en un proceso penal, o, aun sin estarlo, el Juez aprecie indicios fundados de la existencia de violencia doméstica o de género. En definitiva, se colige de cuanto hasta aquí se ha expuesto que el progenitor respecto del que, conforme a lo dispuesto en el precepto de referencia, no proceda la atribución, ni individual ni compartida, de la guarda y custodia de sus hijos e hijas, ha de estar incurso en un procedimiento penal; ahora bien, no está en tal situación quien ya ha sido condenado (de haber sido absuelto/a regiría lo dispuesto en la D.A. Cuarta, CDFA, citada), y hubiera cumplido la pena impuesta, por cuanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 130.2 del Código Penal, el cumplimiento de la pena (con independencia de cuando procediera la cancelación, en su caso, de los antecedentes penales), es una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Sería contrario a los más elementales principios informadores del derecho sancionador, y del Derecho Penal especialmente, extender las consecuencias de la responsabilidad criminal más allá del momento en que la Ley la declara extinguida. Cierto es, no obstante, que en tal caso podría considerarse de aplicación lo que el inciso final del artículo 80.6 del CDFA establece, siempre que el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se hace necesario, entonces, y en relación ya al caso que nos ocupa, conocer si concurren en el demandante tales indicios fundados de violencia, que se pudieran deducir de las alegaciones de las partes y [no «o» de] las pruebas practicadas.

Al respecto cabe destacar que ninguna prueba (admitido que la responsabilidad penal por los hechos juzgados se ha extinguido) se ha practicado de la que pueda deducirse la exigida existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género que se pudieran atribuir al aquí demandante. Antes al contrario, en el informe psicológico emitido por la Psicóloga del Gabinete Psico-social adscrito a estos juzgados (quien, como más adelante veremos, recomienda el establecimiento de la guarda y custodia compartida del hijo común), se hace constar que el demandante ha obtenido puntuaciones elevadas en los factores de autoestima, empatía, equilibrio emocional y sociabilidad. Igualmente en las relaciones de cuidado tiende a mostrarse satisfecho consigo mismo, siendo capaz de aceptar y comprender sentimientos ajenos. Se preocupa por los demás implicándose en los problemas de otros. En cuanto a su capacidad para establecer vínculos, crea relaciones de intimidad sin perder su espacio personal realizando por tanto un apego seguro. Por otra parte, la propia demandada, señala el mismo informe psicológico, manifiesta que desde que finalizó la orden de alejamiento ambos progenitores se han visto en alguna ocasión, siendo el encuentro correcto, y que, aunque siente desconfianza, le gustaría poder compartir la custodia, pero considera que [el padre de su hijo], establece poca disciplina al menor, dedicándose en mayor medida a actividades lúdicas, describiendo la relación entre el padre y el hijo como muy buena, afectuosa.

En definitiva, conforme a lo precedentemente expuesto, y considerando que la responsabilidad criminal (extinguida en este caso, de forma definitiva, en 2011) no puede extender sus efectos más allá de la propia previsión de la norma penal, y no apreciándose —según se pudiera deducir de prueba que no se ha practicado a instancias de la demandada— indicios fundados que, en relación al demandante, pudieran entenderse como acreditativos de un comportamiento violento hacia su hijo, o hacia la que fuera su esposa, y por todo ello, unido a lo manifestado por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista —ya más arriba reproducidas—, se estima no resulta de aplicación al caso el alegado por la demandada artículo 80.6, CDFA, pudiendo, en consecuencia, entrar a resolver el fondo del asunto en relación a lo que constituye objeto de este procedimiento.

El Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA, en adelante), en su artículo 80, tras establecer en el párrafo primero de su apartado 1, como norma general, que cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados

sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos (...), dispone, en el apartado segundo del mismo precepto, que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente (...); finalmente, y por lo que ahora interesa, el citado artículo 80.5 del CDFA, establece que 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.

Resulta de cuanto acaba de exponerse que en el régimen foral aragonés —cuya legislación resulta de aplicación al caso, dada la vecindad civil aragonesa del hijo, nacido en Zaragoza, de padre y madre aragoneses—, el sistema de guarda y custodia compartida por ambos progenitores se considera preferente a la que sería ejercida por solo uno de ellos, salvo que la custodia individual sea más conveniente para los menores, previsión congruente con el principio establecido en el artículo 76.2 del CDFA, según el cual toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos. Efecto inmediato que se sigue a la preferencia del legislador por uno de los dos sistemas de guarda y custodia es la presunción *iuris tantum* de que el ejercicio compartido de la misma por ambos progenitores resulta más beneficioso para los hijos e hijas que el ejercicio individual por solo uno de ellos, trasladando de esta forma la carga de la prueba a quien se oponga a la atribución, en las condiciones y según los principios que se establecen en el párrafo segundo del artículo 80.1 del CDFA, de la guarda y custodia de los hijos al padre y a la madre de forma compartida, lo que, en consecuencia, exige que quien se opone haya de acreditar que en beneficio e interés de los hijos menores o incapacitados, la custodia individual sea más conveniente. La referida presunción legal relativa o *iuris tantum* no es solo efecto inmediato del carácter preferente que el legislador aragonés concede a la guarda y custodia compartida, sino que, como criterio superador del mismo, y que no se limita, por tanto, a establecer un mero orden jerárquico en la adopción de los distintos sistemas de guarda y custodia que legalmente se contemplan, y salvo prueba en contrario, la custodia compartida es equiparada legislativamente a lo que el ordenamiento jurídico aragonés entiende como más beneficioso para el menor, y que se pone de manifiesto tanto en el Preámbulo de la Ley 2/2012, de 26 de mayo, como en el tratamiento de la edad de los hijos cuando es fundamento único o más relevante para denegar la adopción de la guarda y custodia compartida (inciso final del artículo 79.5, CDFA), y, de forma especial, la propia dicción del artículo 80.5 del citado Código del Derecho Foral de Aragón, que, al tratar la cuestión de la objeción a la custodia compartida por uno de los progenitores, establece que ello no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés de los menores, cuya interpretación a contrario sensu avalaría la expuesta tesis.

Por otra parte, la sentencia del T.S.J. de Aragón de uno de febrero de dos mil doce resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA, señalando: 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);

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);

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 art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011);

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) —fin de la cita—.

Finalmente, la Sentencia 22/2012, de 6 de junio, del T.S.J. de Aragón, señala que el punto de partida de la norma legal aplicable, art. 80 del CDFA, (...) establece el sistema de custodia compartida como aquel que satisface en mayor medida el interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Esta Sala de casación, sigue diciendo la resolución citada, ha establecido, en sentencias de 30 de septiembre y 15 de diciembre de 2011, 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, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual (...), [y que] el reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, siempre que tengan capacidad para ello y no conste antecedente de desatención o descuido (...), de forma que la realidad preexistente relativa al cuidado y atención al menor, constante matrimonio, no debe ser trasladada acríticamente a la situación de divorcio, ya que en aquella situación los cónyuges pueden repartir su tiempo y dedicar mayor o menor intensidad a la atención del menor, sin que ello implique que aquel que se ha dedicado preferentemente a tareas laborales se ha desvinculado de la atención y educación del hijo, o está incapacitado para ello (...).

Considerando los factores que, conforme a la legislación aplicable, se han de tener en cuenta para establecer el sistema de guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, resulta que en el caso que se enjuicia, los dos primeros —apartados a) y b) del artículo 80.2, CDFA—, edad y arraigo social y familiar de los hijos, no plantean especiales problemas, pues al respecto nada se prueba que acreditara que la edad del menor suponga en este caso un inconveniente para el establecimiento del sistema de guarda y custodia compartida, o que, en su caso, careciera de arraigo social o familiar en el entorno donde residirá en cada momento con uno u otro de los progenitores debiendo en cualquier caso tenerse en cuenta que, conforme a la Sentencia 30/2012, de veintiocho de septiembre, del T.S.J. de Aragón, la circunstancia de la corta edad del menor no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren. Así lo ha entendido esta Sala en su sentencia de 25 de septiembre de 2012 en un supuesto de un menor de tres años al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, y así debe ser reiterado en una situación, como la enjuiciada, en la que [el niño] acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores (...); la opinión de los hijos menores, a que se refiere el apartado c) del ya citado artículo 80.2, CDFA, aparece en este caso recogida en los antecedentes (análisis de la situación actual) del informe pericial psicológico realizado por la Psicóloga adscrita a este Juzgado, donde se pone de manifiesto que Alberto (de 11 años y 7 meses a la fecha de la entrevista) expresa mucho afecto hacia ambas figuras parentales (...), comentando durante la entrevista estar acostumbrado a la frecuencia de visitas con la que se relaciona con sus padre actualmente, si bien le gustaría ver un poco más al Sr. Fernando (...), por otra parte, ambas figuras parentales, sigue diciendo el informe, están presentes en su mundo emocional (...), y mantiene vínculos positivos con los dos, manteniendo asimismo una buena relación con la familia extensa paterna y materna, así como con la pareja actual de su padre. Finalmente, los apartados d) y e) del artículo 80.2 del CDFA, obligan a tomar en consideración otros dos factores: la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, y las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. Al respecto, y conforme a lo que consta en el ya referido informe del gabinete psicológico, no se aprecian hechos o circunstancias —en su caso debidamente acreditados por quien correspondiera— que cuestionaran la aptitud del padre o

de la madre para asegurar la estabilidad de los hijos, sin que quepa dudar de la voluntad de ambos para ello, refiriéndose el informe pericial psicológico a que ambos [progenitores] reúnen unas buenas condiciones y recursos personales para afrontar la educación de su hijo de manera satisfactoria (...) [y que] tanto uno como otro cuentan con apoyo familiar y/o social, [siendo satisfactoria] la relación del menor con sus progenitores y su familia extensa; por otra parte, el informe psicológico señala que el menor expresa querer pasar un poco más de tiempo con su padre (...), por otra parte, a la vista de los horarios de trabajo de ambos progenitores, y de los lugares de residencia habitual, se ha de estimar que tanto el padre como la madre podrán ejercer adecuadamente la guarda y custodia compartida, en adecuada conciliación con sus respectivas vidas laborales, señalando al respecto el mismo informe que los horarios laborales de ambos permiten compaginar las obligaciones laborales con el cuidado y atención de su hijo. El informe psicológico (coincidente al respecto con el de la Trabajadora Social), en sus conclusiones, aconseja una custodia compartida por periodos quincenales, ya que por la edad del menor se consideran periodos más óptimos para lograr una buena adaptación. Finalmente, en relación a la posible conflictividad entre los progenitores, (que en este caso aparece algo más atenuada desde que finalizara el periodo de vigencia de la orden de alejamiento, que es reconocida por ambos, y aludida en el informe psicológico), la ya citada resolución del T.S.J. de Aragón de 28/09/2012, da cumplida respuesta en su FD TERCERO, sosteniendo que es cierto que esta circunstancia, en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio —y preceptivo— de visitas con el progenitor no custodio —art. 80.1, párrafo tercero CDFA—. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular —art. 75 CDFA—.

Sentado cuanto antecede, y considerando lo que el artículo 80.2, CDFA establece, procede establecer que la guarda y custodia del hijo común, se atribuya, de forma compartida, a ambos progenitores, si bien no se estima conveniente adoptar como régimen de convivencia el inicialmente propuesto por el demandante (aunque en el acto de la vista mostró su conformidad con el establecimiento de periodos de convivencia por meses o por quincenas). De ahí que se considere más conveniente un régimen con periodos de convivencia de menor duración, que, por un lado, garanticen el derecho de los progenitores a la igualdad en la educación y crianza del hijo, y, por otro, aseguren al menor una estabilidad que contribuya a su equilibrado desarrollo personal, combinando tal criterio (de periodos más cortos de estancia del hijo con su padre y con su madre) con un régimen de visitas que permita mantener un contacto permanente del niño con ambos progenitores (y todo ello sin perjuicio de que los progenitores pudieran acordar periodos de convivencia más largos del hijo con el padre y la madre, siempre considerando el prevalente interés del menor). Por ello, se estima oportuno establecer (coincidiendo por otra pare con las recomendaciones del informe psicológico) un régimen de convivencia en periodos iguales y alternos de dos semanas (preferible, por ser más exacto, al de periodos quincenales —al respecto vid. S. TSJ de Aragón de 28/09/2012), contados desde el lunes a la salida del Colegio, hasta el lunes de dos semanas después, a la hora de entrada al mismo—. El fin de semana intermedio de cada periodo, desde el viernes a la salida del Colegio, hasta el lunes a la hora de comienzo de las actividades escolares, el menor permanecerá con el progenitor al que no le corresponda el periodo de convivencia; además, el progenitor no custodio en el concreto periodo de que se trate, en la última semana de convivencia con el otro progenitor, recogerá a la menor el miércoles, a la salida del Colegio, hasta el jueves, a la hora de comienzo de las clases, siendo recogida por

el progenitor custodio en ese momento hasta el lunes siguiente, en el que tendría lugar el cambio de residencia del menor al domicilio del progenitor con quien le correspondiera estar. De este modo, el progenitor que inicie el ciclo tendrá bajo su custodia al menor cuatro días, (lunes, martes, miércoles y jueves, hasta la entrada al Colegio el viernes), y quien en ese momento no esté ejerciendo la custodia, a continuación, desde el viernes hasta el lunes a la de entrada al Colegio, más una visita con pernocta en la semana siguiente, procediendo a continuación el cambio de custodia. El régimen de convivencia que se acaba de detallar —además de las razones ya precedentemente apuntadas, en relación al interés del menor— parece responder mejor a la organización de la guarda y custodia compartida que el que el demandante pretende.

Revista de
Derecho
de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

PROTECCIÓN DE MENORES

No existe conflicto de intereses, y por tanto no es necesario el nombramiento de un defensor judicial, cuando en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la partición de herencia la viuda representa al hijo menor y las adjudicaciones de los distintos bienes se hacen en *pro indiviso*.

DGRN, Resolución de 2 de agosto de 2012

1. Limitado el recurso a la primera de las cuestiones señaladas en la nota de calificación de la registradora el objeto de este expediente se limita a determinar si es inscribible una partición hereditaria con previa liquidación de la sociedad de gananciales en un supuesto en el que una de las llamadas a la herencia resulta ser menor de edad y comparecer representada por su madre, viuda del causante.

2. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación a cual debe ser el correcto entendimiento de lo preceptuado al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Dispone el artículo 163.1 del Código Civil: Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Este precepto desarrolla lo preceptuado en su precedente, el artículo 162 que tras establecer la regla general de representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por parte de los padres que ostenten la patria potestad, excepciona el supuesto de los actos «... en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Resulta por tanto con meridiana claridad que la regla general de representación legal es excepcionada cuando existe un conflicto de intereses y que este se produce cuando hay intereses opuestos entre representante y representado.

De esta regulación se sigue que los actos particionales llevados en contravención de lo en ella previsto son nulos de pleno derecho (vide sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011) por lo que no pueden provocar la modificación del contenido del Registro de la Propiedad.

3. La severidad de esta afirmación impone que en todo supuesto en que concurran menores u otras personas con capacidad limitada deban extremarse las precauciones a la hora de valorar la actuación representativa de quien en su nombre actúa. No obstante esta Dirección General tiene declarado (vide. Vistos) que la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. De este modo tiene declarado que el Código Civil exige para excepcionar el régimen general que entre representante y representado exista una 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. 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 haríamos de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe con-

flicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado rige la regla general.

4. De esta interpretación se siguen una serie de consecuencias puestas de manifiesto por este Centro Directivo cuando en el ámbito de una partición hereditaria con liquidación previa del patrimonio ganancial el viudo comparece en su propio interés y en el de los hijos menores de edad no emancipados. 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 fallecido (Resolución de 3 de abril de 1995). Del mismo modo su interés directo en la adjudicación de bienes como consecuencia de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal de sus hijos menores de edad si como consecuencia de la liquidación se forman lotes desiguales en evidente conflicto con los intereses de su representado (entre otras, resolución de 27 de noviembre de 1986). 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, Resolución de 6 de febrero de 1995).

5. En el supuesto de hecho que da lugar a este expediente la controversia se centra en la previa liquidación de la sociedad de gananciales existente entre la compareciente que actúa en nombre propio y en representación de la hija menor no emancipada (cuya comparecencia personal resulta irrelevante a estos efectos como reconoce el recurrente). Al efecto alega la registradora que el conflicto existe y por tanto es preceptivo el nombramiento de un defensor judicial porque existe oposición de intereses en la formación del inventario cuya masa patrimonial no viene predeterminada mecánicamente.

Sin embargo, en el presente supuesto, tiene razón el recurrente cuando afirma que no existe tal conflicto porque en relación a la vivienda cuya inscripción se solicita su determinación como bien ganancial proviene directamente de la atribución que de tal carácter se hizo en el acto adquisitivo y no de una presunción legal y tampoco en las adjudicaciones verificadas porque no existen adjudicaciones de bienes concretos a los interesados sino cuotas indivisas de todos y cada uno de los bienes con mera transformación en romana de las cuotas que ostentaban en las comunidades gananciales y hereditarias preexistentes de conformidad con la doctrina de este Centro Directivo.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

Aunque se realizaron las adjudicaciones conforme a la voluntad del causante, es preciso el nombramiento de defensor judicial para llevar a efecto la partición dado que la adjudicación del usufructo a la viuda y la nuda propiedad a los hijos menores resulta de la elección de una de las alternativas que concede la cautela Socini contenida en el testamento.

DGRN, Resolución de 4 de septiembre de 2012

1. Debe decidirse en este expediente si es inscribible una escritura de aceptación y partición de herencia y adjudicación de los bienes a los herederos, en la que concurren las circunstancias siguientes: la viuda, interesada en la herencia y partición, a su vez representa a otros dos

herederos en virtud de su ejercicio de la patria potestad; se realizan las adjudicaciones en la forma que el causante estableció en su último testamento, de carácter ológrafo, de forma que a la viuda se le adjudicó el usufructo sobre la vivienda familiar cuya nuda propiedad se adjudicó a los hijos comunes menores, y además, en orden a las instrucciones del testador, la plena propiedad de otra finca; por lo que la registradora entiende que es necesario el nombramiento de un defensor judicial de los menores y, en su caso, la aprobación judicial, por entender que existe un conflicto de intereses entre la madre y los hijos menores.

2. La cuestión que se plantea es la de si proceden las limitaciones de los artículos 163 y siguientes del Código Civil. En principio, el artículo 1.060 del Código Civil establece que cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial, por lo que debiera bastar la representación de la madre que ejerce la patria potestad. Otra cosa es la apreciación de la registradora sobre un posible conflicto de intereses entre la madre y el menor. El artículo 163, para estos casos de conflicto de intereses, exige el nombramiento de un defensor judicial, pero conforme la doctrina de este Centro Directivo (vid. los «Vistos»), para esto es necesaria la existencia real de ese conflicto u oposición de intereses. La doctrina hasta ahora mantenida, a que se ha hecho referencia, supone no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de caso, como se ha venido realizando hasta ahora. Pero según la nota de calificación de la registradora, por lo que se refiere a este defecto, la contradicción existe. Es cierto que el artículo 163 del Código Civil ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicado, pero también los es que la oposición de interés ha de ser real (el texto legal exige que el padre o la madre «tengan» interés contrapuesto «en algún asunto»).

3. Conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid. los «Vistos»), no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición, si los bienes se adjudican *pro indiviso* respetando las normas legales sobre la partición de la herencia. Esta doctrina establece que no existe la contraposición de intereses cuando no hay liquidación previa de la sociedad ganancial y en la cotitularidad que se crea, hay proporcionalidad a las cuotas hereditarias de cada adjudicatario. La doctrina de este Centro Directivo ha reiterado además que la contradicción de intereses entre los menores y sus representantes legales se puede deber a diferentes motivos: incluir en el inventario bienes como gananciales, o bienes de cuyo título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; no ajustarse el viudo o viuda en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto; ejercitar el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria.

En el caso que nos ocupa, no se ajusta la viuda en la partición a la adjudicación de bienes conforme las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto, porque como resulta de los hechos, se ha adjudicado a la supérstite, junto con el usufructo de la finca cuya nuda propiedad se adjudica a sus hijos, la plena propiedad de otra finca registral, con independencia absoluta de que esté ubicada en otro distrito hipotecario. Si bien, esta adjudicación en plena propiedad de otra finca, responde a lo manifestado por el causante en su testamento ológrafo. También ocurre que la adjudicación del usufructo a la viuda y nuda propiedad a los hijos menores resulta de la elección de una de las alternativas que concede la cautela Socini contenida en el testamento. En Resoluciones de 15 de mayo de 2002 y 14 de diciembre de 2006, este Centro Directivo ha entendido que en el caso de cautela Socini, fórmula testamentaria por la que los legitimarios reciben más de lo que por legítima les corresponde, pero con un gravamen —en este caso el usufructo del viudo— trae una alternativa por la que los legitimarios tienen que optar, y el hecho de que por ellos ejercite la opción su madre acarrea la contraposición de intereses, ya que la representante se ve afectada directamente por el resultado de la opción. Por lo que está bien apreciada la oposición de intereses y el autocontrato por la registradora en su nota de calificación. En consecuencia es ne-

cesaria la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el artículo 1060 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación.

