

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

Nº 60

Revista de Derecho de Familia

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

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

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

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

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova
Daniel Tejada Benavides

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

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase 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 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:



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



IN~RECJ



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

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

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

DIRECTOR

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

LAS REFORMAS QUE NOS VIENEN

Los que nos dedicamos al derecho de familia somos conscientes de la necesidad de que nuestras leyes se vayan adaptando a la realidad social, especialmente en este campo donde los cambios son constantes. Sin embargo, también nos preocupan las reformas cuando el legislador no está asesorado por profesionales que a diario desarrollan su trabajo en los conflictos de pareja o de padres e hijos.

A la tercera va la vencida, y por fin después de varios anuncios del Sr. Ministro de Justicia hemos podido ver como en el Consejo de Ministros del viernes 19 de julio se aprobaba el anteproyecto que modifica el Código Civil y la Lec, además de otras leyes, en materia de derecho de familia. La verdad es que nos ha sorprendido que la reforma no se haya limitado a modificar el art. 92 del Código Civil, pues todo indicaba que solo se trataba de eliminar el carácter excepcional de la custodia compartida para permitir que este sistema de custodia fuese la norma, quedando la custodia individual solo para aquellos casos en los que uno de los progenitores no solicita la custodia o cuando existen serios obstáculos para que la custodia sea conjunta. Sin embargo, hay que agradecer que el legislador se haya sensibilizado con otras cuestiones y haya incorporado al anteproyecto la modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria, causas de disolución de la sociedad de gananciales, etc.

Una primera lectura del texto del anteproyecto ha sembrado de desilusión a las asociaciones pro custodia compartida pues se albergaba la esperanza de que el legislador nacional siguiese al pie de la letra la legislación valencia, pues al fin y al cabo uno y otro legislador son del mismo signo político. Sin embargo, la custodia compartida que se contempla en el anteproyecto deja de ser excepcional pero no llega a ser preferente.

Para su tranquilidad, debemos transmitir a estas asociaciones que la circunstancia de que una determinada legislación prevea la custodia compartida como modelo preferente no significa que este sea el modelo que se adopte en las resoluciones judiciales, pues ni se concede de forma automática ni evita que los jueces valoren cual es realmente el interés del menor en cada caso concreto atendiendo a multitud de circunstancias.

Con acierto señalaba la catedrática de derecho civil Teresa Marín García de Leonardo que la reforma del art. 92 del Código Civil del año 2005 «no atendió siempre al interés del menor sino a las reivindicaciones de distintos colectivos, con lo que el resultado no es satisfactorio. Adolece de una terminología incorrecta; se aprecia la falta de conexión entre los distintos párrafos y no se sabe muy bien para qué supuestos reserva el legislador la facultad decisoria del juez y por qué se ha exigido en este caso la petición de una de las partes cuando ello resulta contrario al criterio mantenido en materia de hijos menores. Por ello, hay que buscar una interpretación intentando coordinar los diferentes “parches” que a lo largo de los debates parlamentarios ha ido poniendo el

legislador, para conseguir un resultado que satisfaga el interés del menor que es, en definitiva, de lo que se trata».

Los dos grandes obstáculos para la custodia compartida, eran por un lado el informe favorable del Ministerio Fiscal (cuantas y cuantas sentencia denegaban la custodia compartida con el solo argumento de que faltaba este requisito) y el Tribunal Constitucional lo ha eliminado, y por otro la excepcionalidad prevista en el art. 92 que va camino de desaparecer. Por tanto, es evidente que hemos dado un paso importante hacia la igualdad de oportunidades del padre y de la madre para seguir manteniendo con los hijos una intensa relación después del divorcio.

El error, desde nuestro punto de vista, es la idea de que el reparto del tiempo de convivencia con los hijos tiene que ser igualitario entre el padre y la madre, lo cual se identifica únicamente con la custodia compartida. ¿Es que acaso durante la convivencia matrimonial los hijos están el mismo tiempo con el padre y con la madre? Muy pocos reparan en esto. La aspiración de que forzosamente los hijos estén el mismo tiempo con uno y otro progenitor no siempre está en consonancia con el interés del menor. Compartir la responsabilidad de padre es una cosa muy distinta a compartir el tiempo con los hijos. Se trata de un reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales.

Por eso, no podemos criticar en este punto concreto el anteproyecto, pues deja la decisión, como no podía ser de otro modo, primero en manos de los padres para que consensúen el modelo de convivencia que mejor se adapte a las necesidades de los hijos, y a falta de acuerdo, en el juez que conocerá del proceso y que atendiendo a las pruebas que se practiquen resolverá en interés del menor lo que sea más procedente atendiendo en todo caso a en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Las reformas legislativas no cambian a las personas, y por mucho que se hayan aprobado leyes que fijan como criterio preferente la custodia compartida, cada padre es como es, hace lo que hace, y la decisión final sobre el modelo de custodia siempre tendrá que estar en función del interés superior de los hijos.

La regulación de la custodia que se contiene en el anteproyecto no debe llevar al desánimo a los padres que persiguen compartir las responsabilidades de los hijos, pues tanto las resoluciones del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo han allanado el camino hace un reparto de responsabilidades más igualitario, pero nunca debe perderse de vista que el modelo de custodia se establece en beneficio de los hijos y no en beneficio de los padres. Por eso, ni custodia individual preferente ni custodia compartida preferente, sino interés del menor preferente.

ÍNDICE GENERAL

	Página
LAS REFORMAS QUE NOS VIENEN	3

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LOS PACTOS ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ART. 97 CC	
<i>Cristóbal Pinto Andrade</i>	23
LA RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EL REGLAMENTO DEL CONSEJO (CE) 2201/2003 EN CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	
<i>Esther Susin Carrasco</i>	45
LA TRASCENDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO	
<i>Ibon Viteri Zubia</i>	69

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cuestiones procesales

No se ha vulnerado ningún derecho constitucional en la adopción por los tribunales españoles de medidas paterno filiales, pues la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal no afecta a los contenidos del art. 24.1 de la CE. Aunque el padre sostenía que existió una sustracción ilegal que impedía que los tribunales españoles conociesen del procedimiento, se aquietó con la resolución que declaró que el traslado fue lícito.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 127/2013 de 3 de junio 101

TRIBUNAL SUPREMO

Patria potestad

No es necesario el nombramiento de defensor judicial para los hijos menores, al no existir contradicción entre los intereses de éstos y los de la madre, pues la resolución de un contrato de compraventa concertado por el padre fallecido, implicaba asumir el pago de un precio muy elevado, dado que sólo se abono un 5% del precio total del inmueble.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de junio de 2012 110

El Tribunal Supremo anula la Sentencia de la Audiencia Provincial por falta de motivación para denegar la custodia compartida, pues no tiene en cuenta más que de forma retórica el interés del menor. El alto tribunal acoge este modelo de custodia atendiendo a las circunstancias de los progenitores, al informe favorable del Ministerio Fiscal y del equipo técnico.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 25 de mayo de 2012 113

Régimen de visitas

La satisfactoria evolución del padre, la buena relación con la hija y con la familia paterna aconsejan una ampliación del régimen de visitas, no siendo obstáculo para ello que el padre fuese condenado por un delito de violencia doméstica al haberse cumplido ya la pena impuesta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2012 117

Pensión alimenticia

Estando el hijo mayor de edad 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 concederle al hijo y la madre el uso de la vivienda privativa del padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2012 120

Vivienda familiar

En los arrendamientos de viviendas celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación es imprescindible que se cumplan estrictamente los requisitos exigidos en el art. 16 de la LAU, no pudiendo entenderse que hubiese existido un consentimiento tácito de la subrogación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2012 124

Estando el hijo mayor de edad 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 concederle al hijo y la madre el uso de la vivienda privativa del padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2012 130

Pensión compensatoria

La esposa tiene la cualificación de profesora de EGB y además realiza trabajos de restauradora de obras de arte, por lo que debe limitarse a un año el periodo de percepción de la pensión compensatoria pues siendo ya las hijas mayores de edad, está en aptitud de obtener sus propios ingresos e independencia económica. Además, ha transcurrido ya un periodo de tiempo suficiente para adecuarse a la nueva situación familiar en la que sin duda tendrá que hacer frente por sus propios medios y aptitudes a sus necesidades.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de junio de 2012 134

Cuando el actor pide en su demanda que no se fije pensión compensatoria no es necesario que la demandada formule reconvencción expresa para que el tribunal pueda entrar a valorar si procede o no la fijación de la pensión.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2012 138

La mayor o menor cualificación profesional no resulta especialmente significativa en un contexto de crisis dado que una mayor preparación no equivale sin más a un trabajo estable y seguro que proporcione un medio de vida que permita prescindir de la pensión compensatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2012 143

Filiación

Aunque se estimó la caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna, en un procedimiento de modificación de medidas se acordó dejar sin efecto la pensión alimenticia pues no pueden mantenerse alimentos a cargo de quien no es padre, aunque por razones de procedimiento no haya podido destruirse la filiación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de junio de 2012 146

El daño moral que reclama el padre no trae causa en la sentencia que declara su no paternidad, sino en el hecho de que tras el divorcio, la madre y los hijos se fueron a vivir con el padre biológico, momento que debe considerarse como el dies a quo para ejercitar la acción, por lo que se estima la excepción de prescripción.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de junio de 2012 148

El vicio de la voluntad de quien aparecía como padre biológico de la menor cesó en el momento en el que conoció el resultado de la prueba biológica practicada privadamente y no antes, por lo que la acción de impugnación por vicio en el consentimiento se ejerció dentro del plazo del año previsto en el art. 141 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de julio de 2012 151

Regímenes económicos matrimoniales

Se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas constante el matrimonio, dado que la manifestación de inexistencia de bienes gananciales en el momento de su otorgamiento fue falsa al acreditarse que existían un inmueble y unos saldos en cuentas bancarias, por lo que la falsedad de la causa en el otorgamiento implica su nulidad radical.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de junio de 2012 154

Nulidad de la aportación de bienes gananciales a una sociedad de responsabilidad limitada efectuada por el esposo al haberse producido una extralimitación del poder otorgado en su día por la esposa en favor del esposo.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 2012</i>	158
Uniones de hecho	161
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.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012</i>	161
Incapacidad	163
No procede la curatela y sí la tutela, sin que pueda respetarse la voluntad del incapaz de designar a su cuidadora como tutora dado que ésta tiene un interés distinto al mero cuidado y atención personal del incapaz, y el patrimonio es suficientemente importante para justificar su protección con el nombramiento de la administración pública como tutora.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de julio de 2012</i>	163
Sucesiones	167
La no liquidación previa de la sociedad de gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el caudal relicto. Si la legítima se ha lesionado en las operaciones particionales, se conceden a los legitimarios las acciones de complemento de legítima, sin que ello comporte declarar la nulidad de las operaciones particionales.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2012</i>	167
Derecho al honor	173
No se ha vulnerado el derecho al honor del ex esposo al haberse limitado la ex esposa a narrar, en sus respuestas en la entrevista televisiva, su experiencia personal en materia de maltrato a la mujer, con base en datos o elementos objetivizados (hubo sentencias condenatorias en juicios de faltas por lesiones), siendo veraz lo declarado lo que comporta, a su vez, ejercicio de la libertad de expresión y de información. Por otro lado, sólo reveló el nombre del ex esposo, pero no sus apellidos ni su profesión.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de junio de 2012</i>	173
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	
Guarda y custodia	
Para analizar la petición de modificación de medidas presentada por el padre en la que se solicita la custodia compartida, el punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado	

a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo mediante la custodia compartida.

TSJ de Aragón, Sentencia de 27 de noviembre de 2012 179

Visto el grave riesgo psicológico en el que se hallaban los menores al no haberles preservado el progenitor custodio del conflicto con la madre, predisponiéndoles contra ella, y no pudiendo otorgarse la custodia a éste última por la existencia de una orden de protección de los hijos frente a su actual pareja, se acuerda que los menores pasen a ser tutelados por la entidad pública con suspensión de la potestad parental.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 13 de diciembre de 2012 182

Se estima la demanda de modificación de medidas y se acuerda la custodia compartida por periodos de dos semanas consecutivas pues la custodia individual que se mantiene en la Sentencia de la Audiencia se basa en el informe de la trabajadora social que tan solo contiene valoraciones de su emisor obtenidas mediante meras entrevistas de los progenitores, sin mecanismos de exploración de la voluntad real del niño.

TSJ de Aragón, Sentencia de 19 de diciembre de 2012 187

Vivienda familia

Es ajustado a derecho atribuir el uso de la vivienda familiar (propiedad del padre) a la madre y los tres hijos hasta que alguno de los hijos adquiera independencia económica, pues aunque la madre dispone en propiedad de una vivienda, esta tiene una menor extensión lo que obligaría a los hijos a compartir las habitaciones. De todas formas, hay que tener en cuenta que la atribución del uso de la vivienda ha sido computado para minorar la pensión alimenticia que debe abonar el padre.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 12 de noviembre de 2012 189

Regímenes económicos matrimoniales

En un juicio ordinario posterior a la liquidación, se deja sin efecto las adjudicaciones al no ser ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. Se acuerda la adjudicación del inmueble en pro indiviso.