VIVIENDA FAMILIAR

Se deniega la inscripción de la anotación preventiva de demanda en relación con la vivienda familiar, dado que figura inscrita a nombre de una sociedad mercantil, siendo indiferente que el esposo sea el administrador único de la misma.

DGRN, Resolución de 23 de noviembre de 2012

1. En autos de medidas cautelares se ordena que se tome anotación preventiva de demanda, sobre una finca, por estimar que concurren razones que justifican adoptar dicha medida de forma inmediata, para impedir la eventual venta del inmueble…, domicilio familiar tanto de la demandante como de su hija y su nieta al ser propiedad de una mercantil de la que el demandado, don I. V., es administrador único.

El registrador, en su nota de calificación, deniega la anotación solicitada por observar el siguiente defecto: Constar la finca registral de Paterna, cuya anotación se solicita, inscrita a favor de la entidad Mercantil «Zurcir Dos, S.L.», y no haber sido parte en el procedimiento la titular del bien sobre el que se solicita la anotación.

Alega la recurrente, resumidamente, que la demanda de separación tiene carácter personal, y por tanto, no puede dirigirse contra persona distinta a los cónyuges, cuestión procesal cuya discusión no puede ser objeto de este recurso, por escapar al ámbito del mismo; alega igualmente la recurrente, que se han cumplido todos los requisitos precisos para obtener la medida cautelar.

2. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (Resoluciones citadas en el «Vistos»), en nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él (cfr. artículos 20 —especialmente el párrafo último, adicionado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre— y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no es sino desenvolvimiento del principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria). Por ello, en vía de principio, la anotación preventiva de demanda debe practicarse siempre que dicha demanda se interponga frente al titular registral y suspenderse o denegarse —según los casos— cuando la finca esté inscrita a favor de otra persona.

En efecto, el último párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria establece que «no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento».

Ahora bien, establece la excepción de que «en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento».

Es decir, este párrafo prevé, excepcionalmente, la posibilidad de anotar, sin cumplir estrictamente con las exigencias del principio de tracto sucesivo; pero tal supuesto se contempla sólo para procesos incardinados en la jurisdicción penal, y como tal supuesto excepcional, no es susceptible de interpretación extensiva.

Cuando el legislador quiere excepcionar la regla del tracto sucesivo (manifestación en sede registral del principio constitucional de la tutela

judicial efectiva) lo establece expresamente. Así ha ocurrido recientemente respecto de los supuestos contemplados en el artículo 170, párrafo 6, de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria, que ampara la posibilidad de tomar anotación preventiva de prohibición de disponer sobre bienes inmuebles de una sociedad, sin necesidad de que el procedimiento recaudatorio se dirija contra ella, cuando se hubiera embargado al obligado tributario acciones o participaciones en ella y ejerza sobre la misma un control efectivo, siempre que en el mandamiento se justifique la relación de control.

Se comprueba que cuando el legislador quiere excepcionar la regla general de tracto sucesivo, lo hace expresamente y lógicamente —dado el principio de jerarquía normativa— por virtud de una norma de rango legal. Y además exige justificación en el mandamiento de las razones que llevan a la autoridad judicial o administrativa al levantamiento del velo de la personalidad jurídica, lo que tampoco concurre en este expediente, por lo que procede la confirmación de la nota de calificación.

3. Alega la recurrente la excepcionalidad de la anotación preventiva tomada como medida cautelar, como resulta de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil citados en los vistos. Y, siendo cierta tal excepcionalidad, hay que decir que la misma no llega a que pueda anotarse en el Registro la demanda cuando la finca está inscrita a nombre de persona que no ha sido demandada y sin decisión judicial previa sobre el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, pues entonces se incurriría en indefensión de la sociedad titular registral de los bienes, proscrita por el artículo 24 de la Constitución española (Cfr. Resolución de 7 de septiembre de 2005).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No existe ningún obstáculo para inscribir la adjudicación pactada en el convenio regulador de la vivienda familiar que los cónyuges habían adquirido *pro indiviso* con anterioridad al matrimonio, toda vez que se trata de la vivienda familiar existiendo las dos causas onerosa y familiar perfectamente compatibles con el contenido de un convenio regulador aprobado judicialmente, que por ello es título hábil para la inscripción.

DGRN, Resolución de 7 de julio de 2012

1. En el presente expediente, se pretende la inscripción de adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, en virtud de un testimonio de sentencia dictada en procedimiento judicial de divorcio que aprueba el convenio regulador propuesto por las partes, cuya estipulación Primera.—Domicilio conyugal, transcrita, como el resto de las estipulaciones del convenio, en el fallo de la sentencia, dispone en su párrafo segundo: «El uso, disfrute y propiedad, del hasta ahora, domicilio conyugal, sito en …, se atribuye a la esposa, que disfrutará del mismo en compañía de los hijos de ambos». La estipulación sexta.—Liquidación de los bienes comunes, afirma que los esposos no tienen en común sociedad de gananciales, «si bien tienen en pro indiviso la vivienda común… La vivienda será adjudicada en propiedad a la esposa, la cual abonará al esposo…».

En la nota de calificación registral recurrida se dice que no existe «una causa familiar o matrimonial en esta adjudicación pareciendo una transmisión ordinaria en la que el título hábil es una escritura pública». Por su parte, el recurrente entiende que la cuestión queda fuera del ámbito de la calificación registral.

2. Entrando primero en esta última cuestión planteada por el recurrente, la calificación registral, tratándose de documentos judiciales, como

es la sentencia de aprobación de un convenio regulador, no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si constituye título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme al artículo 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 entra dentro de 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, este Centro Directivo 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.

3. Ahora bien, sentado lo anterior, procede analizar si la vivienda perteneciente a ambos cónyuges *pro indiviso* según el Registro y no como bien ganancial, puede inscribirse mediante la adjudicación realizada en el convenio regulador o si es necesaria la escritura pública si se entendiera que es una extinción de comunidad ordinaria entre dos copropietarios ajena a una liquidación de la sociedad conyugal.

En este punto procede estimar el recurso y revocar la nota de calificación registral, pues el bien objeto de adjudicación tiene la especial característica de tratarse de la vivienda familiar, lo que permite considerar la existencia, junto a la causa onerosa que resulta del convenio, una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Desde el punto de vista de la causa de la atribución patrimonial, no cabe duda de que ésta existe, pues se produce una contraprestación (cfr. artículo 1274 del Código Civil). Pero, además, dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que, existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos.

4. Conforme al artículo 90 c) del Código Civil «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar». Dispone también este precepto, en su párrafo segundo que «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

No cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón en el caso que nos ocupa, por tratarse de la vivienda familiar. Como ha recordado recientemente este centro directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es el relativo a la vivienda familiar (cfr. Resoluciones de 11 de abril y 19 de mayo [2.ª] de 2012) y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el convenio regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar, que es uno de los aspectos que afecta al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo 2.º artículo 90 del Código Civil).

En efecto, dispone el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil «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…». Es decir, el Código determina la atribución del uso de la vivienda familiar sólo cuando no hay acuerdo aprobado por el juez. En el presente supuesto, consta en la sentencia que existe ese acuerdo, como resulta de las estipulaciones antes transcritas. Y en cuanto al artículo 90 del Código Civil, aunque hace referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar, no significa que excluya la adjudicación del dominio de dicha vivienda si ambos cónyuges están de acuerdo, pues el contenido del convenio se regula como contenido de mínimos, al expresar en el párrafo inicial del precepto que «al menos» debe tener los contenidos que expresa.

5. Por otra parte, como ha recordado también recientemente este Centro Directivo (cfr. Resolución 8 mayo 2012 [2.ª]), las previsiones acordadas por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, que incidan sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar (y es indudable que la vivienda familiar es uno de tales aspectos conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil), produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (cfr. artículo 90 del Código Civil).

6. Resulta también que los preceptos citados, que regulan los efectos del divorcio, se incardinan en el capítulo IX del título IV del Libro I del Código Civil, y exigen abordar la regulación de la vivienda familiar, con independencia del régimen económico matrimonial que hubiera estado vigente entre los cónyuges durante el matrimonio, y del carácter, privativo o común, de la titularidad que los cónyuges pudieran ostentar sobre la misma.

7. Nada obsta, por tanto, a inscribir la adjudicación de la vivienda familiar que los cónyuges habían adquirido pro indiviso con anterioridad al matrimonio, pactada en el convenio regulador, toda vez que se trata de la vivienda familiar existiendo las dos causas onerosa y familiar anteriormente expresadas perfectamente compatibles con el contenido de un convenio regulador aprobado judicialmente, que por ello es título hábil para la inscripción.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, y revocar la nota de calificación, conforme a los fundamentos de derecho que preceden.

No se puede liquidar parcialmente la sociedad de gananciales sin que previamente se haya producido la disolución.

DGRN, Resolución de 9 de julio de 2012

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es si cabe o no la adjudicación de un bien ganancial a uno de los cónyuges vía liquidación parcial de la sociedad de gananciales sin que se haya producido, ni conste, la previa disolución de ésta. La notaria recurrente plantea dos hipótesis: Que, o bien no es preceptiva la disolución, o que, de serlo, se debe entender producida por ser ésta la voluntad del matrimonio, que desea asimismo retomar, con carácter simultáneo, el régimen económico de gananciales.

2. En esencia, sus argumentos son: 1.º la libertad de contratación entre los cónyuges con independencia de su régimen económico, vigente en nuestro Derecho desde la reforma de 13 de mayo de 1981; 2.º la facultad del matrimonio de modificar en cualquier instante su régimen económico otorgando capitulaciones; y 3.º la inexistencia de norma expresa que imponga que preceda la disolución a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Frente a ello, hay que señalar, primero, que no se duda de la libertad de contratación entre los cónyuges con independencia de su régimen económico; no hay inconveniente en admitir el trasvase de un bien ganancial concreto al patrimonio de uno de los esposos empleando un negocio típico (Resoluciones de este Centro Directivo

de 2 de febrero de 1983 y 25 de noviembre de 2004) o acudiendo a la atribución de privatividad, de efectos *erga omnes*, distinta, por tanto, de la confesión del artículo 1324 del Código Civil (Resolución de 25 de septiembre de 1990).

Tampoco se duda de la facultad del matrimonio de modificar en cualquier momento su régimen económico otorgando capítulos.

Ahora bien, siendo cierto que no existe ningún precepto que exija la previa disolución de modo expreso, de la interpretación sistemática de los artículos 1344, 1392, 1393 y 1396 del Código Civil resulta inequívoco que es indispensable disolver para poder liquidar, total o parcialmente, la sociedad de gananciales.

De este modo, no habría ninguna traba si los esposos hubiesen acordado disolver la sociedad conyugal, adjudicado la finca a uno de ellos vía liquidación parcial y adoptado de nuevo el régimen económico de gananciales (artículos 1315, 1317, 1325 y 1326 del Código Civil).

3. Descartada así, la primera hipótesis, debe plantearse entonces, si cabe entender tácitamente producida la disolución de sociedad conyugal, por el hecho de haberse otorgado una «liquidación parcial», continuando los cónyuges bajo el régimen económico de gananciales. La respuesta debe ser negativa, pues el negocio jurídico propio de las capitulaciones matrimoniales se encuentra sujeto a un régimen de publicidad, garantía de terceros, que cohonesta mal con el juego de las presunciones (artículos 1333 del Código Civil, 77 de la Ley y 266 del Reglamento del Registro Civil, Resolución de 28 de abril de 2005, que impone la indicación de los capítulos en el Registro Civil previa a la inscripción en el Registro de la Propiedad); además, si generosamente, se hubiese admitido la tácita disolución de la sociedad de gananciales, de preceptos como el 1374 o el 1435.3º del Código Civil, se inferiría que el matrimonio se encontraría en situación de separación de bienes, por lo que una manifestación expresa de los cónyuges en favor del régimen de comunidad, sería indispensable.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación.

Es perfectamente válida la venta que en el convenio regulador se hace entre los cónyuges, pero habiéndose pactado el otorgamiento de la escritura pública, no es suficiente para su inscripción con la presentación del convenio regulador, siendo necesario bien el otorgamiento de aquella o la resolución judicial en fase de ejecución de sentencia que condene a la elevación de la escritura pública.

DGRN, Resolución de 5 de septiembre de 2012

1. Se debate en este recurso la posibilidad de inscribir un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, por el que se acuerda que uno de los excónyuges vende al otro, que compra, la mitad indivisa de una vivienda, pactándose que el documento deberá ser elevado a escritura pública. Se acredita que el exmarido vendedor ha fallecido y que en el procedimiento ejecutivo de la sentencia han sido declarados en rebeldía sus herederos desconocidos, pero sin que haya recaído sentencia ejecutiva alguna. El registrador suspende la inscripción porque para que el convenio sea inscribible «su contenido ha de estar limitado a sus justos términos, sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, ya que solo cabe que se recoja en el mismo la liquidación de la sociedad conyugal, pero no otros negocios traslativos entre los cónyuges, que tendrán que reconducirse al ámbito de la escritura notarial». La recurrente considera que se trata de una venta ya perfeccionada mediante el convenio por concurrencia de consentimiento sobre cosa y precio y que el requisito de la escritura pública es de imposible cumplimiento por haber fallecido el exmarido y haber sido declarados en rebeldía sus herederos.

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase Resolución de 15 de diciembre de 2010)

que «es un principio esencial de nuestro sistema hipotecario que ningún asiento puede ser practicado en el Registro sin consentimiento del titular registral o sin que haya tenido lugar el oportuno procedimiento judicial en el que aquél haya podido disfrutar de la posición prevista en el ordenamiento», unido a ello, el que el alcance de la calificación registral de documentos judiciales se extiende a la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido, y los obstáculos que surjan del Registro, aparte de a las formalidades extrínsecas del documento presentado, y así lo entiende —entre otras muchas— la Resolución de 20 de abril de 2005, al indicar expresamente que, a tenor de dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en relación con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria), la calificación registral de los documentos judiciales se extiende a la adecuación, o congruencia, de la resolución dictada con el procedimiento y a los obstáculos que surjan del Registro; por supuesto, también, a las formalidades extrínsecas del documento presentado. La calificación registral por tanto se extiende, conforme a la doctrina expuesta, a la relación del mandato judicial con la clase de procedimiento seguido.

3. En cuanto a la posibilidad de que los convenios reguladores de la nulidad, separación o divorcio aprobados judicialmente puedan acceder al Registro de la Propiedad al amparo del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de elevación a escritura pública, salvo que contengan negocios ajenos al mismo, esta Dirección General también se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado.

Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda 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. En efecto, como recordó dicha Resolución, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *erga omnes*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador. Así, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

4. En este contexto las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles en los libros del Registro —salvo las dictadas en rebeldía, en los términos del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— si de éste no resultan obstáculos que lo impidan, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial, que acredite su contenido, así como la firmeza de la misma (cfr. Resolución de 6 de febrero de 2012).

5. Sentado lo anterior, procede analizar si la vivienda perteneciente a ambos cónyuges *pro indiviso* según el Registro y no como bien ganancial, puede inscribirse mediante la adjudicación realizada en el convenio regulador o si es necesaria la escritura pública. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse, en diversas Resoluciones y muy especialmente en la de 7 de julio de 2012 en la que se señala que «no cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón en el caso que nos ocupa, por tratarse de la vivienda familiar. Como ha recordado recientemente este centro directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es el relativo a

la vivienda familiar (cfr. Resoluciones de 11 de abril y 19 de mayo (2.ª) de 2012) y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el convenio regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar, que es uno de los aspectos que afecta al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. Párrafo 2.º artículo 90 del Código Civil) [...] Por otra parte, como ha recordado también recientemente este Centro Directivo [cfr. Resolución 8 mayo 2012 (2.ª)], las previsiones acordadas por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, que incidan sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar (y es indudable que la vivienda familiar es uno de tales aspectos conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil), produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (cfr. artículo 90 del Código Civil)».

6. Así las cosas, es claro que la liquidación de la comunidad surgida sobre la vivienda habitual de los cónyuges, cualquiera que sea la forma de copropiedad existente, entra claramente dentro del objeto natural del convenio regulador, por lo que, en los términos vistos, sería suficiente el correspondiente testimonio de la sentencia aprobatoria del convenio para su inscripción.

7. Pero ello no excluye que los cónyuges opten por exigirse mutuamente el otorgamiento de escritura pública en cuyo caso, salvo consentimiento en contra de ambos o de sus causahabientes, es esa voluntad manifestada la que debe acatarse.

En el supuesto de hecho de este expediente, en el que se ha pactado expresamente en el convenio la necesidad de elevación a escritura pública —incluso dando al momento de retirada del Registro de la escritura inscrita el carácter de hecho determinante del momento en que ha de cumplirse la obligación del pago del precio aplazado—, no puede el convenio ser inscrito únicamente en virtud del testimonio de la sentencia de aprobación del mismo, y si se trata de hacerlo valer la única forma será proceder a la ejecución de lo convenido y aprobado judicialmente, a través de la condena a la elevación a escritura pública, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la ejecución de sentencia de condena a emisión de una declaración de voluntad. De manera que ante la rebeldía de los herederos, la declaración de elevación a escritura pública —tal como se había convenido— deberá ser suplida por el tribunal (cfr. artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

COMUNIDAD DE BIENES

Se deniega la inscripción de una Sentencia penal que, tras condenar al esposo por una insolvencia punible, declara la nulidad de la disolución de la comunidad de bienes que mantenía con su esposa, al no ser esta parte en el proceso penal, siendo indiferente que interviniese como testigo.

DGRN, Resolución de 1 de agosto de 2012

1. Se presenta en el Registro testimonio de sentencia en el que, en previsión de un embargo por la Seguridad Social, se condena por alzamiento de bienes al anterior titular de la mitad indivisa de una finca (cuya restante mitad indivisa estaba inscrita a favor de su esposa) y que, en escritura de disolución de comunidad, adjudicó su mitad a dicha esposa. La sentencia, aparte de la condena penal correspondiente, declara nula la adjudicación otorgada, ordenando la práctica de «las inscripciones registrales necesarias para dejar constancia de tal nulidad».

La registradora suspende la constancia solicitada por los dos defectos siguientes: a) no haber sido notificada la titular registral de la existencia del procedimiento; y b) ser indeterminada la expresión «dejar constancia de la nulidad».
El recurrente impugna el primero de los defectos alegando que la esposa «fue parte en el procedimiento», pues en el mismo declaró como testigo. Por su parte, el Juzgado alegó que el hecho de que la esposa no hubiera intervenido en el procedimiento, por no haber sido acusada, no impedía que el otorgamiento fuera declarado nulo.
2. El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si es inscribible un mandamiento que, como consecuencia de una sentencia penal que declara la nulidad de una disolución de condominio, por constituir alzamiento de bienes, ordena «se practiquen las inscripciones registrales necesarias para dejar constancia de tal nulidad», siendo así que la actual titular registral, que es la esposa del acusado, sólo ha intervenido en el procedimiento en calidad de testigo.
3. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en el «Vistos»), el principio constitucional de la tutela judicial efectiva consagrado por la Constitución Española («todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión») tiene su traslación en el ámbito hipotecario a través el artículo 40, apartado d), de la Ley Hipotecaria, que no permite la rectificación de los asientos registrales, a menos que preste su consentimiento el titular registral o, en su defecto, exista resolución judicial firme en procedimiento entablado contra dicho titular. Es decir, en este último caso, es preciso que haya sido parte en el procedimiento el titular registral, para de este modo poder desplegar todos los medios de defensa de «los intereses» a que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española. La finca objeto de litigio se encuentra inscrita a nombre de la esposa del acusado. Y, en el procedimiento entablado como consecuencia de la comisión de un delito de alzamiento de bienes, dicha esposa no fue parte en el procedimiento, lo que impide acceder a la inscripción pretendida pues, como este Centro Directivo ya en Resolución de 30 de marzo de 2000, en materia de alzamiento de bienes resolvió «la imposibilidad de acceder a las cancelaciones pretendidas, toda vez que el titular según los asientos cuestionados, no ha sido parte en el procedimiento seguido, ni ha prestado su consentimiento, máxime cuando conforme al artículo 122 del Código Penal, el que por título lucrativo participa de los efectos de un delito queda obligado civilmente a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación, lo que permitía su llamada al proceso penal como responsable civil (cfr. arts. 11, 111, 112, 615, 620, 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, consiguientemente la eventual declaración de nulidad de la enajenación que motivó el delito perseguido con plenos efectos frente al titular registral (cfr. arts. 110 y 55 del Código Penal)».