TSJ de Aragón, Sentencia de 22 de noviembre de 2012 192

Procedimiento de protección de menores

Se decreta la nulidad de actuaciones en un proceso de oposición al desamparo al inadmitirse las pruebas testificales propuesta 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 195

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Patria potestad

Tras el divorcio no procede requerir al padre para que informe a la madre de las citas médicas a las que tenga que acudir con el menor, pues no puede pretender la madre que ambos padres deban de acompañarlo en las visitas al médico.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de diciembre de 2012 199

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 201

Guarda y custodia

Las relaciones entre los padres no parecen las más adecuadas para establecer la custodia compartida habida cuenta de las serias desavenencias que presentan. No en vano, consta que durante el proceso de ruptura se vieron envueltos en un procedimiento ante el Juzgado de Violencia y que vivieron un episodio de tensión considerable como consecuencia de la decisión de cambio de centro escolar de las menores.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2012 202

Una modificación legislativa no es un cambio fáctico que incida en las que las medidas que en su día se acordaron y ha resultado probado que la situación de la menor, actualmente de 9 años de edad, es positiva, y que la custodia materna se ha desarrollado sin incidencias, por lo que no procede establecer la custodia compartida.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2012 204

Respecto de las discrepancias en el estilo educativo, no pueden minimizarse sus consecuencias, pues estas discrepancias pueden estar entorpeciendo un desarrollo psicosocial adecuado por parte de los menores: Hay indicadores de una posible dificultad por parte del padre para hacer cumplir normas y poner límites a los menores, así como para ayudarles a que aprendan su importancia, aspecto que puede afectar negativamente a su desarrollo psicosocial, pro lo que debe descartarse la custodia compartida.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2012 205

No puede reputarse el traslado de lugar de residencia de innecesario o caprichoso dadas las circunstancias personales de la madre que sólo tenía como vínculo de unión con Sevilla a su marido teniendo toda su familia en Santander, contando en esta ciudad con apoyo familiar y de amistades que le ha permitido tener ofertas de trabajo y acceder al mercado laboral, encontrándose los menores integrados en esta ciudad.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2012 206

No hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre pues es la figura de referencia, tiene un superior vínculo afectivo con sus hijos, se ha implicado en un porcentaje muy superior en las cuestiones diarias de los menores y es una madre favorecedora de la relación paterno-filial.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2012 207

En el entorno paterno han alcanzado los hijos el grado adecuado de estabilidad doméstica, encontrándose cómodos en esta unidad de convivencia y adaptados en su entorno residencial, sin referir problemas de relación. El deseo del mayor de los hijos es continuar conviviendo con el padre, y la hija menor en modo alguno siente rechazo a la figura paterna, por lo que el mero hecho de que sienta añoranza ante la falta de convivencia con la madre, no determina sin más que se conceda la custodia a la madre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2012 210

Debe respetarse la decisión del menor de trece años de convivir con su padre, lo cual constituye un cambio de circunstancias, sin que haya base para calificar esas manifestaciones de un simple capricho cuya acogida pudiera perjudicarle sino que, por el contrario, se manifiesta esa voluntad de una forma reflexiva y seria.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2012 211

Régimen de visitas

Se fija el régimen de visitas solicitado únicamente por el M. Fiscal a pesar de que el padre fue condenado por violencia de género.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012 213

Mientras la menor no alcance un grado de madurez suficiente y pueda restablecerse un adecuado sistema de estancias con su padre, el régimen de visitas ha de quedar suspendido. No se está juzgando ni valorando la orientación sexual del progenitor paterno ni la actividad ocupacional que desarrolla, pues la relaciones paterno-filiales son ajenas a la transexualidad del padre y a su dedicación a la prostitución ocasional, pero sí se está procurando evitar riesgos serios y concretos para la menor e imponerle un indeseado régimen de visitas que le provoca ansiedad, angustia, confusión e inseguridad.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012 216

Estando justificado por motivos laborales el cambio de domicilio de la madre, y teniendo en cuenta que la menor solo tiene 8 años, no se accede a la petición del padre de que el lugar de recogida y entrega sea un punto intermedio entre las ciudades donde residen ambos, pues la madre puede tener problemas para el desplazamiento.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012 217

Vivienda familiar

Debe respetarse el acuerdo que suscribieron los cónyuges en cuanto a que el esposo se haría cargo en su integridad de los vencimientos del préstamo hipotecario sin

perjuicio del posterior derecho de reintegro, acuerdo que adoptaron en atención a la falta de ingresos de la esposa para sumir el pago. La circunstancia de que ahora perciba unos 700 euros al mes por su trabajo no es causa suficiente para modificar lo acordado, cuando en el propio convenio se preveía que la esposa pudiera acceder a un trabajo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2012 219

En función de que la esposa tiene mayores dificultades para acceder a una vivienda se le atribuye el uso de la vivienda familiar hasta la independencia de la hija, no siendo obstáculo para esta decisión que se haya acordado la custodia compartida.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012 222

La circunstancia de que los hijos mayores de edad ocupen también la vivienda, no es motivo para apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el proceso de desahucio por precario iniciado por los propietarios del inmueble.

AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012 222

Pensión alimenticia

Los gastos ordinarios que se generen durante la convivencia con cada progenitor deben ser cubiertos por aquél en cuya compañía esté la menor, debiendo ser atendidos los gastos de devengo no periódico pero ordinarios (por ejemplo gastos escolares, de material, libros, de vestido y calzado etc.) por la progenitora que recibe la pensión de alimentos.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2012 224

El gasto de comedor no puede considerarse gasto extraordinario dada su condición ordinaria que motiva que se integre en el concepto de pensión alimenticia mensual, en atención a su carácter previsible y periódico.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2012 224

Respetando los pactos a los que llegaron los cónyuges en un convenio extrajudicial se fija la misma pensión que establecieron en su día, si bien aplicando las correspondientes actualizaciones desde la fecha en que se firmó.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2012 225

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 226

Los gastos extraescolares de clases de tenis, informática y teatro no son necesarios y menos aún en situación de crisis económica.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 12 de diciembre de 2012 227

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 perma-

nencia 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 227

Pensión compensatoria

Al hacerse cargo de forma personal la ex esposa de la atención del hijo mayor incapacitado, con una minusvalía del 88%, no puede exigírsele que realice un trabajo por lo que no procede extinguir la pensión compensatoria.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012 229

La pensión compensatoria no puede considerarse como una cuasi jubilación a temprana edad que resuelva el problema económico con carácter permanente al cónyuge que recibe la pensión. La esposa lleva trabajado veintidós años y ambos cuentan con ingresos y recursos propios, careciendo de trascendencia suficiente para fijar la pensión que durante algún tiempo tuviese que pedir la reducción de jornada para atender al hijo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012 230

Si la empresa que administra el esposo dejase de abonar a la esposa el sueldo que actualmente percibe, se incrementará la cuantía de la pensión compensatoria hasta los 3.000 euros que se han establecido en la sentencia.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012 231

No puede establecerse límite temporal a la pensión compensatoria dado que si bien es cierto la reciente reincorporación de la esposa al mercado laboral, del que llevaba apartada desde el año en que contrajo matrimonio, hay que tener en cuenta que los contratos son de eventuales por lo que su situación laboral no goza de estabilidad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2012 232

Cuestiones procesales

Aún siendo absolutoria la sentencia dictada en el proceso penal, al no ser firme, la competencia para el conocimiento del proceso civil corresponde el Juzgado de Violencia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2012 233

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 234

Se inadmite a trámite las medidas solicitadas por el padre al amparo del 158 del CC ante el cambio de domicilio de la madre e hijos, ya que está pendiente de celebrarse la comparecencia de medidas provisionales del divorcio instado por el padre.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 12 de diciembre de 2012 234

Debe admitirse a trámite la demanda de divorcio ya que aunque se firmó un acuerdo previo de los contrayentes para el futuro divorcio ante los juzgados de Tánger no consta que se haya disuelto el matrimonio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 11 de diciembre de 2012 236

Se desestima las medidas solicitadas por la madre, por vía del art. 158 del CC, para modificar el régimen de visitas ante la negativa de la hija de irse con el padre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de diciembre de 2012 236

Ejecución de sentencias

El ingreso que efectuó el padre por importe de 12.000 euros no tenía la finalidad de atender pensiones alimenticias futuras, sino abonar préstamos comunes.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de diciembre de 2012 238

Dado que el importe de la tasación de costas y de la liquidación de intereses que debía abonar la demandada era consecuencia directa de la reclamación de la deuda alimenticia antes expuesta es de aplicación el artículo 608 de la L.E.C.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 21 de diciembre de 2012 239

En el convenio regulador se estableció la obligación de pago de una cantidad, pero sujeta a plazo. En consecuencia el día a quo para aplicar la caducidad de la acción ejecutiva es el cumplimiento del plazo y no la fecha en que se firmó el convenio regulador.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 21 de diciembre de 2012 239

No puede reclamar un cónyuge intereses de demora de la cantidad que se estableció en el convenio regulador al no pactarse expresamente.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 19 de diciembre de 2012 240

Si se pactó una pensión alimenticia para la hija mayor que quedaría en suspenso mientras estuviese trabajando es carga de la parte ejecutante acreditar que concurren las circunstancias previstas para poder reclamar las pensiones alimenticias.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de diciembre de 2012 241

El cambio de domicilio del padre a Estados Unidos no es motivo para modificar el régimen de visitas en fase de ejecución de sentencia, pues esta cuestión debe resolverse en un procedimiento de modificación de medidas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 14 de diciembre de 2012 243

La negativa de la madre de las menores a permitir a la sobrina del progenitor su recogida en el colegio para el desarrollo del régimen de visitas con el padre, no está justificada. La sentencia de divorcio no impide que una tercera persona de confianza del progenitor pueda recogerlos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 13 de diciembre de 2012 244

Se aprecia el abuso de derecho en la reclamación de pensiones alimenticias por parte de la madre cuando la hija reside con la abuela materna y no le entrega cantidad alguna a ésta para atender las necesidades de la hija.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 12 de diciembre de 2012 245

Regímenes económicos matrimoniales

Derecho de uso de la vivienda familiar no puede tener repercusión alguna sobre el valor de la vivienda al no haber sido tampoco incluido como partida en la formación de inventario.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012 248

No procede la indemnización del art. 1438 del CC toda vez que la esposa mantuvo su empleo de enfermera durante la vigencia del matrimonio y las tareas de cuidado de los hijos vinieron siendo realizadas en mayor o menor medida por ambos cónyuges.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2012 249

La esposa se dedicó a la casa desde que pactaron el régimen de separación de bienes, salvo periodos de tiempo en que ha trabajado y colaborado en negocios familiares, por lo que ponderando las circunstancias se fija una indemnización de 75.000 euros, precisando que el servicio doméstico no es por sí solo determinante para su procedencia.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2012 250

La mera cercanía en el tiempo de la venta un bien privativo y la compra de un bien ganancial es únicamente un indicio que por sí solo no puede llevar a la inclusión en el pasivo de un crédito a favor de un cónyuge por la inversión de bienes privativos en favor de la sociedad de gananciales.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012 251

Hasta la liquidación, el patrimonio continúa siendo común, debiendo incluirse en el activo de la sociedad los rendimientos o incrementos de valor de los bienes.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012 252

Como la esposa se incorporó durante un tiempo al negocio familiar, obteniendo cantidades por su trabajo, la indemnización del art. 1438 del CC solo puede comprender el periodo en el que se dedicó a la casa. Se desestima la excepción de prescripción al no ser de aplicación el art. 1967.3 del CC., pues el derecho surge al extinguirse el régimen de separación de bienes.

AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012 253

La indemnización del art. 1438 del CC no puede consistir en la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar el trabajo del hogar, ya que en ese caso la esposa no habría contribuido en nada, por lo que debe limitarse a ese exceso de la contribución que corresponde a cada cónyuge, debiendo precisarse que el trabajo doméstico no tiene un horario fijo.

AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012 254

No consta que en la utilización del dinero privativo para la compra de un bien ganancial se hiciera, de modo expreso o tácito, renuncia por su titular a su posible futuro reintegro, en los términos derivados de las previsiones del artículo 1.355 del Código Civil, por lo que han de prevalecer necesariamente, en las operaciones divi-

sorias del acervo común, los derechos que a dicha litigante reconocen los artículos 1358 y 1398-3.ª del mismo texto legal.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012 255

No se puede acceder a la pretensión planteada por la parte apelante de realizarla tasación a precio actual del mercado cuando sea firme la sentencia pues se entraría en un debate permanente y continuo sobre dicha valoración.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2012 256

Procedimientos de menores

La aplicación de medidas de protección del menor mediante el acogimiento en centro, cuando el tratamiento pueda requerir medidas de contención o restricción de la libertad de movimiento, requiere autorización judicial siendo competente para adoptar esta decisión el Juzgado de Familia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 27 de diciembre de 2012 257

No puede constituirse la tutela ordinaria cuando los padres no están privados de la patria potestad, siendo indiferente que el menor viva con sus tíos en España y que los padres residen en Guinea.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de diciembre de 2012 258

Filiación

Practicada la prueba biológica de forma privada, no es necesario practicar una nueva prueba biológica en el proceso de filiación, prueba por otra parte no pedida en primera instancia ni al interponerse el recurso de apelación.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2012 260

No se trata solo de que el actor no aporte principio alguno de prueba de la realidad de unos hechos que afirme acontecidos, es que se basa en meras suposiciones o conjeturas que realiza por manifestaciones que atribuye a la demandada, a través de cuyas referencias infiere que puede ser padre de dos hijos, de cuya existencia no tiene dato alguno.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de diciembre de 2012 261

Uniones de hecho

Debe aprobarse en su totalidad el convenio suscrito por una pareja de hecho aunque en él se incluya una cláusula en virtud de la cual se adjudica la vivienda al conviviente con la obligación de hacerse cargo del pago de la totalidad del préstamo hipotecario.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2012 262

Estamos ante unas obras de conservación que deben conceptuarse como gasto propio derivado de la convivencia sin derecho a reembolso. Por lo que se refiere al saldo en cuenta corriente, es claro que no se trató nunca de una cuenta indistinta, siendo el conviviente mero autorizado. En resumen, la mera circunstancia de existir una convivencia «more uxorio» no genera una comunidad de bienes divisible al final de dicha convivencia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2012 263

	Página
Cuestiones penales	266
En el caso de «los bebés robados», los hechos serían constitutivos de un delito contra el estado civil, favorecido por otros de falsedad documental, todo lo más, y la acción penal habría prescrito hace décadas, sin que se vean visos de ninguna otra infracción, razón por la cual la instrucción ni tan siquiera debió iniciarse.	
<i>AP Huelva, Pleno, Auto de 19 de noviembre de 2012</i>	266

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Guarda y custodia

Se acuerda la custodia compartida en estancias semanales, no siendo óbice para ello la falta de comunicación de los progenitores, pues bastaría potenciar la inco-municación por quien no quiera este modelo de custodia para evitar su aplicación.

Juzgado de Violencia núm. 1 de Barakaldo, Sentencia de 17 de diciembre de 2012 . 272

No es necesario acordar la prohibición de abandonar el territorio nacional, pues a pesar de que la madre tiene la nacionalidad Filipina, siempre ha atendido las nece-sidades de los hijos, por lo que no existe riesgo para estos.

Juzgado de Violencia núm. 1 de Bilbao, Sentencia de 19 de diciembre de 2012 . 273

Pensión compensatoria

No procede reducir la cuantía de la pensión compensatoria cuando el ex esposo ha puesto todo tipo de trabas al administrador judicial para que tenga conocimiento de la marcha del negocio común. Por otro lado consta acreditado que el ex esposo realiza la actividad negocial a nombre de otras empresas.

Juzgado de Violencia núm. 1 de Bilbao, Sentencia de 10 de diciembre de 2012 . 274

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Regímenes económicos matrimoniales

Extinguida la comunidad ordinaria propietaria de la vivienda familiar de la que una tercera parte pertenecía al esposo con carácter privativo, la adjudicación de su totalidad a éste último compensando en metálico al resto de comuneros, lleva a la conclusión que dicho inmueble tiene carácter privativo, sin perjuicio del derecho de reembolso de la sociedad de gananciales si la indemnización al resto de comu-neros se hace con fondos comunes.

DGRN Resolución de 29 de enero de 2013
 279 |

No puede inscribirse una sentencia que declara que un inmueble, que aparece ins-crito como presuntivamente ganancial, pertenecía privativamente al cónyuge titular sin que haya sido parte en el procedimiento el cónyuge no titular o sus herederos.

DGRN Resolución de 28 de enero de 2013
 283 |

Se deniega la inscripción de una escritura de aportación de bienes a una sociedad de gananciales constituida por pacto entre dos personas unidas por una relación de pareja de hecho conforme a la Ley 5/2002 de 16 de diciembre sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DGRN Resolución de 7 de febrero de 2013 284

Sucesiones

No puede inscribirse la partición de herencia en la que los hijos renuncian individualmente a sus derechos hereditarios y el cónyuge viudo, seguidamente, acepta pura y simplemente la totalidad de la herencia, aunque en el testamento el causante excluyese el supuesto de repudiación de la herencia de la sustitución vulgar ordenada a favor de los descendientes.

DGRN Resolución de 21 de enero de 2013 286

SECCIÓN PRÁCTICA

EL CÓNYUGE QUE INSTÓ LA FORMACIÓN DE INVENTARIO, ¿PUEDE MODIFICAR SU PROPUESTA EN LA DILIGENCIA ANTE EL SECRETARIO JUDICIAL? ... 291

CASOS PRÁCTICOS 295

TRIBUNA ABIERTA

EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Laura Pérez Rufián 303

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 311

Guarda y custodia 311

Régimen de visitas 312

Vivienda y ajuar familiar 314

Pensión alimenticia 314

Pensión compensatoria 315

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
Cuestiones procesales	316
Convenio regulador	317
Ejecución de sentencias	318
Regímenes económicos matrimoniales	319
Procedimientos de menores	320
Filiación	321
Uniones de hecho	321
Cuestiones penales	321

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LOS PACTOS ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ART. 97 CC

CRISTÓBAL PINTO ANDRADE

Juez sustituto. Abogado no ejerciente. Doctorando DEA Derecho Civil por UNED.

RESUMEN

Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del art. 97 CC

Uno de los puntos más discutidos actualmente en la Doctrina es la posibilidad de que los cónyuges pacten (fijando, modulando temporalmente e incluso renunciando) sobre la pensión compensatoria del art. 97 CC. Aunque la repercusión práctica de la polémica haya perdido cierto vigor tras la Reforma en 2005 del art. 97 CC, ello no obsta a que la cuestión siga despertando gran interés, en especial cuando tales pactos se otorgan antes de producirse la ruptura conyugal, incluso antes de contraer matrimonio, y, más en concreto, cuando lo que se pacta es su renuncia. La Jurisprudencia de los Tribunales españoles sobre tales cuestiones resulta ampliamente variada y disímil. En el presente trabajo se ponen de manifiesto tanto la perspectiva y enfoque actual de la pensión compensatoria como las diferentes soluciones jurisprudenciales a los diferentes pactos que pueden llegar a alcanzarse entre los cónyuges en relación a esta pensión.

Palabras clave: Pensión compensatoria, acuerdos prematrimoniales, temporalización, fijación, renuncia, Derecho matrimonial, Convenio Regulador.

ABSTRACT

Agreements between the spouses about the compensatory benefit or alimony of Article 97 CC

One of the most contested issues in the Doctrine is now the possibility that the spouses executed (setting, temporarily modulating and even renouncing) on compensatory benefit or alimony of Article 97 CC. Although the practical impact of the controversy has lost some strength after the Reformation in 2005 of Article 97 CC, the fact remains that the issue still attracting considerable interest, especially when such agreements are awarded before marital break occur even before marriage, and, more specifically, when what is agreed on his renounce. The Spanish case law on these issues is widely varied and dissimilar. In this paper we show both the perspective and current approach as different jurisprudential solutions to the different conventions that can reach achieved between spouses with regard to the compensatory benefit or alimony.

Key words: Compensatory benefit, alimony, prenuptial agreements, temporarily modulate, set, renounce, marriage law, settlement agreement.

SUMARIO

I. PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA UNA VEZ PRODUCIDA LA RUPTURA MATRIMONIAL.

1. Fijación de la pensión compensatoria.

- A) Cuantía y forma de la pensión.
- B) Temporalización.

- C) Índices de actualización.
 - D) Causas de reducción o extinción de la pensión compensatoria.
 - 2. **Cláusula declarando que la ruptura no supone desequilibrio económico a ninguno de los cónyuges que implique un empeoramiento en su situación anterior.**
 - 3. **Renuncia expresa a la pensión compensatoria.**
 - 4. **Renuncia tácita a la pensión compensatoria.**
 - 5. **Reserva expresa de la pensión compensatoria en la separación para su posterior reclamación el proceso de divorcio.**
- II. PACTOS ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA ANTES DE LA RUPTURA MATRIMONIAL.
- 1. **Fijación de la pensión compensatoria antes de la ruptura matrimonial.**
 - 2. **Renuncia expresa a la pensión compensatoria antes de la ruptura matrimonial.**
 - 3. **Renuncia tácita a la pensión compensatoria antes de la ruptura matrimonial.**
-

I. PACTOS ENTRE LOS CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA UNA VEZ PRODUCIDA LA RUPTURA MATRIMONIAL

El artículo. 97 CC abre la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar a través del Convenio Regulador («...según se determine en el Convenio Regulador».) cuanto estimen pertinente en lo relativo a la pensión compensatoria. Veamos las distintas posibilidades:

1. Fijación de la pensión compensatoria

Esta fijación ha de materializarse mediante la inclusión en el Convenio Regulador de una cláusula en la que se determina una pensión compensatoria por que se entiende que la separación o el divorcio ha supuesto un desequilibrio económico en uno de los cónyuges en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. En este sentido, resulta práctico incluir en la cláusula el motivo o la causa que provoca el nacimiento de dicha pensión, y ello a efectos de una posible modificación posterior de su cuantía o extinción. Por la lógica del principio dispositivo, el Juez no debe modificar lo pactado por las partes sobre esta cuestión en el Convenio Regulador: La *SAP Lleida 1.ª de 9 de julio de 2001* indica que no hay razón para que el Juez acote temporalmente y revise a la baja el importe de una pensión compensatoria pactada libremente por ambos cónyuges pues el acuerdo efectuado en el Convenio entre los cónyuges sobre la pensión compensatoria no traspasa los límites de la autonomía privada y de la libertad contractual por no ser contrario a la ley, la moral ni al orden público.

Por lo que respecta a los extremos de esta clase pactos, éstos pueden incluir:

LOS PACTOS ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ART. 97 CC

A) *Cuantía y forma de la pensión*

Las modalidades de pacto y casuística es muy amplia:

a) Pago periódico de cierta cantidad de dinero. Es el pacto más usual y es una de las opciones que inicialmente plantea el art. 97 CC: «...podrá consistir en una pensión». En este caso, deberá precisarse con detalle la cuantía, la forma, el lugar, y el momento de pago de dicha cantidad. A modo de ejemplo: «xx abonará a xx en concepto de pensión compensatoria la cantidad de xx euros mensuales que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la c/c núm. xxx abierta a su nombre en la Caja o Banco x».

b) Pago a tanto alzado de un capital en dinero. Es la segunda opción que propone el art. 97 CC: «...o en una prestación única...». En este caso la pensión compensatoria se abona de una sola vez, a tanto alzado a través de la entrega de una determinada cantidad. Por ejemplo: «xxx abonará a xx en concepto de prestación compensatoria en el plazo de xx días a contar desde la fecha de suscripción de este documento la cantidad de xxx euros en la c/c xxx abierta a su nombre en la Caja o Banco x».

c) Entrega de un capital en dinero o en bienes. Se trata de una posibilidad que admite el art. 99 CC. De este modo, puede servir como pago de la pensión compensatoria la entrega de determinados bienes que sean propiedad del cónyuge obligado a su pago o la entrega de un capital que periódicamente produzcan interés o rentas a favor del beneficiario. Como ejemplo la siguiente cláusula «xx entrega en propiedad a xx el inmueble sito en xxxxx en concepto de prestación compensatoria «o esta otra «Como forma de pago de la pensión compensatoria que se reconoce a xx, xx entrega a xx la cantidad de xx euros que se encuentran ya depositadas a su nombre en la entidad xx en un depósito a renta/a plazo fijo».

d) Constitución de un usufructo sobre determinados bienes de un cónyuge. También esta posibilidad está contemplada expresamente en el art. 99 CC. En el caso más usual se suele constituir un usufructo vitalicio sobre una vivienda, resolviendo de esta manera el hipotético problema de residencia o alojamiento que pueda tener el cónyuge beneficiario de la pensión.

e) Capitalización de la pensión y cesión de derechos. Consiste en capitalizar el importe de la misma y entregando a cambio la parte que le corresponda al obligado al pago de la pensión en la futura liquidación de la Sociedad de Gananciales. Puede materializarse a través de este tipo de cláusula: «xx cede a xx en concepto de pensión compensatoria la parte que le corresponde en el haber de la liquidación de la sociedad de gananciales, que equivale a la capitalización de una pensión mensual de xx euros».

f) Asunción de una deuda por parte del obligado al pago de la pensión. Como una variante del anterior pacto, el desequilibrio que ha provocado en uno de los cónyuges la separación o el divorcio puede compensarse asumiendo en exclusiva el cónyuge obligado al pago de la pensión las deudas que pesen sobre la Sociedad de Gananciales. A modo de ejemplo a través de una cláusula como la que sigue: «xx

asume con carácter exclusivo el pago de la hipoteca que grava la vivienda adjudicada a xxx en concepto de pago de la pensión compensatoria».

B) Temporalización

Como señala el art. 97 CC «...podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido». A través de este pacto se establecería la duración que tendrá la pensión. Si se temporaliza, se puede materializar a través de una cláusula de este tenor: «xx abonará a xx en concepto de pensión compensatoria y durante cinco años a partir de la fecha de suscripción de este documento la cantidad de xx euros mensuales que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la c/c núm. xx abierta a su nombre en la Caja o Banco x».

C) Índices de actualización

Cuando se acuerda el pago de una cantidad periódica, cabe pactar que la pensión compensatoria haya de actualizarse periódicamente para que no pierda su valor adquisitivo. Debe ponerse de relieve que, al contrario de lo que ocurre cuando la pensión se fija en resolución judicial donde se obliga al juez a que en la resolución judicial «fijar las bases para actualizar la pensión». (Art. 97 CC *in fine*), cuando la pensión se acuerda convencionalmente tal pacto no resulta obligado legalmente. Los índices que se emplean en la práctica son un porcentaje fijo, las variaciones que experimenten los ingresos del obligado al pago de la pensión o las variaciones del IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística de una fecha a otra.