En el mismo sentido, la Resolución de 27 de febrero de 2006 afirma que «aunque no sea incumbencia del Registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el Juzgador ni tampoco el cumplimiento de los trámites seguidos en el procedimiento judicial (a diferencia del control que sí le compete, en cambio, sobre los trámites e incidencias esenciales de un procedimiento o expediente administrativo, si se compara el tenor del artículo 99 frente al artículo 100 del Reglamento Hipotecario), su calificación de actuaciones judiciales sí deba alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el registrador pero cuyo modo sólo compete apreciar al juez. Todo ello no es sino consecuencia del principio registral de legitimación consagrado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular; del más genérico principio constitucional de interdicción de la indefensión, consagrado en el artículo 24 de la Constitución y del principio de relatividad de la cosa juzgada» (cfr. art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

También, como recuerda la Resolución de 27 de abril de 2012, ha señalado reiteradamente

este Centro Directivo (Resoluciones de esta Dirección General de 19 de enero de 1993, 8 de febrero de 1996, 31 de julio de 1998, 11 de septiembre de 2001, 20 de abril de 2002, 7 de abril y 12 de noviembre de 2003, 28 de abril de 2005, 11 de julio de 2008, 6 de mayo de 2009, 15 de julio y 9 de diciembre de 2010, 10 de enero, 1 de abril, 24 de junio y 3 de octubre de 2011, y 6 de febrero y 24 de mayo de 2012), que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y el principio del tracto sucesivo (cfr. arts. 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria) no permiten extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él. De modo que, no habiendo sido dirigido el procedimiento, en el presente caso, contra el titular registral de la finca a que se refiere el recurso, y sin mediar su consentimiento, no puede cancelarse la inscripción de su derecho.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Análisis de los requisitos que deben concurrir para inscribir en el Registro de la Propiedad una sentencia de divorcio extranjera en la que se contienen medidas sobre el destino de su patrimonio en España.

DGRN, Resolución de 27 de julio de 2012

1. Presentado en el Registro de la Propiedad una resolución judicial extranjera, de origen comunitario, relativa a la declaración de divorcio de dos ciudadanos comunitarios y que contiene medidas sobre el destino de su patrimonio en España, es objeto de calificación negativa. Para su correcta resolución es preciso que este expediente analice 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. Como primer paso, es preciso analizar el contenido del Reglamento alegado y su repercusión en el Derecho español. El Tratado de Amsterdam 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000. El Reglamento 2201/2003 (conocido en el foro como Bruselas II bis) viene a recoger en la materia que nos ocupa las previsiones de su antecesor, el Reglamento 1347/2000 (Bruselas II), que deroga, y del anterior Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial. Esta sucesión de normas de rango europeo revela por tanto la decidida voluntad de los Estados miembros de profundizar en la cooperación judicial a fin de facilitar

el correcto funcionamiento del mercado interior mediante la aplicación del principio de confianza mutua (vid. considerandos 1 y 21 del Reglamento 2201/2003).

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 dictadas 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 «exequatur» 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 cita-

dos, 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 las normas procesales en protección del derecho de defensa del demandado, o el carácter incompatible o inconciliable de la resolución con otra dictada en u 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 necesario 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 aquellos, 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 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 ha dicho de forma expresiva la doctrina más autorizada, 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 «exequatur», 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 Enjui-

ciamiento 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. En este sentido, cabe recordar que en nuestro Derecho el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Código Civil). No sólo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, y 8 de junio de 2011), límites que deberá respetar también la resolución judicial extranjera que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad español como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 12 de mayo de 1992, 23 de febrero de 2004 y 16 de junio de 2009), al rechazar la inscripción de determinadas resoluciones extranjeras por ser contrarias a principios esenciales y de orden público español en relación con la transmisión del dominio, del régimen de publicidad registral o de las modalidades de realización de los bienes y derechos del deudor.

6. Determinado cuál es el contenido y alcance del reconocimiento directo o automático, y trasladando las consideraciones anteriores al caso del presente recurso, resulta claro que la aplicación del Reglamento invocado no puede hacerse más allá de su ámbito material. Al efecto hemos visto como el artículo 1 limita su contenido a la materia relativa al divorcio, a la declaración de disolución del matrimonio hasta ese momento existente. En consecuencia su ámbito material no comprende otras cuestiones como son las repercusiones patrimoniales de la disolución del vínculo. Lo confirma el considerando 8 del Reglamento al afirmar que el Reglamento se aplica estrictamente a la disolución sin ocuparse de problemas como las consecuencias patrimoniales del matrimonio.

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 de 2010 —TJCE/2010/232—, epígrafe, 86 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Por lo que a España se refiere la competencia para el reconocimiento de una sentencia o resolución extranjera que contenga pronunciamientos que excedan de la mera declaración de divorcio está atribuida, en cuanto a aquellos, salvedad hecha de lo que puedan disponer convenios internacionales, a los Tribunales de Justicia y más concretamente a los Juzgados de Primera Instancia por disponerlo así el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 vigente en este aspecto (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 tanto no recaiga resolución firme de reconocimiento dictada por juez español la resolución extranjera no puede desplegar sus efectos y por tanto no puede ser tenida como título inscribible en el Registro de la Propiedad a los efectos de los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria. Así lo reconoce explícitamente el artículo 4 al decir: «También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

7. Determinados los requisitos de reconocimiento de una resolución extranjera de divorcio que contenga pronunciamiento sobre el destino del patrimonio de los cónyuges procede analizar los requisitos para que pueda producir una alteración del contenido del Registro de la Propiedad. Al respecto es preciso tener en cuenta, por un lado, la normativa relativa a la inscripción de resoluciones judiciales y la doctrina de este Centro Directivo sobre calificación de documentos judiciales y por otro las normas hipotecarias sobre requisitos para proceder a la modificación del contenido del Registro.

Respecto de la primera cuestión será la resolución firme de reconocimiento del juez español la que será objeto de presentación en el registro correspondiente y a la que le son de aplicación las normas (artículos 18 y 257 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento esencialmente) y doctrina de aplicación correspondiente.

Respecto de la segunda cuestión, es indudable que cualquiera que sea el título que se presente a inscripción 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 este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente (cfr. Resolución de 22 de febrero de 2012) recordando que 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.

8. En el supuesto de hecho que ha provocado el presente expediente, la única cuestión suscitada es si la instancia que complementa la documentación presentada, debe llevar la firma legitimada o no. Alega el recurrente que el artículo 52 del Reglamento 2201/2003 exime de legalización y de cualquier otra formalidad semejante a la documentación a que se refiere el artículo 37, es decir, a la copia de la resolución de divorcio y al anexo I a que se refiere el artículo 39 (a efectos de determinar la firmeza de la resolución), pero olvida que dicho precepto es de aplicación exclusiva a los documentos sujetos a dicho Reglamento y no a aquellos otros que les puedan acompañar, y que lo que pide el registrador en su calificación no es la legalización de la documentación presentada u otra formalidad equivalente (como sería la apostilla), sino la legitimación notarial de la firma que figura en la instancia presentada, o bien su ratificación ante el registrador, que es concepto distinto y que cumple una función igualmente diferente. En el caso presente, la instancia presentada tiene la evidente finalidad de completar la resolución judicial presentada, en la que funda inmediatamente su derecho el solicitante representado, a fin de reunir los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para proceder a la inscripción. Como tal es un documento sujeto a la Ley española y a los requisitos exigidos por ésta para acreditar su autoría. Al respecto tiene declarado este Centro Directivo que es claro que el principio de seguridad jurídica exige que la instancia privada en la cual se solicita la modificación del Registro permita identificar con plena certeza al solicitante y por tanto será requisito imprescindible la legitimación notarial de su firma o bien, la instancia debe firmarse y ratificarse ante el registrador (artículo 103 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones en los «Vistos»).

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).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Revista de
Derecho
de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INASISTENCIA DE LAS PARTES, DE LOS PROCURADORES Y DE LOS ABOGADOS A LA DILIGENCIA DE FORMACIÓN DE INVENTARIO

Hemos comprobado que son muchas las incidencias que se presentan en relación con la asistencia de las partes, de los procuradores y de los abogados a la diligencia de formación de inventario, y no siempre los juzgados y tribunales dan una respuesta jurídica unitaria.

1. No comparecencia de los cónyuges

1.a) Necesidad de que comparezcan personalmente los cónyuges

Señala el art. 809.1 de la LEC que el Secretario judicial señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges. En el día y hora señalados, procederá el Secretario Judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico-matrimonial de que se trate. Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido.

La cuestión que debe aclararse es si los cónyuges deben comparecer personalmente o es suficiente con la presencia de su procurador y letrado.

El criterio mayoritario entre los juzgados y tribunales es entender necesaria y preceptiva la presencia personal de los cónyuges, procediendo aplicar la sanción prevista en caso de ausencia. Basta en primer lugar acudir a la interpretación literal del precepto para comprobar que hasta en tres ocasiones menciona el legislador la palabra «cónyuges» con la finalidad de citarlos a la comparecencia, para formar con ellos el inventario, y para establecer sanciones en caso de incomparecencia, por lo que no puede entenderse que pueda bastar la mera presencia del Procurador. La razón de esta insistencia del legislador en que los cónyuges comparezcan personalmente a la diligencia de formación de inventario está motivada por que el procedimiento de liquidación participa de la naturaleza de los procedimiento típicos de familia, en los que el legislador ha optado por propiciar y requerir la presencia directa de las partes, para dotar de una utilidad práctica a las actuaciones judiciales, en las que el fomento de las soluciones de consenso quedaría muy atenuado si no se pudieran dirimir las diferencias en unidad de acto, con intervención de los propios interesados, asistidos de sus letrados. Se trata por tanto de uno de los actos procesales en los que la Ley exige la intervención directa de las partes, que no puede ser suplida, ni con poder general ni especial a favor de procurador, como sucede en otras actuaciones al estar así previsto de forma expresa en la Ley. Además, es preciso destacar que, incluso cuando

el artículo 809.1 alude a la incomparecencia «sin mediar causa justificada», está permitiendo una ausencia razonable y acreditada, que en ningún pasaje de la LEC se dedica a un profesional del derecho como podría ser un procurador, por lo que es evidente que se está refiriendo siempre el precepto a la comparecencia, o en su caso a la incomparecencia justificada, personal del litigante.

No obstante, existen otros tribunales que discrepan de esta interpretación. Así por ejemplo, la **Sec. 2.ª de la AP de Córdoba, en su Sentencia de 8 de junio de 2007**, sostiene que «No puede aceptarse la pretensión de que a la comparecencia del art. 809 de la LEC sea obligada la asistencia personal de los litigantes y menos que la incomparecencia personal tenga como resultado el tenerlo conforme con el inventario presentado de contrario, ignorando que obra el suyo propio en autos, encabezando el procedimiento». También la **AP Asturias, Sec. 4.ª, en su Auto de 22 de julio de 2009** sostiene que al haber comparecido el procurador del esposo a la diligencia de inventario, la falta de comparecencia personal no puede sancionarse con la conformidad del inventario presentado por la esposa. Igualmente la **AP de A Coruña, Sec. 5.ª, en su Auto de 3 de febrero de 2002** precisó que «si bien es cierto la esposa no ha comparecido ni ha alegado causa justa que le impidiera, seriamente, hacerlo, estaba representada por el procurador y defendidos sus derechos por la letrada, que presentó su propuesta de inventario de los bienes de la demandada, señalando respecto de cada uno de ellos el carácter privativo o ganancial de los mismos, tratando de acreditar su carácter de privativo o naturaleza privativa por medio de una copia de escritura de donación de bien inmueble. Creemos que sus derechos e intereses estaban lo suficientemente defendidos a través de los profesionales que acudieron, en su nombre y representación a la referida comparecencia, en la cual se pueden dilucidar cuestiones de relevancia jurídica que precisan puntual asesoramiento que sólo un profesional del derecho pueda brindar».

Si un cónyuge, por cualquier motivo razonado no puede asistir a la diligencia de formación de inventario, con carácter general deberá ponerlo en conocimiento del tribunal con anterioridad al inicio de la comparecencia. En este sentido señala la **AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, en su Auto de 19 de mayo de 2006**, que únicamente mediante solicitud expresa, debidamente motivada y, lógicamente, interesada con anterioridad al acto de la comparecencia, se podrá (eventual e incidentalmente) sopesar la concurrencia de circunstancias extraordinarias que justifiquen en caso concreto la atenuación de la presunción legal referida, lo que debe ser resuelto oportunamente por el tribunal mediante resolución fundada.

Cuando no comparece el cónyuge personalmente, y a pesar de ello se celebra la comparecencia permitiendo que su letrado intervenga en la formación del inventario, el otro cónyuge puede solicitar la nulidad de actuaciones para que aplique la sanción prevista en el art. 806 de la LEC. Este fue el caso que analizó la **AP de Valencia, Sec. 10.ª en su Sentencia de 18 de octubre de 2007**: «En el caso de autos consta la citación personal efectuada al Sr. Leonardo —folios 61 al 65—, que contenía la advertencia expresa de que de no comparecer sin mediar causa justificada se le tendría por conforme con la propuesta de inventario que efectuase el cónyuge comparecido, sin que en la comparecencia celebrada se adujese causa alguna para justificar su inasistencia. En consecuencia, y aun con un alcance diferente al postulado por la recurrente, habrá de ser corregida la infracción procesal que se denunció a lo largo de las actuaciones y que se reproduce en el recurso, y tenerse por conforme al Sr. Leonardo con la propuesta de inventario formulada por la Sra. Irene, por

lo que procede decretar la nulidad de lo actuado desde el momento de la comparecencia para la formación de inventario, debiendo de dilucidarse en procedimiento posterior, y en el marco del art. 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la fase de liquidación».

1.b) Recursos interpuestos frente las resoluciones que tienen al cónyuge no comparecido por conforme con la propuesta de inventario presentada por el contrario

Una vez finalizada la comparecencia en la que el Secretario Judicial ha dado por incomparecido a uno de los cónyuges, es frecuente que éste, bien por vía de recurso si se ha dictado un decreto o un auto dando por finalizado el proceso de formación de inventario o mediante un escrito solicitando la nulidad de actuaciones, intente justificar la incomparecencia. Veamos los motivos alegados.

A) La diligencia de citación no se practicó en forma y no llegó a su conocimiento la fecha de celebración de la diligencia de formación de inventario.

Es doctrina contante y reiterada del Tribunal Constitución reconocer la indefensión que se produce a una parte cuando la notificación se produce de forma defectuosa o se practica en un domicilio distinto al que reside en la actualidad, siendo ello motivo de nulidad de actuaciones. Por tanto, el cónyuge que no haya comparecido por no llegar a su conocimiento la citación podrá alegar la causa que se lo impidió tan pronto como tenga noticia de la existencia del proceso liquidatorio. La STS de 28 de abril de 2010 acordó la rescisión de la sentencia dictada en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales al haberse indicado como domicilio del demandado uno distinto al que tenía, motivando que tuviese que ser emplazado por medio de edictos, constando que los abogados de las partes estuvieron en conversaciones un tiempo antes de la presentación de la demanda.

B) La citación se efectuó en la persona del procurador que actuó en el divorcio.

Es relativamente frecuente que, presentada por un cónyuge la solicitud de formación de inventario, la diligencia de citación para la comparecencia se entienda con el procurador que el cónyuge demandado tuvo en el anterior proceso de separación o divorcio. Sin embargo, puede suceder que el procurador o el abogado a quien el procurador le envía la citación ya no tengan contacto con quien fue su cliente, o aun teniéndolo ha sido imposible contactar con él. Existen distintas resoluciones judiciales resolviendo esta cuestión, y así por ejemplo la **AP de Baleares, Sec. 4.ª, en su Auto de 2 de mayo de 2011** precisó que la citación para la formación de inventario realizada en la persona del procurador del demandado en el previo proceso de divorcio no puede reputarse válida, pues de conformidad con el art. 30.1 párrafo 4 el poder terminó con el dictado de la sentencia de divorcio. En términos similares se pronunció la **AP de Barcelona, Sec. 12.ª, en su Auto de 13 de febrero de 2002**, que declaró la nulidad de actuaciones en la fase de inventario de la sociedad de gananciales al no haberse emplazado en forma a la esposa y con los apercibimientos legales, siendo ineficaz, a estos efectos, la citación realizada al Procurador del turno de oficio que esta tuvo en el procedimiento de separación.

La **AP de Las Palmas, Sec. 3.ª, en su Auto de 20 de enero de 2009** mantiene un criterio un tanto particular: «Es cierto que en rigor al tratarse de procedimiento autónomo

en la nueva LEC el de liquidación de la sociedad de gananciales —tanto en de formación de inventario como el de liquidación "strictu sensu" del art. 810 LEC, la representación y defensa han de ser conferidas nuevamente por la parte, sin que valgan las ya atribuidas en el proceso declarativo previo de separación o divorcio. No obstante, en la práctica forense a menudo se prescinde por razones de economía procesal de la nueva designación, a reserva de que el Procurador rechace la notificación alegando falta de apoderamiento, en cuyo caso es evidente que sí debe realizarse cita personal. En otro caso, como ha sucedido aquí, si los representantes y defensores legales de la parte asumen sin solución de continuidad la postulación, es evidente que queda sanado el defecto, ya que el Procurador asume la obligación de trasladar el acto de comunicación a su poderdante, sin que a lo largo de todo el proceso se haya alegado que no se ha producido dicha traslación de la citación».

C) En la citación no se contenía el apercibimiento legal.

Señaló la **AP de Sevilla, Sec. 2.ª, en su Auto de 8 de febrero de 2007** que cuando la cédula de citación al cónyuge contenga el oportuno y expreso apercibimiento acerca de las consecuencias de una incomparecencia personal no justificada, su ausencia a la diligencia de inventario tiene la consecuencia de tenerle por conforme con el presentado de contrario. Por tanto, *a contrario sensu*, habrá que mantener que cuando la diligencia de citación no contiene el apercibimiento legal no procederá tener al cónyuge no comparecido por conforme con la propuesta de inventario presentada por el otro cónyuge.

Si ya se encontraban personados en autos los procuradores de los cónyuges se entenderán con ellos las notificaciones y citaciones, por lo que si en la resolución que acuerda citar a los cónyuges a la formación de inventario se contiene el apercibimiento, la notificación de esta resolución al procurador implica también la notificación del apercibimiento en caso de incomparecencia.

La **AP de Navarra, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 18 de noviembre de 2003** acordó la nulidad de lo actuado en la fase de inventario de la sociedad de gananciales, toda vez que se declaró a la esposa conforme con el inventario presentado por el esposo cuando aquella no fue citada en legal forma y con los apercibimientos legales a la comparecencia, no siendo obstáculo para ello que sí se efectuasen dichos apercibimientos con ocasión de realizarse la primera citación, ya que la comparecencia debió suspenderse y señalarse en otra fecha. También la **AP de Pontevedra, Sec. 6.ª, en su Auto de 30 de mayo de 2011** indicó que el demandado no fue citado a la formación de inventario con los apercibimientos legales sobre las consecuencias de su incomparecencia con infracción de lo dispuesto en el artículo 152 de la LEC, que exige indicar en la cédula no solo el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado sino también la prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca. Tampoco se realizó prevención alguna en las siguientes citaciones para el acto, practicadas estas con la representación procesal de las partes ya comparecidas.

D) Se comunicó al juzgado la imposibilidad de comparecer, pero no se tomó en cuenta.

Este fue el caso analizado por la **AP de Madrid, Sec. 24.ª**, que en su **Auto de 11 de diciembre de 2008** declaró la nulidad de lo actuado en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales al no haberse suspendido la comparecencia de inventario tras la alegación efectuada por uno de los cónyuges de que se encontraba fuera de nuestro país en un viaje.

E) Existía una imposibilidad física de comparecer.

Antes comentamos que la causa por la que no puede comparecer un cónyuge a la formación de inventario debe ponerse en conocimiento del juzgado y acreditarse suficientemente con anterioridad a iniciarse la comparecencia. Por tanto, las alegaciones y justificaciones posteriores, en principio, carecerán de eficacia para declarar la nulidad de lo actuado. Lógicamente, otra cuestión distinta es que se acredite también la imposibilidad de haber comunicado al juzgado que no podría comparecer. No obstante, la **AP de Asturias, Sec. 1.ª, en su Auto de 19 de diciembre de 2006** vino a señalar que la parte que no compareció «podrá recurrir el auto acreditando la existencia de causa justificada para su incomparecencia».

La **AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, en su Auto de 31 de diciembre de 2003** resolvió un supuesto especial en que el demandado era tetrapléjico, tratándose de un hecho notorio conocido por la otra parte, al igual que la enorme dificultad que supone su desplazamiento. Sin embargo, la Sala indicó lo siguiente: «Resulta cierto que, en las actuaciones consta como hecho indiscutido, la condición de tetrapléjico del cónyuge recurrente, pero también es cierto que en otras ocasiones en las que se ha requerido su presencia, ha comparecido, luego por tanto no puede afirmarse tal como pretende la parte recurrente, que la condición de minusválido, conlleve la imposibilidad o grave dificultad para desplazarse. En consecuencia, esa imposibilidad o dificultad para comparecer, debería haberse justificado con anterioridad, pues en la citación ya se le hace saber que la presencia de la parte personalmente, es un requisito que la Ley exige, salvo causa justificada, y en este caso no duda la Sala que no existiera causa, pero lo que resulta incuestionable es que no se justificó».