D) Causas de reducción o extinción de la pensión compensatoria

Con independencia de que la pensión se extinga cuando concurren las causas establecidas en el art. 101 CC o que se reduzca conforme a lo señalado en el art. 100 CC, también es admisible que los cónyuges puedan precisar alguna causa concreta de modificación o extinción. Resulta muy habitual una cláusula de reducción del importe de la pensión compensatoria para el caso de que el obligado a su pago pase a la situación de jubilación, pudiéndose determinar de antemano en una nueva cantidad o en un porcentaje de la cuantía (bruta o neta) de la pensión de jubilación.

2. Cláusula declarando que la ruptura no supone desequilibrio económico a ninguno de los cónyuges que implique un empeoramiento en su situación anterior

Tal reconocimiento suele materializarse a través de cláusulas del siguiente tenor: «Teniendo en cuenta que los cónyuges son funcionarios, ambos manifiestan que el divorcio que solicitan no implicará un empeoramiento o desequilibrio económico, en relación con la posición que mantenían anteriormente, y por ello, mutua y recíproca-

mente, renuncian a cualquier reclamación en concepto de pensión alimenticia, compensatoria y a cualquier otra indemnización por razón de matrimonio».

Esta clase de cláusulas vienen siendo interpretadas por la Jurisprudencia como una renuncia expresa a su percepción. En efecto, la STS 1.^a de 8 de febrero de 2003, con relación a una cláusula del Convenio en la que explícitamente se dice «*La separación que pactan los esposos no produce desequilibrio, no procediendo fijar pensión indemnizatoria en favor de alguno de ellos*», procede a denegar dicha pensión arguyendo que, no habiendo sido tal pacto objeto en ningún momento de impugnación para decretar su nulidad, sigue desplegando todos sus efectos liberatorios al tratarse de pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los arts. 1254, 1255 y 1258 CC.

3. Renuncia expresa a la pensión compensatoria

Tampoco parece ofrecer ninguna duda que nada obsta a la posibilidad abstracta de su expresa renuncia convencional por los cónyuges una vez producida la ruptura matrimonial lo que es admitido sin mayor discusión ni doctrinal⁽¹⁾ ni jurisprudencial⁽²⁾. Tal renuncia no sería más que el juego del principio de autonomía de la voluntad en materia patrimonial que en cuanto afecte exclusivamente a los cónyuges es de libre disposición, de manera que el eventual perjuicio que en el futuro pudiera producirse para el cónyuge renunciante no sería consecuencia sino de una determinación adoptada de manera libre, meditada y deliberada por quien siendo titular de su propio patrimonio puede disponer de él libremente⁽³⁾. Sobre todo se insiste en que no puede existir obstáculo alguno para su admisibilidad en tanto en cuanto se trata de un derecho ya nacido desde el momento de la declaración judicial de separación o divorcio judicial y que por tanto ya es exigible.

Como ya afirmaba la lejana STS 1.^a de 2 de diciembre de 1987 estamos ante «*un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacer valer o no, sin que el poder público pueda intervenir coactivamente en esta materia porque no es de orden público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; simplemente se pretende mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda mantener el nivel económico que tenía en el matrimonio*». En definitiva, se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales

(1) GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar*, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, p. 1661; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Lex Nova, 2003, p. 134, entre otros.

(2) Incluso la ya lejana Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995 incluía diversos argumentos jurídicos en favor de su admisibilidad.

(3) REBOLLEDO VARELA, A.L., «Pactos en previsión de la ruptura matrimonial», *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, vol. I, Aranzadi, 2008, p. 749.

de la justicia rogada y del principio dispositivo puesto que, como afirma la mentada resolución *«la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)»*, razón por la que, sigue diciendo, *«es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer»*.

Dentro de la Jurisprudencia menor, en la *SAP Barcelona 12.ª de 18 de febrero de 2002* se señala con claridad meridiana que es plenamente rechazable obviar la eficacia jurídica de un Convenio Regulador de separación matrimonial ratificado por sus suscribientes ante la presencia judicial y aprobado en sentencia dictada en proceso consensuado donde se contenía una renuncia a pensión compensatoria. La eficacia y validez genérica y abstracta de los términos de un Convenio así aprobado solo es susceptible de ser modificado por dos vías: Por el mismo cauce procesal seguido para su adopción, en el supuesto de que concurran nuevas circunstancias que alteren sustancialmente las que se tuvieron en cuenta, en el momento histórico de su aprobación, tal como determina el penúltimo párrafo del art. 90 CC y por el cauce procedimental del juicio declarativo de nulidad del Convenio Regulador de la separación y divorcio, cuando se ha prestado el consentimiento para la determinación de alguna de sus estipulaciones, con la concurrencia de los vicios de la voluntad que menciona el art. 1265 CC, referidos al dolo, violencia o intimidación o al error, en el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 1301 CC, siempre a instancia de alguno de los cónyuges y por la consecuencia de que en cierta forma el Convenio Regulador de los procesos matrimoniales constituye un negocio jurídico de derecho de familia, que exige de la concurrencia de los presupuestos esenciales que para todo contrato determina el art. 1261 CC, si bien está sujeto a la aprobación judicial como requisito ineludible para su eficacia jurídica en el proceso consensuado de separación o de divorcio.

En la *STSJ Cataluña 1.ª de 10 de julio de 2006* se afirma, con relación a su equivalente en la regulación catalana, que la pensión compensatoria es un derecho renunciabile. La argumentación que expone es perfectamente asimilable al Derecho Civil común cuando señala que si bien es cierto que no existe ningún precepto que expresamente lo establezca, tal renunciabilidad en Convenio Regulador no ofrece dudas ya que según el art. 76.2.b. del Código de Familia (y en el art. 90 F. del Código Civil) en el Convenio Regulador se puede pactar *«en su caso»* la pensión compensatoria que ha de satisfacer uno de los cónyuges al otro y la expresión *«en su caso»* pone claramente de manifiesto que la pensión compensatoria no se establece en la ley con carácter imperativo.

Por tanto puede considerarse la posibilidad de renuncia a la pensión compensatoria debe considerarse pacíficamente resuelto. Sin embargo, el hecho de que se admita judicialmente la posibilidad de renuncia expresa a la pensión compensatoria no significa que sea eficaz todo pacto de renuncia; ello supone el análisis del alcance en cada caso particular y podemos hablar así de posibles causas de ineficacia sobrevenida de la renuncia expresa a la pensión compensatoria. Existen al menos dos áreas donde puede aparecer algún motivo de ineficacia posterior de una anterior renuncia:

a) Existencia de vicios de consentimiento, fraude o abuso de derecho. La admisibilidad inicial de la validez genérica de la renuncia a la pensión compensatoria no excluye su posible impugnación por concurrencia de vicio del consentimiento (art. 1265 CC) o abuso de derecho (art. 7.2 CC). Sin necesidad de profundizar sobre los primeros, en relación con el fraude, la *SAP Zamora de 21 de abril de 2005*, entendió que aunque en el Convenio Regulador la esposa renunció a la pensión compensatoria, es procedente fijarla en el procedimiento de divorcio habida cuenta que aquella renuncia estaba justificada porque la esposa accedía a un empleo en una empresa del esposo, siendo despedida al poco tiempo por el mismo. También debe calificarse de casos de fraude aquellos supuestos en los que el otro cónyuge no ha cumplido con lo pactado en otra de las cláusulas (*SAP Valencia 10.ª de 24 de septiembre de 2007* y *SAP Tenerife 4.ª de 10 de mayo de 2004*).

b) Consideración del posible carácter alimenticio o asistencial de la prestación compensatoria concreta. Debe tenerse en cuenta que en los casos de separación legal en los que se haya establecido una pensión alimenticia en favor de uno de los cónyuges, si posteriormente se decreta el divorcio, aquella se extinguirá pues ya no existe vínculo de parentesco entre ambos⁽⁴⁾. En tales hipótesis, la cuestión que se plantea es la de si resulta posible «transformar» o «sustituir» una pensión alimenticia que se venía percibiendo como consecuencia de la separación, en una compensatoria en el proceso posterior de divorcio.

En general, la Jurisprudencia menor se ha venido mostrando favorable a dicha transformación, puesto que la pérdida del derecho a la prestación alimenticia establecido en procedimiento de separación previo puede originar un desequilibrio que justifique la percepción de una pensión compensatoria, siempre –naturalmente– que se den los presupuestos del art. 97 CC (*SAP Córdoba 1.ª de 2 de noviembre de 2000*, *SAP Barcelona 18.ª de 14 de abril de 2000*, *SAP de Barcelona 12.ª de 1 de febrero de 2001*). En ocasiones, por la imprecisión con la que se utilizan ambos conceptos, en la separación se ha fijado una pensión alimenticia, estimando que ésta hace las veces de la pensión compensatoria, razón por la cual no se solicitó esta última. En tales casos, algunas Audiencias entienden que si posteriormente se decreta el divorcio, debe mantenerse la prestación económica, aunque sea sustituyéndola conceptualmente (*SAP Jaén 2.ª de 15 de mayo de 1999*, *SAP Cantabria 1.ª de 26 de junio de 1998*).

Por su parte, el Tribunal Supremo, sobre la cuestión, y a través de la *STS 1.ª de 9 de febrero de 2010*, ha venido a afirmar con rotundidad que ni la extinción del derecho de alimentos genera, por si mismo, el derecho a obtener la pensión compensatoria ni la pérdida del derecho a los alimentos con el divorcio es determinante para fijar la concurrencia o no de desequilibrio. Para el Alto Tribunal la pensión compensatoria no es un sustituto de la de alimentos cuando ésta se extingue por divorcio pues ambas obedecen a causas y finalidades distintas⁽⁵⁾.

(4) Salvo que se haya establecido convencionalmente entre los cónyuges un contrato de alimentos por lo que se tratarán de alimentos voluntarios, no legales (*STS 1.ª de 4 de noviembre de 2011*).

(5) No obstante, a los efectos que aquí interesan, debe ponerse de relieve que en el caso enjuiciado, en el proceso de separación la esposa se había **reservado** expresamente en el Convenio Regulador de la separación el

4. Renuncia tácita a la pensión compensatoria

Algún comentario merece la posibilidad de su renuncia tácita una vez surgida y judicializada la ruptura matrimonial lo que puede acontecer en dos supuestos:

- Cuando en el Convenio Regulador de separación o divorcio no se hace referencia alguna a esta pensión en su clausulado.
- Cuando en la demanda de separación o divorcio no se reclama expresamente en el Suplico, es decir, cuando existe una ausencia de petición expresa de reconocimiento por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio o la solicitud es denegada en el proceso de separación.

Pues bien, debe decirse que la cuestión no plantea dudas si se produce una separación conyugal sin posterior divorcio o si se produce directamente el divorcio. En tales supuestos estaríamos, en efecto, en presencia de una renuncia tácita al percibo de la pensión lo que conlleva como consecuencia ineludible que quede vedado e impedido su planteamiento –y naturalmente su prosperabilidad– en un proceso posterior de Modificación de Medidas. La razón estriba en que el desequilibrio económico que hace surgir el derecho a la pensión, –derecho que deberá ser necesariamente fijado en la sentencia de separación o divorcio (arts. 97 y 100 CC)–, ha de valorarse precisamente en el momento en el que se produce el cese de la convivencia matrimonial, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores permitan su solicitud en momento posterior y en otro cauce procesal (*SAP Valladolid 1.ª de 25 de febrero de 2000*, *SAP Barcelona 18.ª de 19 de mayo de 2000*).

Pero ¿qué ocurre si primero se produce una separación (consensual o contenciosa) en la que, por el motivo que sea, no hay pronunciamiento en cuanto a la pensión compensatoria, y posteriormente se plantea el divorcio? Por lo que aquí interesa, en algunas resoluciones se ha entendido que la no inclusión de referencia alguna a la pensión compensatoria en el Convenio Regulador de la separación constituye una renuncia tácita a su reclamación posterior en un proceso de divorcio. A tenor de esta postura, si en el propio Convenio Regulador de separación no se hace referencia alguna a la pensión compensatoria debe interpretarse que o bien se renunció tácitamente a su concesión o bien no concurrían las circunstancias exigidas por el art. 97 CC para su concesión. Por lo dicho, en esta tesitura, la mayoría de las resoluciones de la Jurisprudencia menor entienden que si uno de los cónyuges pretende posteriormente en el proceso de divorcio, la determinación judicial de una pensión compensatoria debe procederse a su denegación por renuncia tácita anterior. DE este modo, la generalidad de las sentencias de las Audiencias nos demuestran que tanto la renuncia expresa o falta de fijación en el Convenio Regulador (*SAP Las Palmas 3.ª de 16 de junio de 2004*, *SAP Asturias 5.ª de 30 de mayo de 2003*, *SAP Navarra 3.ª de 4 de septiembre de 2001*, *SAP Barcelona 12.ª*

derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente, era el de divorcio, motivo por el cual –junto con la concurrencia de los requisitos del art. 97 CC– el Tribunal Supremo accede a su concesión a la esposa. Por tanto, para el Alto Tribunal a salvo de esta excepción (reserva expresa) la falta de solicitud en el proceso previo de separación (renuncia tácita) aun cuando se haya concedido una pensión de alimentos, impide la fijación de una pensión compensatoria en el proceso posterior de divorcio.

de 1 de febrero de 2001), como la falta de petición expresa de esta medida en el previo proceso contencioso de separación (SAP Madrid 22.^a de 27 de octubre de 2009, SAP Pontevedra 6.^a de 8 de octubre de 2009, SAP Málaga 5.^a de 27 de noviembre de 2003, SAP Valencia 10.^a de 7 de abril de 2005) o incluso su solicitud y denegación judicial (SAP Cáceres 1.^a de 29 de julio de 2005, SAP Las Palmas 3.^a de 28 de junio de 2006) impiden su planteamiento en el posterior proceso de divorcio. La argumentación fundamental que aportan estas resoluciones consiste en señalar que las medidas adoptadas en la separación que no sean de *ius cogens* no extienden por sí sus efectos al divorcio por lo que, si se quieren, habrán de ser expresamente solicitadas en la demanda o reconvencción del divorcio. Otro de los motivos argüidos es que el momento al que hay que acudir para valorar el desequilibrio económico que hace surgir al derecho de pensión: **aquel en que fue rota la convivencia** (STS 1.^a de 9 de febrero de 2010) por lo que los ulteriores acontecimientos que modifiquen la situación económica de uno de los cónyuges, si bien pueden tenerse en cuenta para una hipotética modificación de la pensión ya concedida, son irrelevantes para crear *ex novo* el derecho a percibir la pensión.

Por esta misma razón, en determinados casos, se sostiene incluso que la falta de reclamación o ejercicio durante un largo periodo desde la fecha de la separación de hecho hasta la presentación de la demanda judicial impide la concesión de pensión compensatoria en el proceso iniciado (SAP Madrid 24.^a de 19 de mayo de 2010, SAP Málaga 6.^a de 16 de junio de 2004, SAP Toledo 1.^a de 17 de julio de 2006), aunque debe señalarse que tampoco faltan resoluciones de la Jurisprudencia menor que no tienen en cuenta este dato fáctico y proceden a la fijación de pensión compensatoria tomando como momento determinante de valoración del desequilibrio económico la fecha de la separación o divorcio judicial (SAP Málaga de 28 de septiembre de 1994), posición que es rechazada doctrinalmente⁽⁶⁾.

Frente aquellas tesis, tampoco han faltado posiciones doctrinales⁽⁷⁾ y resoluciones de las Audiencias Provinciales⁽⁸⁾ que estiman que, en concreto, la ausencia de pacto sobre la pensión en el Convenio Regulador o la falta de solicitud en el proceso de

(6) ECHEVARRÍA DE RADA, T., «La pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: algunos aspectos problemáticos derivados de su actual regulación», Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1950, 2003, pp. 12 y 13.

(7) CAMPUZANO TOMÉ, H., *La pensión por desequilibrio económico en la separación y divorcio*, Bosch Editor, 1994, pp. 215 y 216. Sin embargo entiende ROCA TRÍAS, E. (*Comentario del Código Civil*, Edersa, 1983, p. 411), que no parece que deba entenderse renunciada tácitamente la pensión cuando no se pida en el Convenio, ni en el proceso, porque la reclamación de la pensión está sujeta a plazo de prescripción y mientras éste no transcurra, puede ejercitarse. PÉREZ MARTÍN, A., *Derecho de Familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas*, 4.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 198, manifiesta que la expresión «en su caso» quiere decir que «el convenio regulador deberá referirse a la pensión compensatoria únicamente cuando exista ese desequilibrio económico, ya que en caso de no existir es una cláusula accesoria que no necesita ser incluido en el mismo». Lo anterior, sin perjuicio de que lo más práctico sea incluir en el convenio regulador una cláusula en la que se haga constar la improcedencia de la pensión por la inexistencia del desequilibrio. Ahora bien, este autor estima que la no inclusión de una cláusula relativa a la pensión compensatoria no puede interpretarse como renuncia tácita, puesto que la renuncia o exclusión de un derecho ha de ser expresa para que tenga virtualidad jurídica.

(8) SSAP de Murcia de 9 de marzo de 1993, Pte.: Carrillo Vinader; de Ávila, de 4 de abril de 1994 y de Madrid, de 12 de enero de 2001, Pte.: Neira Vázquez, citadas por ECHEVARRÍA DE RADA, T., «La pensión

separación no impide su posterior planteamiento porque tales ausencias no implican renuncia alguna ya que la exclusión voluntaria del derecho ha de ser expresa para que tenga virtualidad jurídica, postura que encuentra el disfavor doctrinal de algunos autores⁽⁹⁾. Otras resoluciones de la Audiencia menor abren también la posibilidad de plantear el reconocimiento de la pensión compensatoria en el posterior proceso de divorcio aunque no se solicitara ni reconociera en el Convenio Regulador de separación valorando la posible existencia de un cambio de circunstancias sobrevenidas entre la separación y el divorcio (cláusula «*rebus sic stantibus*»). Estas resoluciones reconocen la pensión en el juicio posterior de divorcio siempre atendiendo a que el desequilibrio existiese desde la separación y no sea situación nueva al momento de decidirse el divorcio, es decir el derecho a percibir esta pensión descansa en dos presupuestos o requisitos objetivos esenciales: a) la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos; y b) que esta situación económica desventajosa para uno de los cónyuges sea consecuencia directa y esté vinculada causalmente al hecho de la separación o divorcio, y no a cualesquiera otras circunstancias ajenas o sobrevenidas a la crisis matrimonial. Estas Sentencias de la Jurisprudencia menor interpretan que en el proceso de divorcio se puede y se debe analizar, a instancia de cualquiera de las partes, la posibilidad de que con posterioridad a la suscripción del Convenio Regulador en el que no se ha solicitado pensión compensatoria ni reconocimiento judicial del mismo, se hayan podido producido cambios de circunstancias, que afecten a la procedencia de la pensión por lógica imposición del principio «*rebus sic stantibus*» y del propio Código Civil (SAP Segovia 1.ª de 20 de julio de 2007)⁽¹⁰⁾.

Finalmente, como posición intermedia, existen diferentes resoluciones judiciales que exigen algo más para que el silencio en el Convenio Regulador se valore como renuncia tácita; en concreto exigen que de las circunstancias concurrentes se deduzca tal renuncia tácita sin que la simple ausencia del pacto sea suficiente para deducirla (SAP Pontevedra 1.ª de 11 de noviembre de 1997).

Finalmente, cabe también plantearse la problemática desde el punto de vista contrario: Si en el previo proceso de separación se determinó (convencional o judicialmente) una pensión compensatoria pero posteriormente no se plantea ni se fija (convencional o judicialmente) en el proceso de divorcio ¿debe entenderse que queda extinguida la pensión compensatoria por haberse renunciado tácitamente a la misma en el divorcio y se carecería de título para instar su ejecución? La respuesta debe ser afirmativa en tanto en cuanto resulta Jurisprudencia pacífica la que determina que las medidas de divorcio sustituyen en su integridad a las de separación (AAP Madrid 24.ª de 24 de octubre de 2002, de 24 de julio de 2006, de 19 de octubre de 2006, SAP Madrid 24.ª de 28 de mayo de 2007, SAP Cantabria 4.ª de 16 de noviembre de 2005, STS 1.ª de 1 de octubre de 2004, ATC 1.ª de 22 de diciembre de 2008). Y a la misma conclusión ha de

compensatoria...», *op. cit.*, p. 10, con cita a su vez de PÉREZ MARTÍN, *Derecho de familia. El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, 3.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 671.

(9) ECHEVARRÍA DE RADA, T., «La pensión compensatoria...», *op. cit.*, p. 10.

(10) Ello no obstante en esta resolución se desestimó la solicitud de pensión compensatoria en el proceso de divorcio al entender que no se reunían los requisitos necesarios para que se tuviera derecho a su percibo.

LOS PACTOS ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ART. 97 CC

llegarse para el caso de medidas definitivas de separación o divorcio si se han adoptado previamente Medidas Provisionales o Provisionalísimas. Y es que, en efecto, numerosa Jurisprudencia sostiene que las medidas que deben ser adoptadas en el juicio de divorcio lo son con independencia de las que se adoptan en el juicio de separación, sin que lo acordado en Medidas Provisionales de separación o en el propio procedimiento de separación sea vinculante para la resolución judicial, respecto de la que únicamente tendrá una función meramente orientativa (*SAP Segovia 1.ª de 20 de julio de 2007*). Frente a la postura positiva a favor de la extinción, otras resoluciones entienden, en cambio, que debe mantenerse la eficacia de la pensión compensatoria fijada en previa separación en el posterior divorcio si en la demanda de divorcio no existe una solicitud expresa de extinción, normalmente por parte del esposo (*SAP Bizkaia 4.ª de 4 de julio de 2008*, *SAP Bizkaia 4.ª de 29 de mayo de 2009*, *STC 2.ª de 10 de diciembre de 1984*).

Ahora bien, no obstante todo lo dicho hasta aquí respecto de la renuncia tácita, si a pesar de no haberse solicitado en el Convenio Regulador de la separación, los cónyuges, en el posterior proceso de divorcio, convienen mutuamente la fijación convencional de una pensión compensatoria, no puede existir obstáculo a su aprobación judicial.

5. Reserva expresa de la pensión compensatoria en la separación para su posterior reclamación el proceso de divorcio

Precisamente para evitar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de interpretar que existe renuncia tácita por falta de fijación convencional en la separación, existe la posibilidad de pactar en el Convenio Regulador que uno de los cónyuges se reserva el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente, se tratará del divorcio (*STS 1.ª de 9 de febrero de 2010*).

II. PACTOS ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA ANTES DE LA RUPTURA MATRIMONIAL

De inicio ha de recalcar que, de manera genérica, la Jurisprudencia admite sin ambages la fuerza vinculante «*inter partes*» de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial: En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden señalarse las *SSTS 1.ª de 31 de marzo de 2011*, *9 de febrero de 2010*, *de 22 de abril de 1997* y *de 25 de junio de 1987*.

Pero más específicamente parece que no debe ofrecer ninguna duda la posibilidad de pactar anticipadamente a la ruptura matrimonial con relación a la pensión compensatoria. En efecto, del tenor literal del propio art. 97 CC se desprende que la primera fuente de regulación de la prestación compensatoria por desequilibrio es la autorregulación de los propios cónyuges cuando señala que «...*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en Sentencia, determinará su importe...*». El precepto no distingue si ese acuerdo es actual o fue anticipado a la ruptura. De este modo, diversas resoluciones judiciales otorgan a los acuerdos previos a los que hayan podido llegar los cónyuges a la categoría de primera fuente de regulación en la materia. Así la *SAP Tenerife 1.ª*

de 7 de julio de 2008 fue respetuosa con el pacto alcanzado por los cónyuges antes de contraer matrimonio que tenía el siguiente tenor literal: «En caso de divorcio, sea cual fuere la parte contratante que lo solicite, D.^a Gema recibirá una suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros) en compensación para cada año matrimonial transcurrido». Se sostiene en la resolución que el pacto es absoluta y plenamente valido, discutiéndose únicamente su alcance y valoración, en concreto, el número de años o porción de éstos en los que existió matrimonio.

La Jurisprudencia enfatiza que tales acuerdos entre los cónyuges en lo que afecta a la pensión compensatoria han de cumplirse en sus propios términos al referirse la materia objeto de pacto a un interés meramente patrimonial de los cónyuges en cuya autorregulación ha de aplicarse el principio dispositivo del que gozan las partes (SAP Albacete 1.^a de 8 de octubre de 2002) y sólo procedería apreciar y valorar si posteriormente aparece una alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuges para modificar, si fuera posible, su cuantía, de conformidad con lo dispuesto en el art. 100 CC o si concurren causas para declarar, si fuera posible, la extinción del derecho previstas en el art. 101 CC (SAP Barcelona 12.^o de 22 de julio de 1999). Afinando aún más en lo relativo a esta posible «alteración de circunstancias», la STSJ Cataluña 1.^a de 18 de septiembre de 2008 advierte que el pacto por el que los esposos litigantes regulen privada y libremente las consecuencias patrimoniales de su futura separación judicial, entre ellas la cantidad en concepto de prestación compensatoria, debe considerarse válido y los interesados no pueden desligarse de él, pues ese acuerdo les obliga como ocurre con cualquier contrato, sin que una pretendida «autonomía» del procedimiento de divorcio respecto a la previa situación de separación suponga por sí sola una «alteración de circunstancias» que justifique el desconocimiento en aquél de lo libremente pactado por aquéllos.

Los pactos que pueden alcanzar anticipadamente los cónyuges pueden ser de diferente índole:

1. Fijación de la pensión compensatoria antes de la ruptura matrimonial

Como ha quedado ampliamente desarrollado en el epígrafe dedicado a la fijación de la pensión tras la ruptura, los cónyuges no solamente podrían pactar anticipadamente su cuantía sino también su modalización: prestación única o pago periódico, limitaciones de carácter temporal o por tiempo indefinido, causas de extinción... En este punto, la normativa del Código Civil no es tan explícita pues habla de «acuerdo para señalar su importe» pero bajo un argumento «a fortiori» de que quien puede lo más puede lo menos, entendemos perfectamente admisible pactar la modalización de su pago. Por su parte, la normativa catalana contenida en el Código de Familia de 1998 era tan poco explícita al respecto como el Código Civil por lo que, con mayor desarrollo, en la Ley 25/2010 del Libro II del Código Civil de Cataluña se recoge expresamente en su art. 233-16.1 que «En previsión de ruptura matrimonial se puede pactar sobre la modalidad, la cuantía, la duración y la extinción de la prestación compensatoria de conformidad con el artículo 231-20».