Por otro lado, hay que precisar que no basta con alegar y acreditar una causa para justificar la incomparecencia, sino que ésta debe ser valorada por el juzgado. Normalmente, con la presentación de un parte médico procederá LA suspensión, pues como señaló la **AP de Asturias, Sec. 7.ª, en su Auto de 21 de enero de 2003**, «Siendo que se trata de un parte médico emitido por los servicios médicos del Estado, so pena de entender que quien lo emite incurre en ilícito, no cabe sino pensar que su contenido responde a que el propio facultativo que lo emite fue quien atendió a la recurrente y por eso certifica su enfermedad o bien que accedió al conocimiento de tal hecho a través de la información documentada obrante». No obstante, ello no impide que el juzgado pueda valorar el contenido del parte médico, y así por ejemplo en el caso analizado por la **AP de Salamanca, Sec. 1.ª, en su Auto de 16 de julio de 2001** no se consideró justificada la incomparecencia, pues lo que el médico informaba es cansancio al caminar un mínimo trayecto, recomendándole únicamente reposo domiciliario: «Sin desconocer y lamentar la enfermedad que padece el recurrente, es lo cierto que, según el informe emitido por el Dr. D. Jerónimo S. S., que ese mismo día 1 de marzo lo visitó en su domicilio (a los solos efectos de informar sobre su situación física y la evolución de su enfermedad, y no de prestarle su asistencia) se refiere por el mismo que tiene una ligera sensación nauseosa, sin vómitos, un sangrado nasal y ligera pérdida de sensibilidad en yemas de los dedos de ambas manos y un cansancio al caminar un mínimo trayecto, recomendándole únicamente reposo a domicilio. De ello no puede deducirse una imposibilidad manifiesta de acudir a la formación de inventario, por cuanto, aunque se cansara al caminar, pudo hacerlo utilizando un medio de locomoción, y mucho menos de una imposibilidad de avisar a su Letrado o Procurador, o incluso directamente al Juzgado, si realmente le resultaba sumamente dificultoso acudir, a fin de

que se procediera a la suspensión de la diligencia acordada y a la realización de un nuevo señalamiento».

Por último reseñar que la **AP de Sevilla, Sec. 2.ª, en su Auto de 23 de marzo de 2009** indicó que «No se puede entender como un acto con eficacia jurídica como aceptar el inventario, el hecho de no acudir el día señalado, ya que aunque no se haya declarado judicialmente la incapacidad, se puede seriamente dudar de que la notificación personal, al ser persona con unos importantes deterioros físicos pudiera producir el efecto que toda notificación debe cumplir».

F) Existía imposibilidad legal de comparecer.

En relación con el motivo de inasistencia, además de las enfermedades físicas o el desconocimiento de la fecha de comparecencia, se ha llegado a alegar la existencia de una orden de protección. La **AP Madrid, Sec. 22.ª, en un Auto de 20 de noviembre de 2007**, analizó esta situación indicando que «Es cierta la existencia de una orden de alejamiento sobre el demandado, tal como se admite en el recurso de apelación, pero la misma y en su caso la existencia de una acusación penal no puede justificar su ausencia, habida cuenta del contenido del artículo 809-1 de la LEC que tiene carácter imperativo. Además la parte demandada no pidió previamente a la comparecencia la aplicación de los medios de comunicación recogidos en el artículo 229-3 de la LOPJ».

G) Problemática con la designación del abogado del turno de oficio solicitado por la parte demandada.

Existen supuestos en los que tras la solicitud de designación de abogado y procurador del turno de oficio, surgen ciertas incidencias relacionadas con la presentación de los documentos exigidos para el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita. Habrá que estar atentos a los trámites seguidos para comprobar si es o no imputable a la parte la no designación de un profesional, para decidir si la parte demandada tuvo o no un conocimiento exacto de la nueva fecha del señalamiento de la comparecencia, y si esta fue o no comunicada en forma.

1.c) Consideraciones en torno a la sanción prevista por el legislador en caso de inasistencia de uno de los cónyuges

La incomparecencia de uno de los cónyuges sin causa justificada lleva aparejada la sanción de tenerle por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el otro cónyuge que ha comparecido. Esta sanción, en principio, es aplicable tanto si comparece sólo el cónyuge que solicitó la formación de inventario como si el que comparece es el otro, aunque lógicamente, en este último caso, será necesario que él mismo aporte el día de la comparecencia la propuesta de inventario o al menos se haga constar en el acta levantada al efecto por el Secretario Judicial. No obstante, cuando no comparece el actor parece ignorar el legislador que ya consta en las actuaciones la propuesta de inventario que se acompañó con la solicitud inicial del procedimiento, con lo cual no se entiende muy bien que, habiendo manifestado ya qué bienes deben incluir el activo y qué deudas el pasivo, se ignore dicho documento para dar plena validez al inventario que proponga la parte demandada.

El art. 809 de la LEC establece la presunción *iuris tantum* de que la no asistencia personal del cónyuge significa su conformidad con la propuesta de inventario. Cuando no comparece un cónyuge y se aplica la sanción prevista, no se trata de una interpretación judicial del precepto que desemboque en un efecto desproporcionado sino de la *voluntas legislatoris* que debe ser respetada.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, tal y como señala el art. 809,1, párrafo tercero, de la LEC, se consignará en el acta la incomparecencia de uno de los cónyuges y se dará el acto por terminado. Nada indica el legislador si en estos casos el Secretario Judicial tiene facultades para excluir algún bien del inventario que propone la parte compareciente por falta de acreditación del carácter ganancial (repárese que en ningún momento se le obliga a presentar documentos), pero el tenor literal del precepto citado nos induce a pensar que simplemente deberá limitarse a consignar la incomparecencia de uno de los cónyuges y la propuesta de inventario del que ha comparecido. Claro, ello puede hacernos pensar que el cónyuge que comparece, favorecido por la sanción legal impuesta al otro, puede incluir o excluir del inventario los bienes que tenga a bien, pero ello es solo a nivel teórico, toda vez que lo que en el acta se haga constar no goza del beneficio de la cosa juzgada y, posteriormente (en el juicio declarativo posterior que se regula en el art.787 de la LEC), la parte no comparecida entendemos que podrá impugnar el inventario.

El legislador no ha previsto que después de esta comparecencia se dicte una resolución judicial, ya que sólo deberá consignarse en el acta que no ha comparecido uno de los cónyuges y que, por tanto, se ha concluido el inventario. Ello es indicativo, volvemos a insistir, de la ausencia de cosa juzgada que tiene el inventario confeccionado de esta forma.

También cabe cuestionarse hasta dónde se extiende la «conformidad» con el inventario. Pensemos en un supuesto en el que la parte que comparece incluye en su inventario bienes que no pertenecen a la sociedad de gananciales y que pertenecen privativamente al otro cónyuge. ¿La simple incomparecencia supone la derogación de los preceptos del CC relativos a la calificación de bienes? ¿Un bien que es privativo, por la sola incomparecencia de su propietario, se convierte en ganancial, o al contrario? ¿Si la parte compareciente indica que el saldo de una determinada cuenta bancaria es ganancial ya no podrá discutirse esta cuestión aunque exista fehaciencia del carácter privativo de esta? La respuesta debe ser negativa, la incomparecencia de un cónyuge sólo va a determinar que continúe la liquidación en base a dicho inventario, pero no supone que el inventario sea cosa juzgada. En efecto, antes hemos indicado que la comparecencia de inventario finalizará sin que se haya dictado ninguna resolución judicial, y precisamente por ello se deja abierta la posibilidad para que, posteriormente, puedan discutirse nuevamente las partidas que conforman el activo y el pasivo de la sociedad, pero esta posibilidad queda aplazada al juicio ordinario posterior a la liquidación, y por ello no podrá impugnar el inventario en la posterior fase de liquidación. Es más, incluso podría barajarse la posibilidad de interponer un recurso de revisión contra la sentencia definitiva de la liquidación por maquinación fraudulenta cuando el cónyuge compareciente se aprovecha de la ausencia del otro y en el inventario altera titularidades de bienes o excluye bienes gananciales en su propio beneficio.

2. Comparecencia del cónyuge pero sin estar representado por el Procurador

Respecto al Procurador, aunque en el texto legal se indica su preceptiva intervención surge la cuestión de que si comparece la parte al acto de la comparecencia es necesaria o no

la asistencia del citado profesional. En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales hemos encontrado resoluciones que han declarado la nulidad de actuaciones cuando los tribunales han impedido a la parte ejercitar su derecho de defensa por no haber comparecido el Procurador.

3. Comparecencia del cónyuges sin asistencia letrada

¿Qué pasa si comparece el cónyuge sin asistencia letrada? ¿Se le puede tener por conforme con lo que proponga la otra parte sin posibilidad de hacer ninguna alegación? En principio, la falta de asistencia injustificada del letrado, siendo obligatoria su presencia debe implicar tener por no comparecida a la parte.

Si ya consta en las actuaciones que el demandado está debidamente representado y asistido, puede suceder que surja una causa justificada que impida al letrado asistir a la comparecencia. Sobre la inasistencia del letrado a una vista por causa de enfermedad el **TC, en la Sentencia de 20 de mayo de 2002**, indicó que cuando de forma indebida, en un supuesto concreto, se desconozcan esas exigencias legales encaminadas a dotar de mayor efectividad a las posibilidades de defensa para las personas de unos derechos o intereses legítimos, se habrá lesionado el derecho fundamental a no padecer indefensión consagrada en el art. 24 CE. Tan solo sería posible negar esta vulneración de la Constitución bien cuando resulte de manera manifiesta y evidente que el acto procesal o trámite legalmente previsto y omitido en nada contribuiría a mejorar las posibilidades de defensa de la persona, o bien cuando concurran específicas circunstancias en el caso litigioso de las que puede derivarse que los objetivos o finalidades perseguidos por el legislador, mediante el establecimiento de los cauces o instrumentos a que nos venimos refiriendo han sido ya cubiertos de otro modo; el TC, en la sentencia de 29 de octubre de 1986, dice que a la luz del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CC la apreciación de la enfermedad del abogado ha de hacerse siempre en el sentido más favorable para la efectividad de la tutela judicial; también se dice que esa interpretación no puede amparar actitudes carentes de diligencia debida por parte del interesado, lesionadoras del derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, de la garantía a un proceso en dilaciones indebidas o a la regularidad, buen funcionamiento y, en definitiva, integridad objetiva del procedimiento; en concreto, el TS, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2002, recoge la doctrina del TC de que debe producirse un real y efectivo menoscabo, restricción o limitación de la posibilidad de defender sus derechos e intereses legítimos, y que ello se produce porque los reconoce el TC cuando, en un recurso de casación en que se había formulado y se tenía constancia escrita de las razones impugnatorias de la parte recurrente, no se suspendió la vista; con mucho mayor motivo, continúa diciendo el TS, habrá de hacerse en el caso, traído a la censura casacional de esta Sala, pues tratándose de un recurso de apelación, las razones y argumentos no se conocerían hasta el acto de la vista.

La **AP de Sevilla, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 19 de mayo de 2011** declaró la nulidad de lo actuado y que se volviese a celebrar la comparecencia, ya que la ausencia de la letrada estuvo debidamente justificada con un parte médico, no compartiéndose las razones del Juzgado para continuarla: «La doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la no suspensión de la vista por enfermedad del abogado, y que estando justificada puede vulnerar los derechos de la parte y por tanto producirse efectiva indefensión, exige analizar en el

presente caso si se justificó de forma adecuada la inasistencia, si podía entenderse como una maniobra dilatoria, y si el acto al que no acudió el abogado por su trascendencia podía generar efectiva indefensión; es verdad que en este caso el titular del juzgado con carácter previo anunció los motivos por los cuales no accedió a la suspensión de la vista, pero esos motivos no pueden ser acogidos para justificar la celebración de la vista sin la presencia del letrado de una de las partes, y ello porque como ya hemos dicho la letrada aportó un documento en el que por un facultativo se constataba la realidad de la enfermedad y la recomendación de guardar cama durante 5 días, y el hecho de que ya se hubiera suspendido en alguna otra ocasión no es motivo para denegar la petición si esta está justificada como en este caso, y no hay datos suficientes para considerar que esa actuación era una conducta prevista y con la única finalidad de alargar el proceso en perjuicio de la contraria. Es verdad que la posible nulidad que la pide y de acogerse, conlleva una dilación del proceso, pero si se evidencia la infracción procesal generadora de indefensión, la resolución de esta Sala y posteriores estarían viciadas, y en lugar de acortar el tiempo del proceso podrían dilatarse incluso hasta la resolución por el TC; así lo recoge la Sentencia del T.S. de 27 de Noviembre de 2002 en la que literalmente dice "Esta Sala quiere hacer constar expresamente que no ha utilizado esta doctrina del T.C. para soslayar el examen casacional de un recurso con plurales impugnaciones y numerosos motivos, sino porque a más de constituir en el tema de derechos fundamentales cuestión ya fijada y determinada la seguida ahora por esta Sala, sino porque de seguirse tal solución hubiera bastado la utilización del recurso de amparo por el citado Sr. Juan para que dicho órgano constitucional lo hubiera decretado así, a la vista de la constante y continuada doctrina y en un tema mucho más grave y trascendente y con ello se hubiera retrasado notoriamente por tiempo superior la solución final del caso"; el acto que se celebró sin la presencia del letrado de la hoy apelante, es la comparecencia del art. 787 LEC que tiene por objeto alcanzar la conformidad respecto a las cuestiones promovidas, y si no hubiere conformidad el Tribunal oirá a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. Es este trámite, una actuación procesal muy importante para la aprobación de las operaciones divisorias, pues no es un trámite que podría calificarse de exclusivamente formal, sino es un trámite para que el tribunal oiga a las partes respecto a la oposición planteada, permitiéndose para modificar las pretensiones la práctica de prueba, lo cual evidencia la importancia del acto y el consiguiente perjuicio para la defensa de los intereses de la parte cuyo letrado no pudo acudir, y esa imposibilidad de acudir está suficientemente acreditada para con la misma haber suspendido el acto procesal, sin perjuicio de que se hubiera exigido algún otro tipo de acreditación, pero como ya hemos dicho de la documental aportada se constata la realidad de la enfermedad, y la necesidad de reposo durante cinco días, lo cual es incompatible con el ejercicio de la actividad profesional, por lo que la única solución para evitar la indefensión y por tanto para darle al apelante la tutela judicial efectiva procede manteniendo todo lo realizado, declarar la nulidad desde la providencia de citación para comparecencia a fin de que se proceda a un nuevo señalamiento y su celebración».

En aquellos casos en los que el demandado no cuenta con asistencia letrada, dada la gravedad de la sanción que impone el art. 809 LEC ante la incomparecencia, nos consta que se han dictado resoluciones dando por comparecida a la parte a pesar de no estar asistida por un abogado. La base jurídica de estas resoluciones se encuentra en que la compa-

recencia prevista en el art. 809 de la LEC no es propiamente una vista, sino que se trata de una diligencia judicial que se lleva a efecto a presencia del Secretario Judicial, y por ello la falta de asistencia de letrado no determina la incomparecencia del cónyuge si éste asiste personalmente, por lo que debe admitirse que participe en la formación del inventario. Así por ejemplo, la **AP de Tenerife, Sec. 4.ª, en su Auto de 1 de julio de 2002** vino a indicar que la comparecencia prevista en el art. 809 de la LEC no es propiamente una vista, sino que se trata de una diligencia judicial que se lleva a cabo a la presencia del Secretario, y por ello la falta de asistencia de Letrado a la diligencia para la formación de inventario no determina la incomparecencia del cónyuge si éste asiste personalmente o bien interviene representado por el Procurador en una actuación facultativa de éste, y si ello es así, en este caso se debió dar intervención al Procurador comparecido de la parte apelante para contribuir a la formación del inventario con el Secretario. En términos similares se pronunció la **AP de Madrid, Sec. 24.ª, en su Sentencia de 6 de julio de 2006**: «Para la formación de inventario no es precisa la asistencia de abogado y procurador, al realizarse mediante una mera diligencia judicial que se lleva a cabo en presencia del Secretario, y por tanto no procede declarar la nulidad de actuaciones por no haberse advertido a la parte que debió comparecer con dichos profesionales».

Cuando la representación y defensa de un cónyuge renuncian a seguir asumiendo sus funciones, será preciso comprobar si el cónyuge ha sido notificado de tal circunstancia, para decidir lo procedente en caso de que no comparezca asistido de nuevos profesionales a la comparecencia de inventario. La **AP de Valladolid, Sec. 1.ª, en su Auto de 14 de septiembre de 2009** señaló que no apreciaba que el Juzgado de Instancia hubiese incurrido en infracción procesal alguna durante la tramitación de las actuaciones, pues la situación en la que se ha encontrado la esposa al tiempo de la comparecencia de liquidación de gananciales a la que necesariamente debía acudir asistida de letrado y procurador ha sido motivada exclusivamente por su propia actuación, pues con anterioridad tenía conocimiento de que los profesionales que la representaban y asistían habían renunciado al cargo.

Existen otros supuestos en los que el demandado justifica la no asistencia del letrado que le asista por problemas relacionados con la designación del abogado del turno de oficio. Siendo muy variada la casuística que puede presentarse, habrá que estar al caso concreto. La **AP de Madrid, Sec. 24.ª, en su Auto de 22 de mayo de 2012** aprobó la liquidación y adjudicación de los bienes propuesta por la parte actora al no haber comparecido el demandado asistido de abogado y procurador a pesar de ser citado con las advertencias legales, precisando que era intrascendente que en dicho acto el demandado manifestase que había solicitado asistencia jurídica gratuita, pues no fue solicitada para este proceso y además fue denegada con fecha anterior a este proceso.

CASOS PRÁCTICOS

I. PENSIÓN ALIMENTICIA

¿Tiene alguna influencia a la hora de fijar la pensión alimenticia que los hijos mayores no quieran mantener ninguna relación con su padre?

Que los hijos mayores de edad no quieran mantener ningún contacto con el padre no impide que se fije la pensión alimenticia, pues esta atiende a la necesidad de los hijos junto a las posibilidades económicas del padre para dar alimentos. Otra cuestión distinta será evidentemente si concurre la causa prevista en el art. 152.4 del CC (que el hijo hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación), en cuyo caso no llegaría a nacer la pensión.

II. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Constante el matrimonio, el esposo vendió un inmueble de su propiedad y se le giró una importante cantidad en concepto de plusvalía. La esposa considera que el incremento patrimonial que viene a sancionar la plusvalía tiene carácter ganancial y que por tanto debe incluirse en el inventario de la sociedad. ¿Lleva razón la esposa?

El art. 1347 del CC señala que son bienes gananciales «Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales». Sin embargo, el incremento patrimonial que haya podido experimentar un bien privativo por el paso del tiempo no puede asimilarse a frutos rentas o intereses. Por tanto, será de aplicación lo establecido en el art. 1346.2 del CC según el cual son bienes privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos, por lo que el precio íntegro de la compraventa tiene carácter privativo, siendo la plusvalía únicamente un impuesto que grava el incremento patrimonial que ha tenido el esposo por la compraventa.

Si la plusvalía se pagó con dinero ganancial, sí puede incluirse en el activo un crédito frente al esposo por el importe actualizado de su importe.

III. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Reclama la madre en su demanda de ejecución el pago de los gastos de uniforme, matrícula, libros y comedor escolar, conceptos todos ellos que se consideraron como extraordinarios en el convenio regulador. El padre se opone a la reclamación argumentando que todos los gastos que se reclaman están incluidos dentro de la pensión alimenticia ordinaria tal y como mantienen la casi totalidad de las Audiencias provinciales y entre ellas la que hipotéticamente debería resolver el recurso de apelación contra el auto que ponga fin al incidente. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

No. Aun reconociendo la certeza de la alegación de que todos esos gastos no tienen carácter extraordinario, no puede olvidarse que los progenitores le dieron tal carácter en el convenio regulador, por lo que lo pactado debe tener fuerza de ley para ellos mientras no sea sustituido por nuevo acuerdo o por una resolución judicial.

IV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Habiendo adquirido la esposa la vivienda en estado de soltera, se da la circunstancia de que, constante la sociedad de gananciales, se hipotecó el inmueble y con el dinero obtenido se adquirió un vehículo de gran cilindrada. El esposo pretende en la liquidación de la sociedad de gananciales que se compute el préstamo hipotecario para determinar el porcentaje ganancial y privativo del inmueble. ¿Puede admitirse esta tesis?