Finalmente conviene resaltar que no deben confundirse este tipo de acuerdos fijando la cuantía o la modalización del pago de la pensión compensatoria con los pac-

tos que señalan una indemnización o cláusula penal por la ruptura. La *SAP Almería 2.ª de 17 de febrero de 2003* en relación al pacto del siguiente tenor: «*En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a D.ª Marcelina en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal*», dispone que este tipo de cláusulas son nulas por aplicación del art. 1328 CC, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. Obsérvese que se señala una indemnización con independencia de la prestación compensatoria del art. 97 CC. Se argumenta que, de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el art. 32.2 de la Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges pues colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial. Asimismo el Tribunal entiende que se atenta contra el principio de igualdad de los cónyuges desde el momento en que la convivencia matrimonial se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual.

2. Renuncia expresa a la pensión compensatoria antes de la ruptura matrimonial

Mayores dudas surgen sin embargo en cuanto a la posibilidad de renunciar anticipadamente a la pensión compensatoria. En este caso no hablamos de un acuerdo anticipado a la ruptura fijando la cuantía de la prestación sino de la posibilidad de pacto abdicativo respecto al derecho mismo a su percibo. Ciertamente, la cuestión de la admisibilidad de la renuncia anticipada a la prestación compensatoria del art. 97 CC daría para una elaboración una tesis doctoral y existen argumentos tanto para sostener una respuesta afirmativa como negativa. En la resolución doctrinal y jurisprudencial del asunto en ocasiones se solapan argumentos de su admisión genérica (validez) con los de su admisibilidad (eficacia) en el caso concreto, circunstanciado y contextualizado.

Para comenzar, en relación a la posibilidad de renuncia a la pensión compensatoria con anterioridad a la ruptura matrimonial, como un primer argumento para negar su validez y eficacia se suele argüir que en las leyes autonómicas sobre uniones de hecho se indica que la libertad de pactos entre convivientes está limitada por los derechos mínimos que la propia ley reconoce que son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. En consecuencia, si se entendiera que la pensión por desequilibrio, que prevén algunas de estas leyes, es un derecho mínimo, esa pensión no sería renunciable hasta el momento en que se puede exigir; es decir, hasta que cesa la convivencia y se acredita la situación de desequilibrio. Sin ser desdeñable el argumento, entendemos que no es definitivo pues la previsión legal simplemente puede obedecer una opción

de política legislativa relativa a las uniones de hecho que no tiene por que ser aplicable al matrimonio.

En la Jurisprudencia menor, en contra de su admisión, la *SAP Asturias 5.ª de 12 de diciembre de 2000*, sostuvo que la renuncia a la pensión compensatoria del art. 97 CC efectuada antes de la crisis matrimonial debe reputarse nula de pleno derecho. El argumento esgrimido es que se trataría de una renuncia a un derecho futuro, hipotético e incierto que sólo nace temporalmente en el momento de la ruptura matrimonial y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio debiendo tenerse en cuenta al respecto, que la renuncia a los derechos o beneficios otorgado o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del denunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer. Se dice que debe tenerse en cuenta que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, o sólo se puede renunciar a lo que existe, esto es, que no se puede renunciar a un derecho a la sazón inexistente. En la misma línea se mueven las *SAP Girona 1.ª de 1 de marzo de 2004*, *SAP Málaga 6.ª de 18 de febrero de 2008*.

Sin embargo, frente a aquellos argumentos, en apariencia contundentes, en la Doctrina, aunque con alguna excepción⁽¹¹⁾, predomina la idea de la validez genérica de la renuncia al derecho a pensión compensatoria efectuada antes de producida la crisis matrimonial. Se señala, por un lado, que el art. 1271 CC admite como objeto de los contratos las cosas o derechos futuros y este contrato, como todos, deberá respetar los límites de la ley, la moral y el orden público⁽¹²⁾. Por otro, que el art. 6.2 CC permite, junto a la renuncia de derechos ya nacidos, la exclusión voluntaria de la ley aplicable siempre que no sea contraria al orden público ni perjudique a terceros lo que legitimaría a los cónyuges para separarse del régimen legal de una norma concreta, el art. 97 CC. Es decir, se trataría de una renuncia a la adquisición de un derecho que por la normal aplicación de la ley se llegaría a tener⁽¹³⁾. A mayor abundamiento, se argumenta que tampoco se cohonestaría con la renuncia regulada en el art. 6.2 CC cuya expresa excepción no depende de la condición futura del derecho renunciado sino precisa-

(11) GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al art. 97» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. II: *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, EDESA, 1982, p. 433; CABEZUELO ARENAS, A.L., «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2004, p. 2390.

(12) GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales...», *cit.*, p. 1661; EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», *cit.*, p. 1569; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad», *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, 2009, p. 111.

(13) LÓPEZ MARCO, P., «Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio», *Revista de Derecho de Familia*, octubre 2007, p. 310; PASTOR VITA, F.J., «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en Capitulaciones Matrimoniales», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, 2003, p. 40; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 82, septiembre, 2008, p. 5.

mente que no sea contraria a la orden público ni perjudique a tercero⁽¹⁴⁾. Y en efecto, no faltan apoyos jurisprudenciales a estas posiciones: La *STS 1.ª de 22 de octubre de 1999*, con relación a un pacto de compensación económica para el desalojo y renuncia a derecho de retorno de un arrendatario de vivienda aún en expectativa de ocuparla, resalta que es posible renunciar a una expectativa de derecho, por cuanto es perfectamente posible que, ante cualquier situación de futuro que incrementase el patrimonio de una persona pueda ésta, de antemano, dentro de su libertad contractual, negociar tal cuestión; la *SAP Madrid 10.ª de 22 de junio de 2002* señala que la renuncia de los derechos reconocidos por la ley, admitida con carácter general por el art. 6.2 CC, puede definirse como la declaración jurídica de voluntad por la cual un sujeto separa de su propia esfera jurídica un Derecho subjetivo, expectativa, facultad, pretensión, beneficio, seguridad, garantía o posición jurídica, distinguiéndose las especies de renuncia abdicativa, preventiva o reconocitiva según venga referida, respectivamente, a un derecho adquirido, deferido o simplemente dudoso o controvertido.

Se señala además por la Doctrina que no es cierto que no se pueda renunciar a un derecho que no ha nacido porque el Código Civil contiene ejemplos de lo contrario: el art. 1102 CC al prohibir expresamente la renuncia a las acciones de indemnización por incumplimiento por dolo, permite «*a sensu contrario*» renunciar a las acciones por negligencia. Además, cuando el legislador quiere realzar el carácter irrenunciable de un derecho lo establece así expresamente⁽¹⁵⁾, todo lo contrario que el art. 97 CC que queda configurado como un derecho subjetivo, entregado al arbitrio de las partes sin que deba intervenir en ningún aspecto y de modo coactivo el poder público⁽¹⁶⁾.

En la Jurisprudencia, diversas resoluciones han admitido la validez, eficacia y valor vinculante de una renuncia expresa a la pensión compensatoria del art. 97 CC efectuada en momentos anteriores a la judicialización de la ruptura bien en Capitulaciones Matrimoniales, bien en Convenios privados o en Convenios de separación de hecho. La *SAP Tenerife 3.ª de 30 de noviembre de 2001*, dio validez a la renuncia a la pensión compensatoria contenida en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada antes de contraerse el matrimonio. La *SAP Madrid 24.ª de 27 de noviembre de 2002*, no fijó pensión compensatoria al constar la renuncia previa en Capitulaciones matrimoniales, si bien hay que aclarar que además, basó dicho pronunciamiento en la escasa duración del matrimonio. La *SAP Barcelona 18.ª de 19 de enero de 2006*, no fijó pensión compensatoria al haberse renunciado a ella en las Capitulaciones matrimoniales. La *SAP A Coruña 5.ª de 4 de abril de 2006* es muy más clara respecto a esta cuestión admitiendo abiertamente que la renuncia efectuada antes de contraerse matrimonio es plenamente eficaz y debe producir todos sus efectos en el posterior procedimiento de separación o divorcio que se siga entre las partes. La *SAP Madrid 22.ª de 27 de febrero de 2007* analizó la renuncia a la pensión compensatoria en Capitulaciones

(14) GARCÍA RUBIO, M.P., «Acuerdos prematrimoniales...», *cit.*, p. 1661.

(15) El Código Civil regula diferentes supuestos de irrenunciabilidad de derechos. Así, en los arts. 646, 652 y 655; 1102; 1935 y 151; 1476 y 1477 o en el art. 1814.

(16) ROCA TRÍAS, E., «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», *Libro Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 2, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 2136 y 2137.

matrimoniales otorgadas con anterioridad a celebrarse el matrimonio estableciendo el criterio de que no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, a la que se refiere el art. 6.2 CC, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho. Por último, la *SAP Valencia 10.ª de 31 de enero de 2008*, entendió que no procedía fijar pensión compensatoria en el divorcio ya que la esposa había renunciado a ella en las Capitulaciones matrimoniales que se otorgaron siete años antes de dictarse la sentencia de divorcio y en las que los cónyuges establecieron el régimen de separación de bienes.

Sirvan también de ejemplo en este sentido, las *SAP Barcelona 12.ª de 19 de noviembre de 1999*, *SAP Barcelona 12.ª de 17 de marzo de 2000*, *SAP Valladolid 3.ª de 13 de mayo de 2002* y *STSJ Cataluña 1.ª de 10 de julio de 2006*. De esta manera, en los casos enjuiciados en estas resoluciones no existió ningún obstáculo para admitir plenamente la validez de los pactos previos a la crisis conyugal en la que uno de los cónyuges renunciaba de la pensión compensatoria de modo que surtieron plena eficacia.

Sin embargo, y de manera análoga a lo que sucedía en los casos de renuncia una vez judicializada la ruptura, el hecho de que se admita judicialmente la posibilidad no significa que sea eficaz todo pacto de renuncia; ello supone el análisis del alcance en cada caso particular y podemos hablar así de posibles causas de ineficacia sobrevenida de la renuncia expresa anticipada a la pensión compensatoria. Así, existen al menos tres áreas donde puede aparecer algún motivo de ineficacia posterior del pacto previo de renuncia:

- Existencia de vicios de consentimiento o abuso de Derecho.
- Consideración del posible carácter alimenticio o asistencial de la prestación compensatoria concreta.
- Ineficacia sobrevenida por cambio de circunstancias (cláusula «*rebus sic stantibus*»).

Precisamente esta es la filosofía que late en la reciente Ley 25/2010 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la familia y persona cuando, partiendo de la admisibilidad genérica de pactos previos renunciando a la pensión compensatoria (art. 233-16), señala los posibles límites a su eficacia: Evitación de vicios del consentimiento o abuso del Derecho a través de la obligatoriedad de su otorgamiento notarial (art. 231-20.2.3), la posibilidad de ineficacia sobrevenida por cambio de circunstancias (art. 231-20.5) y la consideración del posible carácter alimenticio o asistencial de la prestación compensatoria concreta (art. 233-16.2). De este modo, la Ley catalana opta por la admisión expresa de estos pactos previos de renuncia pero en términos tales que, sin poder decirse estrictamente que los obstaculiza, los somete a unos requisitos de fondo y forma tan exigentes que implican que las consecuencias económicas de la ruptura matrimonial no se rijan exclusivamente por la voluntad de los cónyuges⁽¹⁷⁾.

(17) REBOLLEDO VARELA, A.L., «Pactos en previsión...», *cit.*, p. 755.

a) Existencia de vicios de consentimiento o abuso de Derecho. La Doctrina se muestra conforme en que la admisibilidad inicial de la validez de los pactos previos de renuncia a la pensión compensatoria no excluye su posible impugnación por concurrencia de vicios del consentimiento (art. 1265 CC) o de abuso de derecho (art. 7.2 CC) en el momento de su otorgamiento lo que podría llevarse a cabo no necesariamente mediante una acción de nulidad sino también en el ámbito de no homologación por parte del Juez de los acuerdos entre cónyuges.

Como advierte la Doctrina⁽¹⁸⁾, la existencia de vicios de consentimiento difícilmente ocurrirá si se pacta en Capitulaciones Matrimoniales debido a la presencia del Notario en su suscripción. Por ello, para algunos autores⁽¹⁹⁾, la libre formación de la voluntad en los acuerdos matrimoniales previsorios conduce necesariamente a remarcar la importancia de la forma, esto es, a la obligatoriedad del documento público (escritura notarial). En este sentido se expresa la reciente *STSJ Cataluña 1.ª de 12 de julio de 2012*, en aplicación de la mentada nueva regulación catalana (art. 231-20.2.3 de la Ley 25/2010) que exige esta forma solemne declarando la falta de validez del pacto de renuncia de derechos del cónyuge hecho en documento privado.

No lo entienden así ni la *STS 1.ª de 3 de febrero de 2006*, ni la *STSJ Cataluña 1.ª de 10 de julio de 2006* (aplicando la anterior regulación catalana), donde se proclama la validez de los pactos previos en previsión de la ruptura para cuyo otorgamiento no se considera necesario el sometimiento a ninguna forma en especial. Se añade en estas resoluciones que a los pactos de renuncia a la pensión compensatoria no le son aplicables los requisitos formales del Convenio Regulador, sin perjuicio de que el Convenio Regulador pueda contener el pacto de los cónyuges sobre la pensión compensatoria, ni mucho menos pueden serle exigibles los establecidos para los Capítulos Matrimoniales. De este modo se entiende que consentimiento o voluntad real y forma documental solemne no tienen porque ir unidos con tal que se cumplan los requisitos mínimos imprescindibles del art. 1261 CC. Aun con todo, deben aparecer serias dificultades para la admisión de pactos de carácter verbal de renuncia, como acaece en la *SAP Asturias 6.ª de 8 de junio de 2009*, donde el demandante sostiene que la ex esposa renunció a la percepción de la pensión compensatoria en una conversación verbal anterior a la presentación de la demanda. Argumenta la resolución que la renuncia, que no ha sido ratificada en la declaración prestada en el acto del juicio, no reúne los requisitos necesarios para darle la eficacia jurídica que le es propia pues no es clara o concluyente, habiéndose realizado además en un contexto tratando de evitar la persecución de que era objeto.

La conclusión a la que podemos llegar es que «*lege data*» este tipo de pactos pueden acordarse en documento privado y sin intervención notarial porque ningún precepto del Código Civil obliga a su otorgamiento a través de dicho instrumento pero los riesgos que se corren en cuanto a la posible presencia de vicios de consentimiento, errores o abusos son ciertamente altos por lo que, en el plano práctico (y «*lege ferenda*»), debe remarcarse la conveniencia de la utilización del documento público.

(18) PASTOR VITA, F.J., «La renuncia anticipada...», *cit.*, p. 45.

(19) EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», *cit.*, p. 4562.

b) Consideración del posible carácter alimenticio o asistencial de la prestación compensatoria concreta. Precisamente debido a la naturaleza diversa de esta prestación puede ocurrir que la pensión compensatoria a la que tenga derecho uno de los cónyuges lleve insita una parte de pensión alimenticia o asistencial que, de conformidad con el art. 151 CC, es irrenunciable.

De esta manera, para la Doctrina⁽²⁰⁾ no podrían ser eficaces los pactos de renuncia en aquello que comprometan la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor. Ello supone que, en esa parte de la pensión no cabe renuncia alguna, ni previa ni actual, de modo que al menos en esa parte, debería declararse la nulidad del pacto de renuncia lo que en términos prácticos significa la modulación o reducción por el Juez de la cantidad a abonar por este concepto. Sobre tal cuestión se expresa nuevamente (si bien para denegar la nulidad de la renuncia solicitada) la *STSJ 1.ª Cataluña 10 de julio de 2006*, señalando que aunque resulta válida y eficaz la renuncia efectuada de manera clara y terminante, no resulta diáfana en especial en situaciones de desequilibrio con dificultades para lograr un mínimo digno de subsistencia, de manera que, en tales casos, habrá que proyectar estas tesis sobre cada caso y observar si, renunciada una pensión compensatoria, el Tribunal ha de subvenir al cónyuge necesitado cuando el mismo no tenga otro remedio de subsistencia, considerando que aquella renuncia se hizo «*rebus sic stantibus*». También se alineó con esta tesis la *SAP Las Palmas 5.ª de 12 de noviembre de 2003*.

Por consiguiente y en síntesis, si la renuncia previa conlleva que uno de los cónyuges no pueda, dentro de los límites que marca un decoro mínimo, atender a su subsistencia, debe estimarse que el acuerdo es gravemente perjudicial y el juez debe negarse a darle eficacia.

c) Ineficacia sobrevenida por cambio de circunstancias (cláusula «*rebus sic stantibus*»). Al hilo de lo anterior y elevando a una categoría más genérica la anterior causa de ineficacia, a juicio de la Doctrina⁽²¹⁾ tampoco deben ser eficaces los pactos de renuncia previa si se acredita posteriormente que han sobrevenido circunstancias relevantes en la convivencia matrimonial que no se previeron ni se pudieron razonablemente prever en el momento de su otorgamiento.

Se sostiene que cuando se produce una alteración sustancial de las bases del negocio («*rebus sic stantibus*») no puede mantenerse su eficacia, al menos totalmente. De este modo, el Juez debe modular o corregir la renuncia. Ello, se dice, tiene su fundamento en la Doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica de que la concesión de la pensión compensatoria tiene por causa que la justifica el desequilibrio económico entre cónyuges producido al momento de la separación matrimonial y su fijación debe atender siempre a la situación fáctica concurrente en aquel momento.

Esta tesis es la que asume la *SAP Granada 3.ª 19 de mayo de 2001*, donde, a pesar de reconocer la validez y licitud genérica de la renuncia a pensión compensatoria en

(20) EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», *cit.*, pp. 4564 a 4568.

(21) EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», *cit.*, p. 4567; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad», *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, 2009, p. 111; CABEZUELO ARENAS, A.L., «¿Es válida...», *cit.*, p. 2387.

Capitulaciones Matrimoniales años antes de la separación, se señala que es un hecho constatado, y no negado por el marido, que la esposa antes de casarse trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse y desde entonces, ésta no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. A tenor de esta resolución, esta circunstancia ya es suficiente para sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, solicitar la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 CC. Se añade que se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del Tribunal Supremo que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento. Es más, como se daban las circunstancias para obtener el derecho a la pensión compensatoria del art. 97 CC, la resolución se la concede a la esposa. Esta Doctrina jurisprudencial vendría a ser una traslación de los razonamientos que se aplican en el proceso de divorcio cuando existe una previa separación de mutuo acuerdo y se produce un cambio de circunstancias desde uno y otro momento. Valga de ejemplo la *SAP Segovia de 20 de julio de 2007*, cuando advierte que aunque exista un Convenio Regulador de separación entre los litigantes en el que no se reconoce pensión compensatoria a ninguno de los cónyuges, en el proceso de divorcio contencioso se puede y se debe analizar, a instancia de cualquiera de las partes, la posibilidad de que con posterioridad a la suscripción del Convenio y reconocimiento judicial del mismo, se hayan producido cambios de circunstancias (*«rebus sic stantibus»*), que afecten a la procedencia de nuevas medidas reguladoras.

Sin embargo, para algunos autores de la Doctrina, si esto es así, la amplitud de la excepción hace prácticamente inviable la regla de la renunciabilidad previa de la pensión compensatoria salvo casos en los que en el momento de la separación judicial no exista desequilibrio o en que el desequilibrio ya existiera cuando se renunció. De hecho, existen autores⁽²²⁾ que consideran que no es una solución correcta pues entienden que falta uno de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para admitir la concurrencia de la cláusula *«rebus sic stantibus»*: la imprevisibilidad de esa alteración sustancial sobrevenida; cuando los cónyuges o futuros cónyuges estipulan anticipadamente la renuncia a la pensión, ignorando la duración y estabilidad futura de su matrimonio, es razonable prever que puedan producirse con el transcurso del tiempo cambios o alteraciones en su situación personal, laboral o familiar que no tuvieron en cuenta al pactar la renuncia.

Por otra parte, con respecto a la posible aplicación de la cláusula *«rebus sic stantibus»* cabe preguntarse: ¿Qué características habrían de tener los hechos que se invocan para que se produzca tal alteración de circunstancias? La Jurisprudencia señala, en primer lugar, que los hechos invocados a tal fin han de ser unos posteriores al tiempo de la adopción de las medidas que se pretenden revisar, y en segundo lugar, que deben gozar de una entidad importante (*«sustancial»*), que es lo que permitirá una modificación, que siempre ha de tener una índole excepcional (*SAP Granada 3.ª de 4 de marzo de 2002*).

(22) PASTOR VITA, F.J., «La renuncia anticipada...», *cit.*, p. 54.

Finalmente, parte de la Doctrina⁽²³⁾ entiende que en realidad las posibles causas de ineficacia de algunos pactos concretos encajan con los términos del art. 90.2 CC cuando condiciona la aprobación judicial de las disposiciones del Convenio Regulador a que no sean «*gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges*» y con los del art. 1328 CC cuando prohíbe los pactos en las Capitulaciones Matrimoniales «*que limiten la igualdad de derechos que correspondan a ambos*». De este modo, un pacto de renuncia a la pensión compensatoria que situara a uno de los esposos en una posición de precariedad económica y clara desigualdad no podría ser eficaz ni en Convenio Regulador ni en pacto previo ni en Capitulaciones Matrimoniales. Para otros autores⁽²⁴⁾ sin embargo, tales referencias son auténticas reminiscencias históricas que parten de la idea preconcebida de debilidad de la esposa, de tal modo que el único límite que habría de imponerse a la eficacia de las renunciaciones serían la existencia de algún vicio del consentimiento o un posible cambio de circunstancias sobrevenida. Y ciertamente estas renunciaciones no suelen ser gratuitas, sino que se insertan en el contexto de acuerdos de contenido económico entre los cónyuges que conllevan una contrapartida patrimonial normalmente derivada de la liquidación del régimen económico matrimonial⁽²⁵⁾ de tal manera que difícilmente aparecerán «*graves perjuicios*» o «*desigualdad de derechos*» para uno de los cónyuges.

3. Renuncia tácita a la pensión compensatoria antes de la ruptura matrimonial

Una reflexión merece la posibilidad de admitir la renuncia tácita a la pensión compensatoria previamente a la ruptura matrimonial interrogándonos si cuando los cónyuges pactan el régimen de separación de bienes se está renunciando tácitamente a la pensión compensatoria.

En relación a la cuestión, el Tribunal Supremo ha señalado que, aunque los cónyuges pacten un régimen de separación de bienes y disuelvan y liquiden la sociedad de gananciales y pacten un régimen de separación de bienes, por esos meros actos, no cabe extraer la conclusión de que la asumida independencia económica alcanza hasta el punto de significar una renuncia tácita a la pensión que por desequilibrio pudiera corresponderle a uno de los cónyuges ante una eventual ruptura conyugal. (STS 1.^a de 10 de marzo de 2009). Se argumenta en esta resolución que «*la redacción del Pacto IV, se desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos «de cualquier tipo y en cualquier circunstancia», era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de gananciales que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil*».

(23) EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», *cit.*, p. 4572; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Consecuencias...», *cit.*, p. 112.

(24) REBOLLEDO VARELA, A.L., «Pactos en previsión...», *cit.*, p. 752.

(25) PASTOR VITA, F.J., «La renuncia anticipada...», *cit.*, p. 52.

LOS PACTOS ENTRE CÓNYUGES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ART. 97 CC

En efecto, además, es posible que esta circunstancia (la liquidación del régimen de gananciales y la instauración de la separación de bienes) pueda cobrar especial importancia en la determinación del desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria, en la medida en que conlleva la realización de atribuciones patrimoniales (*SAP Valladolid 1.ª de 24 de enero de 2002*) pues la existencia de patrimonios separados no impide, por sí mismo, apreciar el desequilibrio económico que da derecho a la pensión (*STS 1.ª de 8 de mayo de 2012*). Esta resolución declara con rotundidad que es posible acordar la pensión compensatoria en matrimonios bajo el régimen económico de separación de bienes, siempre que se produzca el desequilibrio exigido a uno de los cónyuges durante la separación o el divorcio, añadiendo que el régimen de bienes deberá tenerse en cuenta entre los diversos factores que determinan la concurrencia de dicho desequilibrio.

LA RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EL REGLAMENTO DEL CONSEJO (CE) 2201/2003 EN CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

ESTHER SUSIN CARRASCO

Abogada

RESUMEN

La relación entre la Convención de La Haya de 1980 y el Reglamento del Consejo (CE) 2201/2003 en casos internacionales de traslado ilícito de menores

Durante más de 30 años el instrumento principal en los casos de traslado ilícito de menores en Europa y en todo el mundo ha sido el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del traslado internacional de niños. Desde el 1 de marzo de 2005 en el espacio de la Comunidad Europea existen nuevas normas que se encuentran en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos matrimoniales y en asuntos de responsabilidad parental.

Se trata de fijar cual es la relación entre ambos instrumentos, cuando se aplica el artículo 13 (1) b) y 13 (2), de la Convención en relación al respeto de la orden de restitución emitida por el país de origen y valorar la importancia de la cooperación entre las autoridades centrales de los estados miembros de la Unión Europea.

Palabras clave: Traslado de menores, orden de restitución, autoridades centrales, país de origen, interés del menor, beneficio del menor.

ABSTRACT

The relationship between The Hague Convention of 1980 and the Council Regulation (CE) 2201/2003 in international child abduction cases

For over 20 years the primary response to child abduction cases in Europe and worldwide has been the Hague Convention of 1980 on the Civil Aspects of International Child abduction. Since 1st march 2005 within the European Community there are new rules found in Council Regulation (CE) No. 2201/2003 of 27 november 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility.

It is about determining the relationship between both instruments, when articles 13 (1) b) and 13 (2) of the Convention apply, in regard of respecting the return order made by the country of origin and to evaluate the importance of the mutual cooperation between the central authorities of the Member states of the EU.

Key words: Child abduction, return order, central authorities, country of origin, welfare of the child or interest of the child.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. UNIÓN EUROPEA. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.
- III. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

- IV. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES ARTÍCULO 13 1 (B), 13 (2).
 - V. REGLAMENTO DEL CONSEJO (CE) N° 2201/2003 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003 RELATIVO A LA COMPETENCIA Y EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE MATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD PARENTAL (BRUSELAS II BIS). ARTÍCULOS 11.2.4.8 (RESTITUCIÓN DEL MENOR).
 - VI. RELACIÓN ENTRE AMBOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EL REGLAMENTO (CE) 2201/2003.
 - VII. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.
 - VIII. CONCLUSIONES.
 - IX. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es determinar la aplicación del artículo 13 (1) b y 13 (2), de la Convención de La Haya de 1980, y del artículo 11 del Reglamento Europeo desde su aprobación hasta la fecha. Dado que dichos artículos, tienen en consideración ya la opinión del menor, ya la situación de riesgo en que el mismo puede encontrarse, para adoptar una orden de restitución de un menor o denegarla, un buen análisis de la materia obliga a situarnos en el contexto histórico de la promulgación de los derechos del niño.