Entendemos que no, dado que la ganancialidad que prevé el art. 1354 del CC está relaciona-

da con el pago del inmueble y no con la adquisición de otros bienes muebles. Ese préstamo tendrá la consideración de ganancial, al igual que el vehículo, pero no tendrá ninguna repercusión respecto a la vivienda.

V. PATRIA POTESTAD

En función del horario laboral de mañana de la madre, en el convenio se acordó que la hija asistiría a primera hora a la guardería, donde desayunaría. Por razones económicas, la madre ha acordado que la hija desayune en casa de una vecina, quien al mismo tiempo se ha encargado de llevar a la hija al colegio. El padre ha instado una ejecución de sentencia, pero se ha desestimado su demanda al no contener la sentencia pronunciamiento de condena. ¿Qué puede hacer el padre para que la hija vuelva a la guardería en el horario que pactaron?

Teniendo en cuenta que cuando se firmó el convenio regulador la hija ya acudía a primera hora a la guardería, hay que considerar que la decisión de que asista más tarde entra dentro del ámbito de la patria potestad, por lo que el padre tendrá que efectuar la correspondiente solicitud para que sea el juez quien, de acuerdo con lo establecido en el art. 156 del CC, atribuya a uno de los progenitores la facultad de decidir en qué horario debe asistir la menor a la guardería.

VI. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

A pesar de que uno de los cónyuges tenía perfecto conocimiento de la existencia de un bien de carácter ganancial, no lo incluyó en el inventario de la sociedad. Finalizado el procedimiento liquidatorio ha presentado una demanda de adición a la partición solicitando la inclusión de dicho bien. ¿Puede oponerse el otro cónyuge planteando la excepción de preclusión de alegación de hechos del art. 400.2 de la LEC?

Señala el art. 400.2 de la LEC que «De conformidad con lo dispuesto en al apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste». La aplicación de este precepto nos llevaría a la conclusión de que si el cónyuge conocía la existencia del bien en el momento de la formación de inventario debió incluirlo en aquel momento, perdiendo la posibilidad de adicionarlo posteriormente. Sin embargo, creemos que lo dispuesto en el art. 400 de la LEC no es aplicable al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, ya que la formación del inventario no comienza con una demanda sino con una solicitud, poniendo de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia que estamos más próximos a un acto de jurisdicción voluntaria que a un proceso contencioso. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el art. 1079 del CC preceptúa que «La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos», no especificándose si la omisión es voluntaria o involuntaria.

VII. GUARDA Y CUSTODIA

La madre, sin consentimiento ni conocimiento del padre, y sin autorización del juzgado, se ha marchado de la ciudad donde se encontraba el domicilio familiar y ha fijado su residencia en otra ciudad que se encuentra a más de 400 kilómetros de distancia. El padre, dos años después, interpone una demanda en la que solicita el cambio de custodia basándose exclusivamente en ese cambio unilateral de domicilio.

Cuando se produce un cambio de domicilio por parte del progenitor custodio sin contar con la autorización del juzgado ni con el consentimiento del otro progenitor, es fundamental instar un procedimiento judicial para que el juzgado valore el hecho y adopte las medidas que en su caso procedan. Sin embargo, cuando el padre se ha aquietado con esta situación durante tanto tiempo, estaríamos en presencia de un cuasi consentimiento tácito. Por tanto, en estos casos, dado el tiempo transcurrido será necesario valorar por especialistas en la materia tanto los beneficios como, en su caso, los perjuicios que un eventual cambio de guarda y custodia y de entorno causarían a los menores.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

¿Puede incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a favor de la madre por las cantidades que adeuda el padre por impago de las pensiones alimenticias?

No, ya que no se trata de un crédito frente a la sociedad de gananciales al que sean aplicables los arts. 1362, 1364, 1373 y 1398.3 CC sino un crédito personal de la madre frente al padre, por lo que no ha de figurar en el inventario sin perjuicio de que en su momento sea de aplicación el art. 1405 CC en caso de que no hubiera sido satisfecha la deuda antes de la liquidación.

IX. VIVIENDA FAMILIAR

Dos años después de haber abandonado la esposa el domicilio familiar solicita en el procedimiento de divorcio que se le tribuya el uso de la vivienda familiar alegando que el abandono fue debido al acoso del esposo, lo que no acredita. ¿Puede accederse a su petición?

Estamos en presencia de un abandono voluntario de la vivienda familiar por parte de un cónyuge habiendo transcurrido dos años desde dicho evento, por lo que la vivienda ha dejado de tener el carácter de vivienda familiar, no siendo de aplicación por tanto lo previsto en el art. 96 del CC.

X. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Aunque en el proceso de divorcio la esposa reconoció que la vivienda familiar estaba ubicada en un determinado domicilio, pretende en la liquidación de la sociedad de gananciales que se aplique el art. 1354 del CC a un inmueble distinto, propiedad exclusiva del esposo, y se considere en parte ganancial y en parte privativo. ¿Puede admitirse esta petición?

Entendemos que no, dado que va en contra de la doctrina de los actos propios mantener en el proceso de divorcio que la vivienda radica en un determinado inmueble, y luego en el proceso de liquidación sostener que era otro inmueble distinto el que tenía el carácter de vivienda familiar.

XI. CUESTIONES PROCESALES

Habiéndose interpuesto un recurso de casación, se pretende por la recurrente la aportación de pruebas nuevas para acreditar que no es viable el sistema de custodia compartida que se acordó por el Juzgado y se confirmó por la Sentencia de la Audiencia Provincial. ¿Es esto posible?

No. El art. 752 de la LEC en su párrafo tercero atribuye al órgano de segunda instancia las mismas facultades que en materia de introducción de hechos, prueba y valoración de la misma, donde es posible la alegación de hechos nuevos y la práctica de prueba sobre ellos mismos que puedan incidir en aquellas materias que resulten indisponibles para las partes, como ocurre con la relativa a la guarda y custodia de los menores. Sin embargo, debe estarse a la configuración legal del recurso de casación como recurso extraordinario y no como una tercera instancia, cuyo objeto es la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y recurrida, con el solo fin de valorar si en ella fue correctamente aplicado el derecho sustantivo a observar, objeto y fin que dan lugar a la exclusión de la posibilidad de práctica o valoración de prueba distinta de la que haya sido tenida en cuenta en el procedimiento declarativo cuya segunda instancia terminó con la sentencia recurrida.

XII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo, constante la sociedad de gananciales, percibió una indemnización como consecuencia de un accidente de circulación. Tras ello constituyó un depósito bancario conjuntamente con la esposa y posteriormente se hicieron disposiciones conjuntas utilizando tanto el dinero procedente de la indemnización como el que tenía el matrimonio para la compra de un inmueble que se adquirió para la sociedad de gananciales. ¿Puede incluirse en el pasivo de la sociedad un crédito del esposo contra la sociedad por el valor actualizado de la indemnización?

No cabe duda de que la indemnización tiene carácter privativo y que, tras disponerse de ella, en principio sería de aplicación lo establecido en el art. 1358 el CC («Cuando conforme a este

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

Sin embargo, hay que reconocer que existe un importante sector de las Audiencias Provinciales que en supuestos como este han desestimado la petición de que se incluya una partida de pasivo en base a que de los actos propios se desprende la inequívoca voluntad del esposo de atribuir a dicha indemnización, y en su caso a las disposiciones realizadas con ella, el carácter de bien ganancial, puesto que nada más recibirse la indemnización constituyó un depósito bancario conjuntamente con su esposa y a partir de aquí hubo continuos actos de disposición y confusión entre ese dinero y el resto con que contaba el matrimonio, incluyendo el procedente de su trabajo, evidenciándose igualmente esa voluntad en el hecho de que la vivienda en cuestión se adquirió sin reserva alguna con carácter ganancial.

XIII. UNIONES DE HECHO

Rota la relación de pareja que se prolongó durante 23 años, el que fue conviviente interpuso una demanda de desahucio por precario, alegando la conviviente que esa convivencia constituye un título legal de ocupación que no puede resolverse por vía del procedimiento de desahucio, sino por un procedimiento de familia. ¿Podrá estimarse la demanda?

Consideramos que sí, ya que por mucho que se haya prolongado la convivencia, si el inmueble es propiedad exclusiva de uno de ellos y no existe descendencia común menor de edad, el otro carece de título suficiente que justifique su ocupación con fuerza suficiente para enervar la acción de desahucio por precario.

XIV. PENSIÓN COMPENSATORIA

En la comparecencia de medidas provisionales, las partes llegaron a un acuerdo en virtud del cual la custodia de los hijos se atribuía al padre y la madre le abonaría 200 euros en concepto de pensión alimenticia, asumiendo igualmente cada uno de los cónyuges la mitad del préstamo hipotecario. El esposo sostiene en el procedimiento principal que, como en dicho acuerdo no se hizo mención alguna a la pensión compensatoria, debe entenderse que se estaba renunciando a ella. ¿Puede admitirse esta tesis?

No. Si, tal y como se plantea, el acuerdo se limitó a las medidas provisionales y el procedimiento principal siguió su cauce, no cabe entender que existiese una renuncia a la pensión compensatoria, toda vez que no era ese el ámbito procesal en el que podía discutirse la procedencia de la pensión compensatoria.

XV. VIVIENDA FAMILIAR

En su día se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, si bien dicho derecho no llegó a tener acceso al Registro de la Propiedad. Posteriormente solicitaron los cónyuges un préstamo hipotecario, dejando finalmente impagadas las cuotas, lo que motivó que la entidad bancaria iniciase el proceso de ejecución hipotecaria. Tras celebrarse la subasta y solicitar el adjudicatario la entrega de la posesión, la esposa esgrime la sentencia de separación que le atribuyó el uso del inmueble. ¿Qué efectos tendrá la atribución del uso frente al tercer adquirente?

La prioridad de protección favorecería al derecho de uso que se hubiese atribuido judicialmente y tenido acceso al Registro de la Propiedad antes de la constitución de la carga hipotecaria, pero cuando no ha llegado a inscribirse habrá que estar en tal caso, para determinar su mantenimiento, a lo dispuesto en los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, pues la decisión dependerá de la consideración o no como tercero protegido por la fe pública registral que se otorgue al adquirente del bien hipotecado.

XVI. PENSIÓN COMPENSATORIA

Tras surgir la crisis de pareja, veintisiete años desde de haberse contraído el matrimonio, la esposa inicia su actividad laboral en los escasos trabajos que le salen y por los que percibe cantidades que en cualquier caso no llegan a quinientos euros mensuales. El esposo, que tiene unos ingresos de mil ochocientos euros, entiende que en el momento de acordarse el

divorcio no existe desequilibrio económico, pues la pensión compensatoria no puede tener el efecto de nivelar los ingresos de ambos cónyuges. ¿Se trata de un supuesto en el que debe fijarse pensión compensatoria?

El haberse ocupado la esposa durante la convivencia matrimonial a atender a la casa y los hijos le ha impedido poder promocionarse dentro del ámbito laboral, por lo que tras la ruptura no ha tenido otra opción que realizar trabajos no cualificados, a diferencia del trabajo que desarrolla el esposo. Por ello, entendemos que la esposa es acreedora de una pensión compensatoria, no para igualar los ingresos que ambos perciben, pero sí para paliar en parte los reducidos ingresos que percibe la esposa por esa falta de cualificación profesional.

XVII. FILIACIÓN

El padre biológico de un menor que se encuentra declarado en situación de desamparo ha ejercitado la acción de reclamación de la paternidad, solicitando en el mismo procedimiento que se deje sin efecto el desamparo. ¿Puede accederse a dicha petición?

Entendemos que no, dado que una vez que se declare la filiación paterna, el padre tendrá que acudir al procedimiento de oposición a la resolución de desamparo, en el que será parte la entidad pública con competencias en la materia, sin que puedan acumularse en el mismo procedimiento ambas acciones.

XVIII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En la partición hereditaria, a la esposa se le adjudicó 1/3 parte de un inmueble, correspondiendo el resto a su padre y a su hermana. Ocho años después, constante la sociedad de gananciales, la esposa compró las 2/3 partes que pertenecían a su padre y a su hermana. En el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales sostiene la esposa que el inmueble tiene enteramente carácter privativo, y por el contrario el esposo defiende el carácter ganancial de los 2/3 partes del inmueble. ¿Quién lleva razón?

Aunque en el art. 1346 del CC se da carácter privativo a los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges, en el presente supuesto no nos encontramos ante un retracto entre hederemos o comuneros, sino ante la adquisición con dinero ganancial de una parte indivisa de un inmueble, sin que en el momento de la compra se hiciese ninguna manifestación de aquel derecho. Por tanto, nos encontramos ante el supuesto regulado en el art. 1.347.3 del CC, según el cual tendrán carácter ganancial «Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos».

XIX. GUARDA Y CUSTODIA

¿Puede admitirse una custodia compartida en la que la convivencia de los progenitores con los menores se alterne de forma quincenal durante todo el año?

Al establecerse la custodia por periodos quincenales, en las vacaciones de Navidad y Semana Santa se priva a uno de los progenitores de la compañía de sus hijos, por lo que es lógico que estas fiestas se dividan en dos periodos iguales de duración, que los menores pasarán alternativamente con ambos progenitores.

XX. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La esposa pretende que se incluya en el pasivo una deuda de la sociedad frente a su padre por importe de 40.000 euros derivados de préstamos para necesidades de los negocios gananciales con el único soporte de un documento suscrito entre el padre y ella. ¿Puede accederse a esta petición?

Consideramos que no, dado que, al tratarse de un documento privado no reconocido por el esposo, para incluir una deuda en el pasivo será necesario que previamente el padre haya instado un procedimiento de reclamación de cantidad contra los cónyuges, y que haya finalizado con una sentencia estimando sus pretensiones.

XXI. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estando en trámites el proceso de ejecución por impago de la pensión alimenticia, plantea el ejecutado la excepción de litispendencia en base a que ya se ha dictado una sentencia que

reduce la cuantía de la pensión alimenticia, pero se opone a ello la ejecutante alegando que dicha sentencia está recurrida.¿Qué solución jurídica tiene la cuestión?

La litispendencia se configura en nuestro derecho como un remedio procesal para impedir la simultánea tramitación de dos procedimientos con igual contenido, mediante la exclusión del promovido en segundo lugar, institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, o de la univocidad procesal y del legítimo derecho de quien la esgrime a no quedar sometido a un doble litigio. Así las cosas, la argumentación del ejecutado entraña una evidente confusión entre lo que de una parte constituye la excepción alegada y, de otra, entraña los efectos propios de una sentencia firme. Efectivamente y a diferencia de la «litispendencia» que necesariamente ha de ir referida al supuesto previo de que no exista una resolución ya firme a ejecutar y sí una seguridad de que esto ocurra en otro procedimiento con identidad de objeto, causa y partes, lo que provoca que puedan producirse resoluciones de contradictorio contenido acerca de lo mismo, en el presente supuesto no se trata de otra cosa que de ejecutar en sus propios términos una sentencia firme recaída en un procedimiento de divorcio en lo que afecta a la pensión alimenticia para los hijos y abono por mitad de los gastos extraordinarios, el cual no entrañó en cuanto a su ejecución situación alguna de litis pendencia respecto de lo que hubiera de acordarse en un futuro mediante la sentencia que hubiera de recaer en el incidente de modificación de medidas, pues precisamente los efectos de la sentencia inicial de divorcio quedarían anulados o sustituidos por los que hubieran de adoptarse en el incidente precisamente previsto para tal fin.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

TRANSGRESIÓN DE DEBERES CONYUGALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Doctora en Derecho

Abogada Especializada en Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, responsabilidad civil y derechos fundamentales de la persona

Profesora de la Universidad de Cádiz

Hasta hace apenas unos quince años, la infracción de deberes en el ámbito de las relaciones conyugales quedaba al margen de la responsabilidad civil, por lo que la inmunidad, ante las transgresiones que pudieran producirse, era absoluta. En este sentido, no se cuestionaba, ni por parte de la doctrina, ni tampoco por la jurisprudencia, que el marco de las relaciones conyugales estaba teñido de privilegios. El Derecho de Daños se avenía mal con el Derecho de Familia, especialmente porque este último presenta unas connotaciones que exceden de lo meramente patrimonial, entrando, en cambio, con claridad, en el terreno de lo afectivo, de los sentimientos y de las emociones. La propia jerarquización de la estructura familiar, el interés y el bien común de la familia, así como la sacralizada protección del beneficio —o bienestar— del menor, eran todos principios y postulados que, a simple vista, se aparecían como opuestos a cualquiera acción judicial entre las partes involucradas. Y, sin embargo, el Derecho de Daños, tal como lo entendemos hoy en día en nuestro país, no tiene por qué ser ajeno al Derecho de Familia. Las reglas del «alterum non laedere» —no hacer daño a nadie, sin excepciones—, de indemnidad y de integridad del daño, han de reaccionar frente a la presencia de un perjuicio, y ello con independencia del escenario en que suceda y, por tanto, también en el seno de la familia y en el marco de las relaciones matrimoniales.

En la actualidad, hay una tendencia general a realzar a la persona, a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad, frente a la sociedad, priorizando, así, la autonomía y la libertad privadas. La novedosa concepción de la familia pasa por destacar el interés individual de sus miembros por encima de un interés superior. Uno de los principios constitucionales más significativos es, precisamente, el relativo al libre desarrollo de la personalidad y, como ha expresado LUNA SERRANO[(1)], es el que ha trascendido y predominado en el concepto de familia fundado en el matrimonio, al considerarlo como medio o incluso como instrumento del propio desarrollo de los cónyuges, careciendo de todo objeto el matrimonio cuando no puede atender a dicha finalidad y resaltando, con ello, su carácter individualista. En esta línea orientativa, la familia está al servicio de la persona humana, de su dignidad, y no el ser humano o la persona al servicio de la familia. También RAGEL SÁNCHEZ matizaba, con razón[(2)], que, aunque por el matrimonio —por el hecho

(1) LUNA SERRANO, Agustín: «La reforma de la legislación matrimonial», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Ediciones Civitas, Madrid, 1994.

(2) RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Denegación de indemnización del daño moral causado por infidelidad matrimonial», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, enero-marzo 2000.

de contraerlo—, se otorgan ciertos derechos a los cónyuges, en ningún caso se confiere un derecho sobre la persona del otro cónyuge, es decir, uno no se hace dueño del otro, por lo que debe ser rechazada toda idea que justifique un abuso sobre uno de los esposos, afirmación que hay que hacer extensible a la familia en general y que, además, sirve para rechazar tajantemente cualquier idea de inmunidad familiar respecto de los daños o perjuicios que pudieran causarse sus miembros entre sí.

En realidad, si nos detenemos a pensar, no hay razón alguna para admitir, en el marco de nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, una inmunidad que conllevara un privilegio en el ámbito de las relaciones conyugales. A mi juicio, el hecho de que el Derecho de Familia sea especial, o específico, con normas propias, no debería configurarse como pretexto, o excusa, que sirviera para evitar o eludir las normas propias del Derecho de Daños y, en definitiva, la responsabilidad civil. Cuando un cónyuge causa un daño o un perjuicio al otro y el incumplimiento de alguno de los deberes conyugales es el medio a través del cual se exterioriza ese daño, es obvio que hay que canalizar, desde el punto de vista jurídico, la existencia de responsabilidad civil. Hay que tener en cuenta que los deberes conyugales enunciados en los artículos 67 y 68 de nuestro Código Civil son jurídicos, y no sólo éticos o morales e integran, asimismo, el núcleo de la causa del negocio matrimonial, cuestión ésta que me parece de un indiscutible interés y que ha puesto de relieve CARRIÓN OLMOS [(3)]. Son deberes que se encuentran determinados en la Ley y su carácter personal —o personalista— no justifica que se puedan dañar impunemente en el seno del matrimonio o de la relación conyugal, teniendo en cuenta que el deber de indemnizar el daño causado tiene un contenido patrimonial ineludible y, por tanto, es una obligación en sentido técnico. En la medida en que el incumplimiento produzca un daño, o perjuicio, que se pueda estimar como injustamente causado, aunque los deberes jurídicos, en este caso, no tengan un carácter patrimonial, sí podrán —y deberán— ser resarcidos a través de los medios e instrumentos que logran —o intentan lograr— la satisfacción económica, siempre y cuando se den, para ello, los requisitos exigidos en función de la responsabilidad civil. Es decir, la posibilidad de exigir dicha responsabilidad ha de estar presente y ser admitida, y no rechazada, en el ámbito de nuestro Derecho de Familia. Entre los deberes conyugales, cabe citar el de fidelidad, además del respeto y ayuda mutua entre los esposos. Precisamente es el deber de fidelidad el más frecuentemente infringido.

Resulta paradójico, cuanto menos, mencionar que hay algunos autores que basan la negativa a la indemnización o reparación entre cónyuges —también se le puede denominar como resarcimiento— por incumplimiento de deberes conyugales en lo que se denomina «errores de elección». En este sentido se han pronunciado autores como BIDART CAMPOS, SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA[(4)], al señalar que quien contrae matrimonio lo hace prestando un consentimiento válido, con todo lo que ello implica y si, por distintas razones, la elección del cónyuge se revela equivocada, ha de admitirse que esas circunstancias han de ser sopesadas antes de dar un paso tan trascendental en la vida de la persona como lo es el contraer matrimonio con otra. De ahí concluyen que acordar, por la vía jurisprudencial,

---

(3) CARRIÓN OLMOS, Salvador: «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

(4) SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA: «Els efectes del matrimoni», en *Comentaris al Codi de Familia, a la Llei d'unions estables de parella y a la llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

una reparación indemnizatoria significaría tanto como asegurarle a quien se equivoca en su elección una reparación pretendidamente paliativa de los agravios sufridos.

Lógicamente, esta tesis citada no convence, porque, además, se apoya o fundamenta en bases equivocadas y en una interpretación desviada de lo que, en realidad, ha de suponer la indemnización por daños en el seno del matrimonio. El remedio indemnizatorio —que, en muchos casos, no logrará la satisfacción completa de la persona agraviada— no está pensado, obviamente, para reparar el error de elección, sino que lo que se repara —o se intenta reparar— es el daño o perjuicio causado, pero no por ese hipotético error de elección, sino por el comportamiento de uno de los cónyuges que lesiona, gravemente, la esfera de la dignidad del otro y produce, con esa lesión, unas consecuencias perjudiciales y dañosas que no son sólo de carácter patrimonial, sino de orden moral y psíquico.

La existencia de responsabilidad civil viene dada desde el momento en que se causa un daño a otra persona y es ese daño lo que configura el marco de la responsabilidad civil y todo ello en el ámbito —tan personalista— del Derecho de Familia. No obsta a la exigencia de responsabilidad civil el hecho de que el adulterio dejara de constituir, desde una fecha ya tan lejana como el año 1978, un delito, porque la base en la que se fundamenta le exigencia de responsabilidad no es ni más ni menos que el daño o perjuicio y éste existe y se origina cuando se produce una transgresión del deber de fidelidad, o de cualquier otro de los deberes jurídicos que aparecen regulados en el Código Civil en sede de obligaciones conyugales.

La Reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha reforzado bastante el abandono, progresivo, de los privilegios de inmunidad en los daños entre cónyuges. Por el hecho de estar casados, los cónyuges ya no van a poder alegar situaciones de privilegio, de supremacía o de vínculos de sujeción, sino que se han de considerar personas libres e iguales y responsables los unos frente a los otros y también, por supuesto, en relación con terceras personas.

Como afirmaba María Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO[5], la evolución del Derecho de Familia nos ha llevado a una serie de principios, que pueden resumirse así:

1.º democratización de las relaciones familiares;
2.º desacralización de los lazos familiares;
3.º paso de la familia patriarcal a la familia nuclear; y
4.º necesidad de que el daño producido en la esfera de las relaciones familiares tenga la consiguiente reparación.

En la actualidad, tal como la doctrina jurisprudencial ha señalado, la reparación del daño sufrido por uno de los cónyuges se debe fundamentar no en la infracción de los deberes matrimoniales ya enunciados anteriormente, sino en la infracción o transgresión del principio jurídico general *«neminem laedere»*, es decir, no hacer daño a nadie. En este supuesto, si se sigue esta doctrina, habría que tener en cuenta que la reparación del daño se desvincula no sólo de los perjuicios causados por el incumplimiento de los deberes conyugales, sino también del incumplimiento mismo de esos deberes y, por lo tanto, la obligación indemnizatoria surge o se origina a través de un daño diferente al daño causado por violación de los deberes

(5) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «¿Es indemnizable la infidelidad», en *Revista Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, núm. 47, abril-junio 2010.

conyugales. A un tiempo, la infracción que lo origina es un hecho ilícito distinto y ajeno, en todo caso, del incumplimiento de los deberes personales del matrimonio. En otras palabras, se trataría de una reparación del daño que no entra a considerar si la persona que lo ha producido —ni la que lo ha sufrido— está casada, o no lo está. La desvinculación se produce *ab initio* y no se hace mención alguna de los deberes matrimoniales enunciados en los artículos 67 y 68 del Código Civil. En este sentido, cabe citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004 y de 5 de septiembre de 2007; de la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2007 y de Barcelona de 16 de enero de 2007. En todas estas resoluciones judiciales, el juzgador prescindió jurídicamente de la existencia del matrimonio y de que esos daños se hubieran producido constante matrimonio, entre cónyuges, y, además, resolvió que los daños causados al demandante por infracción de los deberes conyugales no eran resarcibles en ningún caso, a diferencia de los daños originados por transgresión del artículo 1902 de nuestro Código Civil.

Hay que resaltar que la doctrina jurisprudencial española tampoco se pone de acuerdo en relación con el comportamiento —acción— doloso o culposo de cónyuge transgresor, exigiendo, en determinados supuestos, de forma necesaria, un comportamiento doloso, mientras que, en otras resoluciones judiciales el único requisito exigido es que la acción que produce el daño sea culposa o negligente. Es preciso puntualizar en relación con el contenido del artículo 1.902 del Código Civil, porque este precepto no exige, para que el daño se estime indemnizable, una acción dolosa del infractor, sino que basta con que sea una acción —u omisión— en la que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, por lo que, si se exige el dolo para la posibilidad de indemnización, es evidente que se está interpretando dicho precepto con ligereza o de una forma que no es precisamente la adecuada ni conveniente. No lo ha estimado así, sin embargo, algún sector de nuestra doctrina jurisprudencial. Por citar un ejemplo significativo, tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004. En este supuesto, el actor alegaba la existencia de daños patrimoniales y morales, argumentando que, constante matrimonio, tres de los cuatro hijos nacidos, y reconocidos por ambos cónyuges, eran fruto de relaciones extramatrimoniales que la mujer había mantenido con un tercero. Tanto la esposa como el padre biológico de los hijos tenían pleno conocimiento, desde el principio, de que la paternidad de esos hijos no correspondía al marido, hecho que había sido ocultado por los demandados, lo que había propiciado que el actor los reconociera como hijos biológicos, asumiendo, de buena fe, las obligaciones inherentes a la patria potestad, y habiéndose creado un vínculo paternofilial entre éste y los menores. Como consecuencia del posterior descubrimiento de la paternidad de otro hombre, así como de la noticia de la infidelidad conyugal por parte de la esposa, el demandante había sufrido una serie de perjuicios, consistentes tanto en daños morales, por la pérdida de los tres menores que él creía que eran hijos suyos; daños morales por los perjuicios físicos y las secuelas psicológicas; daños morales por el deterioro de su fama y honor, y, por fin, daños patrimoniales y enriquecimiento injusto, así como daño patrimonial, asimismo, por el coste de las pruebas de paternidad, precisamente en orden a determinar la auténtica filiación.

El Juzgado de Primera Instancia acogió, de estas peticiones, el resarcimiento por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico con respecto a los menores, padecido por el demandante, y causado por la negligencia de la concepción extramatrimonial de los tres hijos, y condenado al pago solidario de 50.000 euros, amparado en el artículo 1.902 del

Código Civil invocado por el actor. Pero la Sentencia se desvinculó de los daños provenientes del incumplimiento de deberes conyugales, al estimar que la infidelidad no podía ser indemnizada y, por ende, tampoco el impacto emocional provocado en el actor por el conocimiento de la infidelidad de su esposa.

La Audiencia Provincial incrementó la indemnización concedida en su día en la Instancia, al sumar, además de la negligencia propia de engendrar a los tres hijos, el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor, fijando una indemnización de 100.000 euros, que debía ser satisfecha solidariamente por ambos demandados, al estimar que el dolo era imputable a la esposa —por ser reprochable moralmente, pero estimo que también jurídicamente lo es—, pero, desde el punto de vista jurídico, estimó la Sentencia que reprochable es esa conducta de los dos, tanto de la esposa como del padre biológico de los hijos, por igual, apoyándose siempre en el artículo 1.902 del Código Civil y, sobre todo, en la conducta dolosa que causó el daño moral.

A mi juicio, en la conducta de la esposa —y del padre biológico de los tres hijos— concurrió, no ya sólo negligencia —pensemos en la concepción de tres hijos, nada menos—, sino mala fe, pero, en todo caso, esa mala fe no es exigible, no es requisito *sine qua non*, sin cuya existencia no se pudiera indemnizar legalmente. ¿En qué parte del citado precepto, artículo 1.902, dice el legislador que, para indemnizar una acción, u omisión, sea precisa la existencia del dolo, la mala fe, en el transgresor? No se dice en ninguna parte de ese precepto civil y, por tanto, no se ve la conveniencia de exigir un requisito adicional —que no está en la norma civil— para la posibilidad de indemnizar.

Sí estimo que la infidelidad no es indemnizable por sí misma. La violación o transgresión de este deber conyugal no debe legitimar una condena al resarcimiento de los daños. Creo, en consecuencia, que sólo cuando esa transgresión del deber de fidelidad vaya acompañada de una acción que traicione la confianza y la obligación mutua de lealtad en la esfera sexual, dando lugar, como lo fue en este caso comentado, al nacimiento de prole, se va a originar la posibilidad de reparación o indemnización de esos daños causados. De lo contrario, posibilitar la reparación de forma exclusiva, y excluyente, cuando se ha producido una infidelidad, sin otros resultados, estimo que cargaría en exceso la ya de por sí enlentecida administración de justicia, dando, además, pábulo a demandas y acciones judiciales infundadas y sin mucho sentido.

DE VERDA Y BEAMONTE ha analizado esta Sentencia, carismática por lo que a este tema respecta, estimando que es pionera en sede de responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales, afirmando que, por medio de esta resolución judicial, se ha indemnizado el daño moral del marido resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de la mujer[6]. Hay que discrepar de la tesis mantenida por este jurista, ya que, como ha quedado expuesto, esta Sentencia se desvincula absolutamente de la responsabilidad generada por incumplimiento de los deberes matrimoniales enunciados en los preceptos correspondientes de nuestro Código Civil, enfocando la cuestión, en cambio, desde el punto de vista del principio general del Derecho que consiste en no hacer daño a

(6) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», en *Diario La Ley*, núm. 6676, 21 de marzo de 2007.

nadie. Algunos autores, como FARNÓS AMORÓS[7], afirmaba que no era comprensible el Fallo, ya que afirma lo que después niega, y viceversa, ya que la Sentencia tuvo en cuenta la infidelidad de la mujer para valorar el *quantum* de la indemnización, pero, con anterioridad, había afirmado, rotundamente, que la infidelidad conyugal no era susceptible de reparación.

Por lo que respecta a la invocación de daños patrimoniales que el actor accionó, estimo que se le habían producido importantes daños de este tipo, con la consiguiente intervención de culpa y negligencia de los demandados, ya que el actor vio disminuido su patrimonio por un hecho imputable a la parte contraria. Tal como exponía CASTÁN TOBEÑAS[8], la pretensión por daños se orienta siempre al agente provocador, siendo indispensables los conceptos de culpa e imputabilidad para determinar el deber de indemnizar. En cambio, la pretensión de enriquecimiento se encamina siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo de las nociones de culpa e imputabilidad y dejando en la penumbra al agente provocador de la atribución patrimonial. La pretensión por daños necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño. La pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la primera, la reparación se extiende al daño total, sin limitación de derecho, salvo algunas excepciones legales. En la segunda, la restitución tiene su objeto y medida, salvo desviaciones concretas, en la cuantía del enriquecimiento. El daño puede, a la vez, constituir daño positivo —*damnus emergens*— y lucro frustrado —*lucrum cessans*—. El enriquecimiento puede producirse por un aumento del patrimonio —*lucrum emergens*— o por una disminución del patrimonio —*damnus cessans*—. La pretensión por daños nace siempre de un hecho ilícito, pudiendo producirse el daño por acción o por omisión; en cambio, el enriquecimiento, al ser secundario al agente provocador, sólo positivamente, es decir, por desplazamiento de valor de un patrimonio a otro.

Esta Sentencia que estoy analizando se hizo eco de la aparición progresiva en la doctrina —y también en la propia jurisprudencia— de excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales.

Esta Sentencia fue seguida por otras resoluciones judiciales, entre las que cabe citar, por su importancia, la dictada por la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2007, que acogió la demanda resarcitoria tomando como fundamento la conducta dolosa de los demandados. Los hechos que motivaron el caso fueron los siguientes: constante matrimonio, nacieron tres hijos, el último de ellos una niña. Cuatro años más tarde, tras este nacimiento, la cónyuge presentó demanda de separación matrimonial y solicitó la custodia de los hijos y alimentos para éstos. La guarda y custodia de los menores se atribuyó al padre, reconociéndole a la madre derecho de visitas, además de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio. Posteriormente, la madre y el amante de ésta presentaron demanda en contra del ex marido, impugnando la filiación matrimonial paterna y reclamando la filiación paterna no matrimonial de la menor. Realizadas las correspondientes pruebas biológicas, se demostró que el ex marido no era el padre biológico de la menor.

---

(7) FARNÓS AMORÓS, Esther: «El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Secc. 7.ª, 2-11-2.004», en *Indret*, mayo 2005.

(8) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español, común y foral, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Editorial Reus, Madrid, 1992.

El presunto padre presentó demanda de indemnización de daños y perjuicios en contra de la ex esposa y el padre biológico de la menor, reclamando una indemnización por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico que, en la apariencia, había mantenido con la menor, a la que él tenía por hija, además de daño moral por el deterioro de su fama y honor, como consecuencia de la concepción extramatrimonial de la menor y de la confabulación existente entre los demandados para que la menor fuera tenida como su hija; y daño patrimonial por enriquecimiento injusto del codemandado, por los alimentos que el actor había prestado a la menor, no teniendo, en realidad, obligación alimenticia alguna, pues no era su hija biológica; así como daño patrimonial por los alimentos que, hasta que la menor no sea mayor de edad, habrá de seguir prestándole durante el tiempo que pase en su compañía por el régimen de visitas estipulado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, por lo que el actor interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial conoció del recurso de apelación y reiteró que el daño moral generado por la infidelidad conyugal no era susceptible de reparación económica, en virtud del principio de especialidad reconocido en la Sentencia del Tribunal. Supremo, carismática sin duda, de 30 de julio de 1999, y acogió, por medio del artículo 1902 del CC, la demanda indemnizatoria, fundada en el dolo de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor e interpretó, *a sensu contrario*, la Sentencia del Supremo de 30 de julio de 1999.

Es importante subrayar que la conducta dolosa de la cónyuge se tuvo por probada, ya que ella manifestó, en estrados, que, desde el momento en que supo que estaba embarazada, sabía que la menor no era hija de su marido. En el mismo sentido, quedó probada su conducta torticera, engañosa, cuando eligió al padre biológico de la menor como padrino de ésta, e inició el procedimiento, a un tiempo, de impugnación-reconocimiento de filiación justo después de verse privada de la custodia de los hijos y de los alimentos que pretendía.

En cuanto al codemandado, el padre biológico, no cabe dudar, a mi juicio, de su conducta dolosa, ya que aceptó ser padrino de la menor, siendo, en realidad, el padre biológico.

No estimó, en cambio, la Audiencia Provincial que se hubiera producido un daño moral atribuible a la desaparición del vínculo biológico, al estimar que éste nunca existió. Yo creo que existió, sí, en la mente del presunto padre, es decir, del actor, que tenía a la menor como hija, de buena fe. No obstante, sí se estimó el daño moral producido por la pérdida de convivencia, de la relación y de lazos afectivos en general con una hija a la que él creía suya, y se condenó a los demandados a abonar la suma de 30.000 euros al actor.

Es curioso constatar que no se practicó prueba tendente a demostrar el daño moral padecido por el actor. Éste, aparentemente, era un hombre emocionalmente estable, maduro, tranquilo y sereno, y se enfrentó a estos hechos, muy duros, sin duda, de esta forma, pero hay que pensar que sí que sufrió, porque, durante años, tuvo a la menor como hija propia, le prestó atenciones y cuidados y disputó con la madre por la custodia, defendiendo, asimismo, inútilmente, su paternidad.

Fue desestimada la petición de enriquecimiento injusto por los alimentos que el marido, engañado, había prestado a la menor, sin obligación alguna, pues no era su hija biológica. Esta pretensión fue rechazada por la Audiencia leonesa en consideración a los artículos 1362 y 1438 del Código Civil, porque, constante matrimonio, fue considerada como una carga más de éste.

Es interesante destacar que, según la Audiencia leonesa, se cumplían todos los requisitos del artículo 1895 del Código Civil para estimar la acción de repetición de lo indebido; es decir, un pago efectivo con la intención de extinguir una deuda o de cumplir un deber jurídico; inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, por la falta de causa, al faltar, en este supuesto, la relación de obligación entre *accipiens* y *solvens*; y, por último, error por parte del que hizo el pago, siendo indiferente que el error sea de hecho o de derecho.

Es evidente que el presunto padre asumió los alimentos de la menor, que él creía era su hija biológica, y lo hizo por error, y sin obligación legal alguna de hacerlo. Es decir, la obligación de alimentos, en este supuesto, era inexistente.

Al margen del dolo, de la mala fe, que algunas resoluciones judiciales en nuestro país exigen como requisito sin el cual no se podría dar lugar a la indemnización, cabe citar que un sector de nuestra doctrina jurisprudencial no lo estima como requisito *sine qua non*. En este sentido se exige, solamente, que la conducta del cónyuge infractor sea culpable o negligente. Es ésta una doctrina que está más en armonía con el contenido del artículo 1902 de nuestro Código Civil, que, como sabemos, no exige, como requisito para que surja la obligación de reparar el daño causado, el dolo o conducta maliciosa del infractor o dañador.

Así, cabe citar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Baleares, de 14 de septiembre de 2001. Los hechos difieren de los relatados hasta ahora, ya que se circunscriben a que demandante y demandado mantuvieron una relación sentimental y contrajeron matrimonio, siéndole detectada a la cónyuge, meses más tarde, la enfermedad del SIDA. Tras separarse de hecho, la cónyuge ejercitó una acción de responsabilidad civil, con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil, por haberle contagiado el virus del SIDA, ocultándole que, durante la convivencia entre ambos, e incluso con anterioridad, había mantenida relaciones con hombres y mujeres, circunstancia ésta que debía haberle comunicado para evitar el posible contagio de la enfermedad, debiendo haber adoptado medidas preventivas e higiénicas más rigurosas, y no habiéndolo hecho, por lo que la culpabilidad del demandado era patente, al incumplir el deber de información, por lo que esta omisión se hallaba comprendida, con toda evidencia, en el principio genérico de «no hacer daño a nadie», lo cual, unido al artículo 1104 del Código Civil y su remisión al standard de diligencia exigible del buen padre de familia, daba lugar, a todas luces, a la infracción y a la consiguiente aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Estos argumentos fueron repetidos, parcialmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de julio de 2007. Aquí, los hechos se recondujeron a la solicitud de indemnización por daño moral solicitada por la esposa, debido al sufrimiento psíquico, a la zozobra, a la ansiedad y a la angustia que había padecido hasta el momento en que pudo constatar que no estaba contagiada con el virus del VIH, por haber mantenido relaciones sin las precauciones debidas, al desconocer —de nuevo, la falta de información se configura como determinante y fundamento del surgimiento de la responsabilidad civil y consiguiente indemnización— que su cónyuge era portador de esa enfermedad. Hay que resaltar que el demandado era consciente de ser portador del VIH antes de contraer matrimonio, pero no había realizado ninguna prueba para demostrarlo, sea en el sentido de confirmarlo o desvirtuarlo, ni se lo había comunicado a la actora, ni antes ni tras la celebración del matrimonio. La esposa tuvo conocimiento de la enfermedad de su marido una vez que éste desarrolló la enfermedad. El hecho de que la actora no se contagiara no fue óbice —ni obstáculo, en ningún sentido— para la concesión de la indemnización por la ocultación negligente de la enfermedad por parte del esposo.

Desde mi punto de vista, la ocultación de una información, tan grave como lo es el ser portador un cónyuge del virus del SIDA, constituye, ya en sí misma considerada, una negligencia que el Ordenamiento Jurídico-Civil, en nuestro país, ha de tener en cuenta en cuanto que es a través de esa ocultación, de esa falta de información, coo surge la existencia de responsabilidad civil conyugal y, por ende, la necesidad de conceder al cónyuge, haya o no sido perjudicado, una indemnización. El Derecho no debe permanecer impasible ante este tipo de conductas que pueden ocasionar graves perjuicios a otra persona, en este supuesto, al otro cónyuge.

Una cuestión importante que subyace en este tema de responsabilidad civil entre cónyuges viene referido a la posibilidad de exigir al tercero, extraño a la relación conyugal propiamente dicha, una indemnización. En principio, la responsabilidad civil del tercero debería limitarse a aquellas situaciones en que éstos hayan realizado un comportamiento activo, sea induciendo o confabulándose con el cónyuge deudor al incumplimiento de los deberes conyugales. Estimo que no sería suficiente, para la exigencia de responsabilidad civil al tercero, que éste tuviera conocimiento del incumplimiento de los deberes conyugales —como el deber de fidelidad— por parte del cónyuge infractor. Tampoco sería suficiente con la mera cooperación culpable, o quizás negligente, incluso por omisión, en el incumplimiento. De lo contrario, el número desmesurado de acciones judiciales contra terceros sería contraproducente para la ya enlentecida administración de justicia, porque bastaría con alegar que el tercero, sabiendo que la otra persona estaba casada, no se había comportado con la debida diligencia, contribuyendo, con su acción u omisión, al incumplimiento de los deberes conyugales. Bastaría, en consecuencia, con la imputación de cualquier tipo de culpa, incluso la levísima.

Yo creo que la responsabilidad civil del tercero ha de tener su encuadre en el marco de los actos contrarios a los deberes conyugales, pero cuando, con dichos actos, el tercero coopera, manifiestamente, al engaño y la ocultación del cónyuge ofendido. Esa ocultación habrá de ser maliciosa y deberá estar referida a la no paternidad del perjudicado. El tercero no forma parte, además, de la relación contractual matrimonial. Es un extraño, ajeno a esa relación. Su falta, en consecuencia, será siempre extracontractual, y resultado de la infracción de un deber general de respeto de los derechos. A mi juicio, es un reflejo del principio general jurídico de «no hacer daño a nadie», que ha de ser extendido a los terceros, ya actúen en complicidad con el cónyuge infractor, por mera inducción o incluso de forma separada del deudor, es decir, del cónyuge dañador.

Desde mi punto de vista, estimo que el daño ha de ser resarcido de forma unitaria y no dar lugar a una reclamación por daños separados, porque el perjuicio que se le produce al cónyuge perjudicado se origina por la acción de dos personas, el cónyuge infractor, de un lado, y, del otro, el tercero que, con su acción u omisión, transgrede el deber general de no dañar a nadie. De esta forma, entendiendo que el daño es unitario y, como tal, se reclama la indemnización de los perjuicios causados, la garantía de satisfacción, o reparación, de esos daños se refuerza y estabiliza.

Hay que resaltar que nuestra doctrina jurisprudencial ha seguido esta misma línea de admitir la responsabilidad civil por daños en el seno de la relación conyugal. Prueba de ello es que últimamente se han dictado diversas resoluciones judiciales en este sentido. Así, he tenido ocasión de consultar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias —resolviendo un supuesto muy interesante, ya que se trataba de una pareja de hecho— que

acordó que era procedente otorgar una indemnización por daños morales. Los hechos se recondujeron a los siguientes: un hombre y una mujer, que trabajaban en la misma empresa, mantuvieron una relación de pareja, fruto de la cual ella quedó embarazada y le comunicó al presunto padre su paternidad, iniciando una relación convivencial extramatrimonial. Nacido el hijo, se inscribió en el Registro Civil como hijo de dicha pareja, pero a los pocos meses la convivencia se rompió y se suscribió convenio de mutuo acuerdo relativo a visitas y alimentos al menor. El hombre comenzó a dudar de su paternidad y, privadamente, realizó una prueba biológica que descartó su paternidad, presentando, a raíz de ello, demanda de impugnación de la filiación del menor, lo que concluyó con Sentencia estimatoria que declaró que el menor no era su hijo biológico.

El actor formuló demanda contra la madre, en reclamación de daños patrimoniales y morales. Los daños patrimoniales se concretaban en su contribución dineraria a la atención y necesidades del menor, así como los gastos originados por las pruebas vinculadas al esclarecimiento de la filiación de éste. En el marco de los daños patrimoniales, el actor reclamaba, asimismo, los gastos derivados de la asistencia letrada para la suscripción del convenio a raíz de la ruptura de la convivencia. En cuanto a los daños morales, se centraban y vinculaban al desengaño sufrido por el actor al conocer que no era el progenitor del menor y la consecuente afectación emocional que supuso y supone asumir que a quien consideró y trató como hijo propio no lo es, así como lo que supusieron estos hechos en su lugar de trabajo.

La demandada se allanó al reintegro de algunas de las cantidades reclamadas —no a todas—, pero se opuso rotundamente a la suma interesada en concepto de daño moral, aduciendo el convencimiento de uno y otro contendientes de que el hijo era de ambos y que, en consecuencia, no había actuación de mala fe.

La Sentencia de la Instancia acogió, en parte, la pretensión de reintegro de los gastos o daños patrimoniales, pero negó la indemnización solicitada por daño moral.

En relación con los daños morales reclamados, la Sentencia asumió, como verosímil y cierto, el relato de la demandada, de que el día 3 de abril del año 2008 había tenido la menstruación, lo que descartaba la paternidad de otra persona —del tercero— a consecuencia de relaciones anteriores a ese hecho, y que entre aquel día citado y el día 8, en que se produjo el contacto con el actor, no había mantenido otras relaciones sexuales, apreciando que la demandada no había actuado de mala fe, viviendo justificada su razonable convicción de que el actor era el progenitor del menor, no apreciándose por el Juzgado, atendidas las circunstancias personales y económicas de una y otra parte, móvil o razón que llevara a la demandada a falsear la verdad de las cosas, ni comportamiento obstructivo al afloramiento de la verdad biológica que escondiese un propósito inatendible y contrario a dicha verdad.

El actor recurrió la resolución de instancia, abarcando su recurso el reintegro de todas las cantidades interesadas, pero enfocando la cuestión, de forma principal, en la suma interesada como daño moral y partiendo, como hecho acreditado por la Sentencia recurrida, de que la demandada había tenido la menstruación el día 3 de abril y después de ello mantuvo relaciones sexuales con el actor, se preguntaba cómo era que, si él no es el progenitor, la demandada estaba embarazada y sostuvo que, siendo esto así y de forma indiscutible, ello sólo se podía explicar porque, o bien no tuvo la menstruación en aquellas fechas y estaba, en realidad, embarazada fruto de relaciones sexuales anteriores, o bien no era cierto que después de aquella fecha sólo mantuviera relaciones sexuales con el recurrente, pues ne-

cesariamente hubo de mantener dichas relaciones con un tercero, y de ahí habría incurrido en una actuación contraria a la buena fe, al no hacer partícipe a la parte de dichos hechos, o, cuanto menos, una actuación negligente, al comunicar al recurrente el embarazo y su paternidad sin indagar en otras posibles paternidades.

Desde el punto de vista estrictamente científico, se da la circunstancia de que existe la posibilidad de estar embarazada y menstruar, pero, en cualquier caso, resulta poco común tal posibilidad frente al curso biológico ordinario.

La Sentencia declaró que, si la realidad de los hechos contradice, con arreglo a Derecho, las explicaciones y justificaciones de la demandada sobre su convencimiento de la paternidad del recurrente, su comportamiento, si se le considera objetivamente, no se aprecia acomodado a las reglas de la buena fe, pues de los hechos resultó, en todo caso, que había mantenido relaciones sexuales con terceros, de forma contemporánea o anterior a las habidas con el recurrente.

La Sentencia hizo hincapié en el hecho, incuestionable, de que la recurrida no podía ignorar que otra persona, distinta del recurrente, podía ser el progenitor del concebido, debiendo haber hecho partícipe a aquél de estos hechos y de las consecuentes dudas sobre la atribución de la concepción.

Plantea también esta interesante Sentencia la interrogante de si es factible la aplicación del derecho de daños al Derecho de Familia, estimando que «si una inicial consideración del matrimonio como cuerpo unitario —del marido y la mujer— y la primacía del interés supraindividual sobre el individual de los integrantes de la familia, así como de sus respectivos deberes y derechos como de carácter ético o moral, decidió y sostuvo, en su momento, el criterio de la inmunidad o privilegio conyugal que rechazaba la aplicación del régimen ordinario de la responsabilidad por daño a los causados entre sí entre los miembros integrantes de la familia por incumplimiento de sus deberes conyugales o paterno filiales, semejante parecer está en decadencia y revisión por la doctrina moderna sustentada en la idea de la familia y el matrimonio como comunidad (y no como institución), donde cada uno de los individuos integrantes desarrolla su personalidad…, lo que lleva también a rechazar el principio de especialidad, de acuerdo con el cual, en el seno del Derecho de Familia, las consecuencias de incumplimientos de los deberes por sus integrantes sólo pueden ser aquéllas específicamente recogidas por la norma y de lo que es reflejo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Julio de 1.999, y que opta decididamente por la resarcibilidad de los daños causados dentro del matrimonio y la familia, aplicando el régimen tanto de la culpa contractual, como, más singularmente, de el de la extracontractual, trasladándose el debate, a partir de ese presupuesto, a la identificación del hecho dañoso…». La Sentencia se refiere al hecho dañoso y plantea que los requisitos que han de concurrir, para que tenga la condición de reclamable, son que sea reiterado y grave, en aras a evitar una excesiva proliferación de reclamaciones —de nuevo, el temor al colapso judicial está implícito—y, además, porque, según la Audiencia, los parámetros con los que ha de ser analizada la convivencia matrimonial o familiar no pueden ser, a efectos de imputación, asimilados a los propios de la convivencia social. Entre el hecho dañoso y el perjuicio causado ha de existir una relación de causalidad, y el criterio de imputación del daño al cónyuge que transgrede los deberes a los que está obligado.

Hay que recordar, asimismo, que, en el caso de autos analizado, la pareja no estaba casada, sino que se trataba de una convivencia de hecho, pero ello no impide ni obstacu-

liza la aplicación de las normas de la buena fe, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, al ser los hechos expuestos de notoria gravedad e importancia, estimando que la demandada obró, si no dolosamente, sí con culpabilidad —culpa grave—, que determinó el reconocimiento por el recurrente del nacido como hijo propio y su tratamiento, con las consiguientes relaciones paterno-filiales, como tal, hasta que tuvo conocimiento de que, en realidad, no era su hijo biológico, con el consecuente daño moral consistente en el desengaño y la frustración de su rol de padre, además de la incidencia negativa en la proyección exterior de su imagen, especialmente de cara a su lugar de trabajo, con afectación de sus derechos personales —derecho a la imagen, que es un derecho fundamental, reconocido y protegido en el artículo 18 de nuestra Constitución—, y su consideración social —su fama y estimación—.

Me interesa destacar de esta interesante Sentencia que la responsabilidad del cónyuge infractor —o de la pareja de hecho— puede venir originada no sólo cuando el daño causado tenga su origen en un incumplimiento de los deberes conyugales —o de las normas referidas a la buena fe entre los miembros de la pareja de hecho—, sino también cuando, como consecuencia de esos incumplimientos, se lesionan o dañan derechos fundamentales o de los denominados de la personalidad, como lo son, evidentemente, el honor, la intimidad, la imagen, la libertad sexual y la integridad física y/o psíquica (la salud). José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE ponía de relieve que los daños resarcibles deben traer su causa de una violación grave o reiterada de los deberes conyugales, pero descartando cualquier situación de mera crisis conyugal, que, aunque sea capaz por sí sola de generar un estado de sufrimiento, de afectación psíquica, emotiva y afectiva, así como de relación, y otras incomodidades económicas y de comportamiento para uno de los cónyuges, no resultan indemnizables, evitándose así, por medio del requisito de gravedad o reiteración, una desmesurada expansión de demandas por incumplimientos insignificantes o nimios[9].

En concreto, cabría preguntarse qué sucede cuando, por transgresión de los deberes conyugales, se infringe, a un tiempo, cualquiera de los derechos fundamentales ya citados anteriormente, es decir, los derechos denominados de la personalidad. Tengamos en cuenta las especiales características que tienen estos derechos, y que han sido puestas de relieve por CASTÁN[10]: son derechos originarios o innatos, subjetivos privados y absolutos o de exclusión en el sentido de su oponibilidad erga omnes. Son derechos extrapatrimoniales, intransmisibles y no susceptibles de disposición por su titular, irrenunciables e imprescriptibles.

La lesión de estos fundamentales derechos puede venir de la propia violación de los deberes conyugales, pero también del hecho, por ejemplo, de apoderarse uno de los cónyuges de cartas o papeles del otro y que sean de carácter íntimo, reservado, privado. Hoy en día, con los avances en materia tecnológica, es frecuente que determinados mensajes se hagan a través de la vía electrónica —los e-mails—. Una transgresión grave se produciría cuando uno de los cónyuges lee este tipo de mensajes de correo electrónico, o incluso cuando intercepta las comunicaciones del otro, o utiliza artificios de escucha para espiar al

(9) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «La personalización del matrimonio en las reformas de 2005», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia de 2005*, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

(10) CASTÁN TOBEÑAS, José: «Los derechos de la personalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952.

otro esposo, descubriendo sus secretos y violentando su intimidad, y ello aunque lo haga en el ámbito de un proceso matrimonial ya iniciado y con la finalidad de acreditar fehacientemente la conducta infiel, o el incumplimiento de deberes paternofiliales. Hay ocasiones en las que uno de los cónyuges busca humillar y avergonzar al otro ante la familia, amigos y conocidos, lesionando, de este modo, su fama, su estimación personal o su intimidad, o ambos derechos a un tiempo, con la consiguiente infracción del deber de respeto que la propia relación matrimonial impone. Este deber de respeto comprende, como no podía ser menos, el reconocimiento de un ámbito de privacidad razonable que los cónyuges deben conferirse con carácter recíproco, y que implica la prohibición de divulgar secretos o aspectos de la vida privada de cada uno de los esposos, así como aquellos asuntos que afectan a la vida íntima de ambos y de sus familias respectivas. Es decir, no por el hecho de haber contraído matrimonio las personas pierden su derecho a la intimidad, ni al honor e imagen. Estos derechos persisten en el marco de la relación matrimonial. Su infracción provoca una respuesta del Ordenamiento Jurídico-Civil.

Desde mi punto de vista, cuando uno de los cónyuges infringe el deber de fidelidad, a un tiempo está lesionando y transgrediendo los deberes de respeto y ayuda mutua a los que está obligado no sólo con carácter ético o moral, sino legalmente, en virtud de los artículos 67 y 68 de nuestro Código Civil.

Como ha expresado David VARGAS ARAVENA[11], la innegable trascendencia y protección de los derechos fundamentales, los denominados de la personalidad, amparados constitucional y legalmente, no sufre —no tiene por qué sufrir— modificación alguna en el seno de la relación familiar, ya sea en el marco de la relación conyugal, ya en la paternofilial. La doctrina jurisprudencial española ya puso este factor de manifiesto, en virtud de una Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, el 14 de mayo de 2001, que condenó al cónyuge infractor por violación del derecho a la intimidad del otro, al instalar un mecanismo para interceptar y grabar las conversaciones telefónicas desde el aparato ubicado en el dormitorio del domicilio conyugal, con el objeto de comprobar si la esposa le era infiel, declarando el Alto Tribunal que no hay excusa, aunque el infractor se desenvolviera en el marco conyugal, para la transgresión del derecho a la intimidad de la esposa, porque la relación matrimonial no es una excusa absolutoria, ni tampoco una causa de justificación para esa actuación consciente y voluntaria que lesionaba el bien jurídico de la esposa, protegido por la norma penal, por lo que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio —como lo es el deber de fidelidad, entre otros deberes— ha de tener las consecuencias establecidas por el Ordenamiento Jurídico-Civil en las disposiciones que regulan la institución del matrimonio, pero la infracción de esos deberes conyugales no habilita a la parte perjudicada —al esposo— para la comisión de acciones tipificadas en el Código Penal, y tampoco es motivo de exoneración o exención de la responsabilidad penal que todo delito acarrea.

El contrato matrimonial no deja fuera del derecho fundamental a la intimidad personal el ámbito que afecta al derecho-obligación de fidelidad. Si anteponemos el derecho a la intimidad, en el seno de la relación matrimonial, frente a otros derechos-deberes, como el deber de guardarse fidelidad, nos encontramos con la conclusión de que el status matri-

(11) VARGAS ARAVENA, David: *Daños civiles en el matrimonio*, Editorial La Ley, Madrid, 2009.

monial no tiene por qué modificar, ni disminuir, el derecho a la intimidad de los cónyuges. Cuando, por medio de la transgresión o infracción de un derecho como lo es el derecho a la intimidad, lo que se procura uno de los esposos es la prueba del incumplimiento de determinados deberes conyugales, como el de fidelidad, no puede prevalecer —ni otorgarse prioridad— a este último deber-derecho, sino que habrá de prevalecer el derecho a la intimidad, en cuanto derecho fundamental reconocido y protegido constitucionalmente.

CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, cabe afirmar que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil los daños morales originados como consecuencia de la infracción del deber conyugal de fidelidad no es susceptible de reparación económica alguna, por lo que no cabría plantear una acción de resarcimiento en virtud de una transgresión de dicho deber matrimonial por parte de uno de los cónyuges. Si admitiéramos, de nuevo, que la infidelidad conyugal, *per se*, genera un derecho de resarcimiento —una indemnización—, estaríamos dando cabida, otra vez, al sistema, ya derogado en el año 2005, culpabilístico.

Sí hay que admitir —de ello no cabe ninguna duda— la posibilidad de reparación —e indemnización— en aquellos supuestos en los que la infracción del deber de fidelidad se materializa en la procreación de hijos extramatrimoniales, produciéndose un engaño por parte del cónyuge incumplidor o infractor y en relación con el esposo perjudicado.

Como requisito adicional para que la indemnización sea efectiva, sea exigible, se va a estimar necesaria la presencia, en el cónyuge transgresor del deber de fidelidad, de mala fe, de dolo, consistente en la ocultación de la verdadera paternidad biológica y siempre, lógicamente, en relación con el cónyuge perjudicado. Esa ocultación ha ser maliciosa o, al menos, revelar una especial negligencia.

Cuando se transgreden otros deberes conyugales, como, por ejemplo, el deber de respeto mutuo, o el de ayuda, lógicamente el Ordenamiento Jurídico-Civil reaccionará en consecuencia. A mi juicio, siempre que se transgrede el deber de fidelidad conyugal, a un tiempo se está lesionando ese deber de respeto hacia la esfera personal del otro cónyuge, en relación con su dignidad, y en virtud del artículo 10 de nuestra Constitución.

En el mismo sentido, se abre la vía a la indemnización entre cónyuges en aquellos supuestos en los que uno de los esposos oculta información relevante al otro. Por ejemplo, en el supuesto de padecer la enfermedad del SIDA o ser portador del VIH.

Sabemos que el artículo 1902 de nuestro Código Civil, para la admisión de la indemnización, no exige más que la culpa, o negligencia. En el ámbito del Derecho de Familia, al ser un marco especial, en el que las relaciones se supone que han de estar teñidas de cariño y afecto, se ha exigido, por nuestra doctrina jurisprudencial, un plus intencional, que va más allá de la culpa, y que consiste, precisamente, en el dolo, o malicia, o mala fe. La contradicción de esta exigencia adicional con el contenido del precepto civil citado es manifiesta, pero, al ser el Derecho de Familia un derecho especial, con normas propias, se ha visto la conveniencia y oportunidad de exigir el dolo en el cónyuge transgresor del deber de fidelidad.

Revista de

Derecho de Familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,50
1998	5,50
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50
2009 (desde el 1-I hasta el 31-III)	5,50
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4
2010	4
2011	4
2012	4
2013	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2013

21,51 euros/día o 645,30 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1	3,1	3,3	3,3	3,7	3,5	3,4	3,7
2006	4,2	4,0	3,9	3,9	4,0	3,9	4,0	3,7	2,9	2,5	2,6	2,7
2007	2,4	2,4	2,5	2,4	2,3	2,4	2,2	2,2	2,7	3,6	4,1	4,2
2008	4,3	4,4	4,5	4,2	4,6	5,0	5,3	4,9	4,5	3,6	2,4	1,4
2009	0,8	0,7	-0,1	-0,2	-0,9	-1,0	-1,4	-0,8	-1,0	-0,7	0,3	0,8
2010	1,0	0,8	1,4	1,5	1,8	1,5	1,9	1,8	2,1	2,3	2,3	3,0
2011	3,3	3,6	3,6	3,8	3,5	3,2	3,1	3,0	3,1	3,0	2,9	2,4
2012	2,0	2,0	1,9	2,1	1,9	1,9	2,2	2,7	3,4	3,5	2,9	2,9
2013	2,7	2,8	2,4	1,4	1,7							

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS

(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

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. 12.ª, Auto de 23 de enero de 2013]

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. 24.ª, Auto de 10 de enero de 2013]

No puede adoptarse una medida tan grave como la privación del ejercicio de la patria potestad cuando el padre, a pesar de que tuvo un problema de drogadicción, ha mostrado una voluntad de superación con éxito, y recientemente ha venido cumpliendo sus obligaciones afectivas y económicas.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2012]

Sólo en el supuesto de que el menor hubiera necesitado un internamiento, un tratamiento clínico continuado en el tiempo, una asistencia médica especial, más allá de la puntual cura que recibió en su momento, hubiese sido necesario al comunicación al otro progenitor.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de septiembre de 2012]

GUARDA Y CUSTODIA

Que la demanda de modificación de medidas se haya presentado después del año previsto en la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley 2/2010, no es un obstáculo para que pueda acordarse la custodia compartida, pues es patente el cambio dado que la menor ha pasado de ser una niña de diez años a una adolescente de catorce.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 13 de marzo de 2013]

Se desestima la demanda de modificación de medidas interpuesta por la madre y se confirma la custodia paterna otorgada en el proceso de divorcio, pues aunque se haya estabilizado el desequilibrio psicológico de la madre, lo más beneficioso para la menor es continuar bajo la custodia paterna, siendo también determinante para esta decisión la influencia negativa que ejerce la madre, predisponiendo a la menor contra su madre.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 12 de febrero de 2013]

La preferencia de la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes, por lo que en el presente caso se opta por la custodia materna para el hijo de seis años, tal y como recomienda el informe del equipo técnico, dándose además la circunstancia de que al tiempo de dictarse la sentencia los progenitores residían en distintas ciudades, debiendo precisarse que el posterior cambio de residencia del padre no puede tenerse en consideración al resolver el recurso de casación dado su carácter extraordinario, que impide la práctica o valoración de una prueba distinta.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 11 de marzo de 2013]

Aunque existen informes periciales contradictorios se valora decisivamente el emitido por el SATAF así como el informe de idoneidad previo a la adopción internacional, por lo que se otorga la custodia compartida por semanas alternas y un día intersemanal con pernocta.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013]

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]

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 círculo de amigos), con fuerte vínculo afectivo hacia su madre.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de enero de 2013]

Habiendo pactado los progenitores respetar la voluntad de la hija en cuanto a vivir con el padre y ratificado el acuerdo, no puede la madre, por vía del recurso de apelación, ir en contra de lo acordado, siendo temerario alegar ahora que las palabras de la hija exteriorizaban una previa manipulación por parte del padre.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012]

Que la hija pernocte muchos días en el domicilio del padre no es base suficiente para otorgar la custodia compartida, ya que éste no ha acreditado que sea él quien se encarga del cuidado y manutención de la hija.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2012]

Se acuerda modificar el régimen de guarda estableciéndose la custodia compartida por cursos escolares al darse las condiciones para ello, debiendo precisarse que la búsqueda de lo que pueda ser mejor para la hija no radica en estar más tiempo con ella, pues la realización de actividades extraescolares puede resultar más acomodado a su beneficio. Por otro lado, tampoco puede constituirse en un obstáculo para este régimen la adicción que en un pasado tuvo el padre a determinadas drogas, pues consta documentalmente su abstinencia desde el año 2006.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2012]

La disponibilidad y apoyo de la familia que pueda tener la madre frente al padre no puede constituirse en un obstáculo para la custodia compartida cuando se dan todas las condiciones para su establecimiento. En cualquier caso, corresponderá al padre promover la organización necesaria y suficiente para disponer de la diligencia necesaria para atender a los hijos.

[AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2012]

La amplia extensión de las visitas vigentes lleva al Juez a modificar la custodia individual por la custodia compartida, sin que, según apunta el informe psicosocial, sea recomendable modificar el tiempo de estancias que el hijo está con cada progenitor.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2012]

Que el menor exprese en un trabajo del colegio que prefería la custodia compartida no puede llevar a modificar el sistema de guarda, pues en la exploración aquel expresó su deseo de seguir como hasta ahora. Por otro lado, que el padre haya rehecho su vida con una nueva relación estable de la

que incluso ha existido descendencia tampoco puede considerarse como un motivo para acordar la custodia compartida.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2012]

Aunque se reconoce la irrazonada e injustificada decisión de la madre de trasladarse a vivir con la hija a otra ciudad, no procede el cambio de custodia ni acordar el retorno, ya que la menor se encuentra totalmente integrada en su nuevo ámbito donde reside, por lo que sería contraproducente para ella modificar su situación actual.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2012]

RÉGIMEN DE VISITAS

No puede imponerse un régimen de visitas a un menor que cuenta con más de catorce años, por lo que será este quien decida el modo de relacionarse con su padre, máxime en el presente supuesto, en el que este último fue condenado penalmente por maltrato al hijo. Tampoco se accede a la petición de que se le facilite el número de teléfono del hijo.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 12 de marzo de 2013]

Debe respetarse la voluntad de la hija menor, que próximamente cumplirá 14 años de edad, y por tanto se acuerda que el régimen de visitas sea el que libremente acuerden el progenitor no custodio y ella, sin que pueda imponerse por el juzgado un régimen supletorio.

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

La fijación de las visitas intersemanales durante los miércoles y jueves, incluso con pernocta, no va en contra del interés de la menor, pues se trata de una medida continuista que permitirá el intenso trato que la menor ha tenido con ambos progenitores.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012]

Es adecuado el régimen progresivo fijado en atención a la edad de la menor y la falta de contacto con el padre, pues el cambio brusco de convivencia con quien para la menor no deja de ser un extraño puede suponer un alto riesgo de desorientación por pérdida de los referentes a que está acostumbrada en su corta vida.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012]

Fijación de un régimen de visitas progresivo en favor de un padre que fue condenado por un delito de violencia de género, pues no pueden proyectarse las consecuencias de la condena a las relaciones con el menor. La madre parece no querer dar la más mínima oportunidad de corrección y rehabilitación al padre.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2012]

La distancia entre las ciudades de residencia del padre y de la hija no justifica que el régimen de visitas comprenda, además de los fines de semana alternos, todas las vacaciones de Semana Santa y el 75% de las vacaciones de verano, siendo más adecuado repartir por mitad las vacaciones escolares.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2012]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

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]

Se estima la demanda de desahucio por precario interpuesta por la esposa frente a su suegra y el hijo de ésta, que tenían atribuido el uso por sentencia judicial, dado que esta sentencia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio. No es obstáculo que la esposa conociera la ocupación con anterioridad a adquirir la propiedad.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013]

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]

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 óptima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario. Se mantiene la atribución de uso acordada en el proceso matrimonial.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de enero de 2013]

No existiendo hijos menores, el uso de la vivienda no puede atribuirse sin limitación temporal, permitiéndose solo excepcionalmente una prórroga en circunstancias que permitan atisbar una situación de necesidad invariable.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012]

Se revoca la resolución del juzgado que atribuyó a uno sólo de los cónyuges la obligación del pago del préstamo que se concertó para el abono del vehículo ganancial, siendo indiferente que sea el esposo quien tiene atribuido su uso. Este tipo de pronunciamientos no está incluido en el art. 91 del CC.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012]

Existiendo hijos menores, el uso de la vivienda familiar debe atribuirse a estos y al cónyuge en cuya compañía queden, en este caso la madre, y sin establecer *a priori* limitación temporal, aunque la madre disponga de otra vivienda en una localidad muy próxima, vivienda que por cierto actualmente se encuentra alquilada.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2012]

Dado que no se fijó límite temporal a la concesión del uso de la vivienda familiar a la esposa, teniendo en cuenta el dilatado tiempo en el que ha venido haciendo uso exclusivo de la misma, se acuerda prorrogarlo exclusivamente por el plazo de tres meses.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2012]

No puede extinguirse el derecho de uso concedido a la esposa, ya que ello no tuvo lugar en el marco del proceso matrimonial por vía del art. 96 del CC, sino en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, pactando ambos cónyuges el uso vitalicio a favor de la esposa.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2012]

PENSIÓN ALIMENTICIA

Habiéndose establecido la custodia compartida se acuerda que cada progenitor asuma los gastos de manutención durante el periodo en que los hijos están con él, y que la madre ingrese 600 euros mensuales y el padre 360 euros en una cuenta bancaria con la finalidad de atender el resto de los gastos generales de educación, vestido, sanidad, etc., cuenta que administrará la madre con rendición de cuentas semestral al padre.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013]

No procede extinguir la pensión alimenticia de la hija mayor de edad de 28 años ya que, pese a haber terminado una carrera universitaria, no tiene trabajo, situación que no proviene de la mala conducta o de falta de aplicación por parte del alimentista, sino de la situación de crisis económica en la que se encuentra inmersa la sociedad española.

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

El artículo 93 del Código Civil autoriza al progenitor con quien convive el hijo mayor de edad para solicitar alimentos a su favor, pero no tratándose de una cuestión de orden público, aquel debe acreditar que concurren las circunstancias para que se fije la pensión alimenticia, esto es, que carezca de medios propios y que se encuentra en situación de necesidad, y eso no se ha acreditado.

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

Por lo que respecta a las clases particulares de apoyo no acredita la madre la necesidad, pues lo único que trae a los autos es una simple recomendación de la psicóloga del propio centro particular en el que se reciben las clases, que no del profesorado del colegio en el que el niño está matriculado.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de enero de 2013]

El hecho de que el padre haya adquirido un vehículo implica que puede asumir los gastos relativos a su mantenimiento, abono de impuestos y primas del seguro, circunstancia que sugiere una capacidad económica mayor de la presumida en la instancia que le fijó el mínimo vital, por lo que se considera adecuado que la pensión sea de 300 euros mensuales.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012]

Que un autónomo cause baja y se inscriba como demandante de empleo es una situación que puede procurarse con su sola voluntad, acudiendo simplemente a los registros administrativos; además, haber adquirido recientemente un vehículo supone un signo externo de un cierto nivel económico, por lo que se considera que puede pagar 200 euros al mes de pensión alimenticia.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2012]

La manera de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos para con los hijos, aun cuando se ha de ponderar ciertamente el tiempo de permanencia de los mismos con cada uno de los progenitores. El padre deberá aportar 200 euros mensuales y la madre 100, sin que sea necesario aportar mensualmente cantidad alguna para gastos extraordinarios, pues habrá que estar al momento en que surjan y a su cuantía.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2012]

Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia se respeta el acuerdo al que llegaron los progenitores en la comparecencia de medidas provisionales, si bien, en atención al porcentaje de reducción de los ingresos del padre, también se reduce la cuantía pactada.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2012]

El hijo tiene 38 años, ha contraído matrimonio, y su actitud —asépticamente considerada— no revela una voluntad firme e indubitada de acceder al mercado laboral. En esta situación, la pensión alimenticia a cargo del padre debe extinguirse.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2012]

PENSIÓN COMPENSATORIA

La ruptura matrimonial no ha significado ningún empeoramiento económico notable en el esposo, pues tan pronto se inició el proceso de divorcio encontró un nuevo empleo, al que primero accedió en fase de pruebas, pero posteriormente ya obtuvo un trabajo estable.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013]

La indemnización percibida por el esposo de 91.500 euros en concepto de despido laboral improcedente debe ser tenida en cuenta a efectos de valorar su capacidad económica en el momento de fijar la pensión compensatoria.

[AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de enero de 2013]

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 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012]

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 1.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2012]

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 1.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2012]

Que la ex esposa perciba una pensión no contributiva de 395 euros mensuales no es motivo para extinguir la pensión compensatoria que, por importe de 309,60 euros viene recibiendo.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2012]

Aunque hayan transcurrido más de veinte años desde la separación, procede fijar pensión compensatoria habida cuenta que en aquel proceso se fijó una pensión alimenticia en favor de la esposa, no siendo inconveniente para acordar la compensatoria que el esposo no abonase nunca la pensión a la que estaba obligado.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2012]

Percibiendo en la actualidad el ex esposo el 76,6% de lo que cobraba cuando se fijó la pensión compensatoria, es procedente su reducción.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2012]

La ex esposa ha venido percibiendo la pensión compensatoria durante seis años, tiempo que entendemos suficiente para superar el desequilibrio económico que existía, máxime teniendo en cuenta que aquella puede desenvolverse autónomamente, pues ha estado trabajando al servicio de terceras personas. Por otro lado, el ex esposo ha visto reducidos sus ingresos y ha tenido nueva descendencia.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2012]

CUESTIONES PROCESALES

A pesar de que se ha archivado el procedimiento por carencia sobrevenida del objeto, habida cuenta que la semana blanca cuyo reparto pedía el padre ha sido suprimida en el centro escolar, no procede la condena en costas.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 31 de enero de 2013]

El haberse dictado auto de sobreseimiento provisional en las actuaciones penales, lo cual no impide la reapertura del proceso, motiva que el Juzgado de violencia siga manteniendo la competencia para tramitar los procedimiento civiles que surjan entre las partes.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 24 de enero de 2013]

Debe admitirse a trámite la demanda de modificación de medidas interpuesta por la madre, no siendo obstáculo para ello que con anterioridad ya se hubiese incoado la demanda de modificación instada por el padre, ya que aquella se presentó antes de ser emplazada. No concurriendo la excepción de litispendencia, debe admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que posteriormente se acumulen ambos procesos.

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

Tras haberse alcanzado un acuerdo en virtud del cual la ex esposa renunciaba a la pensión compensatoria que se fijó anteriormente, esta apela la sentencia que homologa el acuerdo alegando vicio en el consentimiento, sosteniendo que la renuncia estaba condicionada a la percepción de una ayuda social, pero eso no consta en el acuerdo, y en fase de apelación no puede resolverse la cuestión planteada.

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

En los procedimientos de modificación de medidas donde se debaten cuestiones de carácter económico que no afectan a menores de edad, en cuanto a las costas, debe aplicarse el criterio del art. 394 de la LEC.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2012]

No se vulnera el principio de congruencia al no fijarse una pensión alimenticia para el hijo cuando en el escrito de contestación a la demanda el padre solicitó que se estableciese en la cuantía de 100 euros, pues las pruebas que se practicaron pusieron de manifiesto que el hijo realizaba un trabajo, lo que motivó que en las conclusiones finales el padre solicitase que no se fijase pensión alguna.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2012]

Aun cuando los informes del equipo psicosocial, dada la profesionalidad e imparcialidad de sus técnicos, suelen ser lo más recomendable a la hora de determinar el régimen de visitas, ello no quiere decir que deban solicitarse por los órganos judiciales de manera imperativa en todos los supuestos.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2012]

Habiendo acordado los padres que la custodia se atribuye a la abuela paterna, es perfectamente legal la resolución del juzgado que acuerda la suspensión del procedimiento hasta tanto los servicios sociales emitan un informe sobre la situación de la menor.

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Auto de 11 de octubre de 2012]

La petición de la madre, efectuada por vía del art. 158 del CC, viene justificada por la finalización de la prestación de desempleo, y la oferta de trabajo en Mataró, donde además cuenta con apoyo familiar. No parece una decisión mal intencionada ni caprichosa sino apoyada en la difícil situación laboral que padece nuestro país y que justifica la necesidad de traslado allí donde se encuentre trabajo.

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Auto de 1 de octubre de 2012]

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. 12.ª, Auto de 30 de enero de 2013]

Al no haberse acreditado que el incumplimiento del régimen de visitas sea imputable a la madre se acuerda archivar el proceso de ejecución con expresa condena de costas a la parte ejecutante.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 24 de enero de 2013]

Aunque fue el padre que interpuso la demanda de divorcio, la pensión alimenticia debe abonarse desde la fecha de interposición de aquella, a pesar de que la petición de pensión alimenticia la hizo la madre al contestar a la demanda.

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

Los pagos directos efectuados por el padre a la hija que por razón de estudios reside en Inglaterra carecen de efectos en la ejecución, siendo indiferente que el padre notificase a la madre por burofax esta circunstancia y que esta no mostrase oposición. Además, hay que tener en cuenta que en el convenio regulador el padre asumió el pago de los gastos de enseñanza.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de enero de 2013]

Al no haberse previsto en la liquidación de la sociedad de gananciales un plazo para la venta de la vivienda que se adjudicaron en pro indiviso, se desestima la demanda de ejecución en la que se solicitaba la venta en pública subasta.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de enero de 2013]

Si queda acreditado en la fase de ejecución que los hijos ya no reúnen los requisitos para seguir percibiendo la pensión alimenticia debe estimarse la causa de oposición prevista en el art. 559.3.ª de la LEC, sin que deba remitirse a las partes el procedimiento de modificación de medidas.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de enero de 2013]

Procede admitir a trámite la demanda de ejecución en la que el esposo solicitaba la entrega de posesión del inmueble que ha venido siendo ocupado por la esposa durante los últimos años al haber transcurrido el plazo de atribución de uso que se fijó la sentencia.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 17 de enero de 2013]

Los ingresos efectuados por el padre de la cuenta corriente del hijo común, aunque expresamente se hiciese constar que se hacían en concepto de pago de la pensión alimenticia, carecen de eficacia

para evitar la ejecución, debiendo ser considerados exclusivamente como actos de mera liberalidad del padre.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 16 de enero de 2013]

El incremento del sueldo como consecuencia de su promoción profesional no impide aplicar la cláusula actualizadora de la pensión que se pactó, pues de considerar el ejecutado que ello suponía una alteración sustancial de las circunstancias pactadas debió promover el procedimiento de modificación de medidas.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 30 de octubre de 2012]

No es posible en fase de ejecución entrar a resolver un supuesto acuerdo entre las partes para congelar la cuantía de la pensión alcanzado, según manifiesta el ejecutado telefónicamente, pues además de ser negado por la ejecutante, no cabe transmutar la naturaleza jurídica de un proceso de ejecución, en otro declarativo del reconocimiento de un alegado negocio jurídico celebrado en 2004, que revisaría una medida definitiva de un auto judicial firme.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 30 de octubre de 2012]

El demandado alega la compensación de la deuda por pensiones compensatoria con la cantidad que la ex esposa percibió en concepto de pensión alimenticia de los hijos cuando estos ya eran independientes, pero ni es posible la compensación ni se ha acreditado la independencia de aquellos.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 30 de octubre de 2012]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

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 1.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013]

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 1.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013]

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 1.ª, Sentencia de 15 de febrero del 2013]

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 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013]

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 1.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013]

El cónyuge que extrajo una importante cantidad de la cuenta ganancial coincidiendo con el abandono del hogar familiar, en virtud del principio de facilidad probatoria, tiene la carga de acreditar que destinó aquella cantidad a atender cargas de la sociedad de gananciales, pues en caso contrario existiría un crédito de la sociedad frente a él.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012]

Debe acogerse en su totalidad la propuesta de la contadora partidora en el sentido de que la vivienda debe sacarse a pública subasta, dado que es la única solución viable para culminar las operaciones particiones, pues de lo contrario persistiría la indivisión.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2012]

Condena en costas al desestimarse la pretensión de inclusión de bienes en el inventario, al ser de aplicación lo previsto en el art. 394 de la LEC, no existiendo dudas de hecho ni de derecho.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2012]

Existe derecho a percibir la indemnización del art. 1438 del CC a pesar de que la esposa haya compatibilizado la atención a la casa y los hijos con la realización de un trabajo (tienda de ropa de niños) y aunque haya contado con la ayuda de una tercera persona para la realización de las tareas domésticas, si bien este último dato se tiene en cuenta para minorar la cuantía de la indemnización que se fija tras la comparación de los patrimonios de uno y otro cónyuge, y ponderando la diferencia en un 30%.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2012]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Habiéndose desentendido la madre biológica de su hija desde su nacimiento, sin mantener contacto con ella en los últimos siete años, se declara incursa en causa de privación de la patria potestad en el procedimiento de adopción iniciado por la esposa del padre biológico.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 28 de febrero de 2013]

Se inadmite la solicitud de acogimiento presentada sin la intervención de la entidad pública y, además, el Juzgado carece de competencia territorial, pues deben conocer de la petición los Juzgados de la capital de provincia.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de enero de 2013]

Se decreta la nulidad de actuaciones en un proceso de oposición al desamparo al inadmitirse las pruebas testificales propuestas por la madre biológica, pues ello ha supuesto la privación injustificada de acceso a la plena tutela judicial, creando indefensión por falta del mayor conocimiento posible de los hechos a enjuiciar.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 4 de diciembre de 2012]

Aunque los hechos en que se pretende basar la situación de desamparo son preocupantes, dado el carácter restrictivo de este tipo de pronunciamiento, no consideramos que puedan primar sobre el derecho de los hijos a permanecer con la familia biológica. No obstante, se acuerda un seguimiento de la evolución de la familia y se obliga a los padres a comunicar cualquier cambio de domicilio de la unidad familiar.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2012]

FILIACIÓN

Basta para la admisión de la demanda de impugnación de la paternidad que de su contenido se deduzca una mínima línea de razonabilidad o de verosimilitud, sometida siempre al resultado de la prueba practicada en el proceso.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de enero de 2013]

UNIONES 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 la conviviente.

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

El pago del préstamo hipotecario de la vivienda adquirida en *pro indiviso* no es materia que deba ser objeto de enjuiciamiento dentro del proceso de fijación de medidas de una unión de hecho.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2012]

Aunque existen indicios de los que pueden deducirse la compra de la vivienda en común, la manifestación efectuada por la conviviente ante notario recociendo que pertenece en exclusiva a quien fue su compañero sentimental impide considerar la vivienda como bien un común.

[AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2012]

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 2.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013]

Por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 30 de noviembre de 2012]

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 espacio 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.