Por otra parte, el objetivo del estudio requiere el correcto tratamiento del concepto jurídico «interés superior del menor», y especialmente un análisis de lo que la aparición de dicho concepto jurídico indeterminado ha supuesto a la hora de adoptar este tipo de decisiones en materia de menores.

Con este fin he considerado necesario situar los antecedentes europeos inmediatos, desde el final de la segunda guerra mundial hasta nuestros días en que cada vez está más cercano el logro por parte de la Unión Europea de conseguir un espacio de libertad, seguridad y justicia: el Reglamento 2201/2003 es un buen ejemplo de ello. Sin olvidar el papel del Tribunal de la Unión Europea como instrumento unificador y armonizador.

Profundizaré en el estudio de ambos instrumentos internacionales, la Convención de 1980, y el Reglamento 2201/2003, concretamente de los artículos citados para examinar el funcionamiento, la aplicación y la relación de ambos instrumentos internacionales en caso de sustracción internacional ilícita de menores.

Una parte importante del estudio se concreta en analizar algunas sentencias de Estados miembros de la UE cuando sólo estaba en vigor el Convenio de La Haya de 1980 en materia de protección de menores de un lado, y de sentencias sobre sustracción internacional de menores una vez el Reglamento 2201/2003 entró en vigor a partir del año 2005, con el único fin de averiguar si este instrumento jurídico europeo

ha supuesto una mejora en los casos de sustracción internacional de menores en dos supuestos concretos: 1.–en aquellos en los que se debe tener en cuenta la opinión del menor, y 2.–en aquellos en los que el menor se encuentre ante un peligro o riesgo grave, o que le lleve a una situación intolerable.

La elección de las sentencias ha sido una opción de la autora del trabajo, y siempre se han seleccionado sentencias relacionadas con Estados miembros de la Unión Europea. Dada la extensión del trabajo sólo se indica la referencia de la sentencia que se puede consultar en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Me han sido de gran utilidad los comentarios de estas sentencias, que recoge el INCADAT⁽¹⁾ en su estudio de Jurisprudencia, que han sido preparados por el Profesor Peter MCELEAVY (Universidad de Dundee, Escocia) con la ayuda de Aude FIORINI (Universidad de Dundee, Escocia), en nombre de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado.

Finalmente abordo la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo del concepto «interés superior del menor», en los casos de sustracción internacional de menores, de acuerdo con los artículos objeto de este trabajo. Concretamente analizo el caso SNEERSONE AND KAMPANELLA v. ITALY, y valoro si su contenido sigue la línea interpretación de la jurisprudencia que se deriva de la aplicación de los dos instrumentos jurídicos internacionales abordados en el presente trabajo.

II. UNIÓN EUROPEA. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Pese a los comentarios que aparecen constantemente en la prensa sobre la dificultad de impulsar el motor que conforma la Unión Europea formada por 27 países miembros (pronto en el año 2013 serán 28 con la entrada de Croacia), no hemos de olvidar nunca el panorama existente hace más de medio siglo al finalizar la segunda guerra mundial.

El periodo de tranquilidad del que están disfrutando los 27 países miembros de la UE durante todo este tiempo, caracterizado por la paz y la prosperidad no tiene equivalente en toda la historia de los pueblos que desde tiempos remotos han configurado lo que hoy en día conocemos como la Unión Europea.

Tras la segunda guerra mundial algunos países del Viejo Continente tuvieron la idea de iniciar juntos un mismo recorrido para compartir intereses comerciales primero, y posteriormente y debido a esos lazos de unión entre algunos países ir ampliando y conformando paulatinamente la idea de Europa tal y como se concibe hoy en día. Que duda cabe que el establecimiento de acuerdos comerciales entre países refuerza las garantías de paz entre ellos, evita que episodios dramáticos de la historia se repitan, y

(1) En 1999 y con el fin de promover la comprensión mutua del Convenio de La Haya de 1980, el Permanent Bureau de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado, creó la base de datos sobre Sustracción Internacional de menores (INCADAT). Esta base de datos facilita las decisiones más representativas en relación a la Convención de 1980 sobre sustracción de menores, así como otras sentencias relevantes sobre sustracción internacional de menores.

refuerza los valores universales como la dignidad humana, la libertad y la solidaridad, tal como dispone el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea.

Sin perder de vista esta realidad, no ha sido fácil a los países miembros delegar competencias de siempre reconocidas a los países soberanos, y depositar la confianza en las instituciones europeas. Es un ejercicio de constante voluntad política.

Anterior a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht cualquier iniciativa en ese sentido pasaba por la técnica de los convenios internacionales del antiguo artículo 220 TCE. Los Estados habían de recurrir a las negociaciones, es decir a la técnica habitual del Derecho de Tratados propia del Derecho Internacional Público. El Tratado de Maastricht acabó con la utilización de esta técnica.

Y es que en primer lugar, la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, supuso un avance en la consecución de un espacio común de libertad, seguridad y justicia. Es a partir del Tratado de Maastricht cuando la recién nacida Unión Europea se configuró como una estructura de tres pilares: un primer pilar el más sólido, el comunitario, que incluía la reforma de los Tratados originarios, y dos intergubernamentales, uno dedicado a la política exterior y de Seguridad común (PESC), y el otro, a la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior (JAI). Este último pilar, sobre cooperación en materia de justicia y asuntos de interior, será el impulsor de la idea de construir un espacio único de libertad, seguridad y justicia, en el que los ciudadanos europeos puedan desplazarse libremente y se sientan protegidos desde cualquier lugar de la Unión Europea⁽²⁾.

El Tratado de Lisboa elimina la organización de los tres pilares, y el artículo 3.3 dice textualmente «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

La pérdida por parte de los Estados Miembros de competencias originariamente propias de sus ordenamientos jurídicos, ha supuesto concretamente en el ámbito de derecho de familia y sustracción internacional de menores una mejora de las situaciones de derecho de familia transfronterizas con relación a las materias relativas al divorcio, separación, responsabilidad parental, obligaciones alimenticias, y sustracción ilícita de menores en los que deben adoptarse medidas que afectan a menores de edad⁽³⁾.

(2) FORCADA MIRANDA, Francisco. «Los impulsos del Tratado de Lisboa a la cooperación judicial y civil y la experiencia de los jueces españoles». Noticias de la UE, núm. 291, pp. 77-90. «El juez nacional es una pieza clave del sistema judicial de la Unión Europea, de hecho, es el primer juez del Derecho comunitario, y como tal, debe funcionar de forma perfectamente engrasada dentro de la compleja maquinaria jurídica europea. Conseguir tal objetivo no es fácil. La pregunta clave es la de cual es la realidad actual en Europa, y en concreto en España, acerca del grado de experiencia que los jueces españoles tienen en el área del Derecho comunitario. A nivel general, un análisis realizado para el Parlamento europeo en el segundo semestre de 2007 con vistas al que fue posterior informe Wallis del Parlamento Europeo sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo de 4 de junio de 2008, ya puso de manifiesto las disparidades significativas en el conocimiento del Derecho comunitario por parte de los jueces nacionales del conjunto de la Unión Europea, siendo, a veces, muy limitada la sensibilización a ese respecto.

(3) Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2010). «Sin embargo, el Tratado de Lisboa supone un gran salto hacia la consolidación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia. Las nuevas previsio-

La aplicación del Convenio de la Haya de 1980 entre los Estados Miembros de la Unión Europea (excepto Dinamarca) ha sido reformada como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento del Consejo (CE) núm. 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de matrimonio y responsabilidad parental (BRUSELAS II *BIS*), que revocó el Reglamento (CE) N° 1347/2000 (Bruselas II). La Convención de La Haya de 1980 continúa estando en vigor y se aplica en la mayoría de los casos pero sujeta a nuevas normas de derecho comunitario, y en todo caso ambos instrumentos jurídicos tienen como objetivo final que sea el Estado de residencia habitual del menor quien decida en última instancia el futuro del menor retenido ilícitamente.

III. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La idea de tratar los derechos del niño se fue gestando en algunos medios intelectuales durante el siglo XIX⁽⁴⁾. En este ambiente receptivo, en las dos primeras décadas del siglo XX circularon varias declaraciones de los derechos del niño, a veces en forma literaria o bien como resoluciones de organizaciones científicas y pedagógicas.

La primera declaración de derechos del niño, de carácter sistemática, fue la Declaración de Ginebra de 1924, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la organización de Naciones el 26 de diciembre de 1924. La Organización de las Naciones Unidas aprobó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño. Sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas.

Como la declaración de 1924 no era suficiente, hubo la necesidad de seguir trabajando en este sentido, y así se llegó a la declaración de los derechos del niño 1959⁽⁵⁾, cuyo principio 3 dice textualmente «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley, y por otros medios, para que pueda desarrollarse, física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del menor».

nes del Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) comunitarizan completamente el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del mismo, por lo que deja de constituir un pilar separado del resto de las políticas de la Unión. Finalmente, todos los aspectos de la antigua cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior han sido de nuevo reunidos bajo un solo Título en el TFUE. Si bien es cierto que en algunos aspectos, que tienen más que ver con el Derecho Penal, se ha producido únicamente una exportación de normas del Tratado de la Unión Europea (TUE) al TFUE, ya que se conservan los mismos métodos de tomas de decisiones, no se puede negar la trascendencia del avance consagrado en Lisboa.

(4) La idea de crear los derechos del niño circuló en algunos medios intelectuales durante el siglo XIX. Un ejemplo de ello fue la referencia que hizo el escritor francés Jules Vallés en su obra *El niño* (1879), y más claramente la reflexión sobre los derechos del niño que realizó Kate D. WIGGIN en «Children's Rights» (1892). Se llevó a cabo por iniciativa de la UNICEF el 20 de noviembre de 1959.

(5) Aprobada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.

Posteriormente esa protección especial que merece el niño fue recogida en otros textos legales: en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

La Convención sobre los derechos del niño de 1989 es de obligado cumplimiento para los estados firmantes⁽⁶⁾ y en su **artículo 3** dispone: «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».

Finalmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 24 dispone: «Los derechos del niño: 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez». 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial».

IV. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES ARTÍCULO 13 1 (B), 13 (2)

La dinámica de este trabajo lleva al análisis de algunos de los casos existentes en materia de sustracción internacional de menores, y como no podría ser de otra manera, es imperativo citar el Convenio de la Haya de 1980⁽⁷⁾ por la gran importancia de este instrumento internacional.

Antes de la entrada en vigor del Reglamento del Consejo (CE) núm. 2201/2003 (Bruselas II)⁽⁸⁾ de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de matrimonio y responsabilidad parental, era el único instrumento internacional en ese sentido al que estaban adheridos la mayoría de países europeos.

(6) Todos los países la han firmado a excepción Somalia. La firma de Estados Unidos se ha producido en el año 2012, a penas hace 1 mes con algunas excepciones.

(7) El Convenio de La Haya de 1980 entro en vigor en Francia y Portugal el 1/12/1983, en el Reino Unido el 1/8/1986, Luxemburgo el 1/1/1987, España el 1/9/1987, Austria el 1/10/1988, Suecia el 1/6/1989, los Países Bajos el 1/9/1990, Alemania el 1/12/1990, Dinamarca el 1/7/1991, Irlanda el 1/10/1991, Grecia el 1/6/1993, Finlandia el 1/8/1991, Italia e. 1/5/1993 y Bélgica el 1/5/1999.

(8) Mia Reich-Sjögren law attorney in Göteborg (Sweden), Brussels II Regulation (regulation 1347/2000 EC) came into force on March 1, 2001. The new Brussels II Regulation, referred to as Brussels II bis, Brussels II A or sometimes the new Brussels II, came into force august 1, 2004 and applies from march 1, 2005. The regulation mostly repeats the old Brussels II, but a major change is that the Regulation now applies to all children, not only children of both spouses, and also provides for new provisions relating to abduction cases.

Es importante resaltar que cuando se concluye dicho instrumento internacional en el año 1980, todavía no se había promulgado la Convención de Derechos del niño de 1989, sin embargo y como ya he explicado en el epígrafe anterior el concepto «interés superior del menor» ya había aparecido en otros instrumentos internacionales. De todas formas es importante resaltar que los acuerdos internacionales citados todavía no tenían efecto vinculante para los Estados Miembros que los habían firmado.

El artículo 13 1 (b) del Convenio de La Haya de 1980 establece que *«No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable»*; y el artículo 13 (2) dispone que *«La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones»*. Ambos párrafos han sido objeto de debate constante, y más si cabe últimamente, especialmente por el papel del menor en la decisión de acordar o no la restitución por parte de los Tribunales, la necesidad de ser tenida en cuenta su opinión, con el fin de respetar el «principio del interés superior del menor», y los problemas que esto comporta.

El artículo 13 (2) no prevé una edad mínima a partir de la cual el menor deba ser escuchado, o al menos deba tenerse en cuenta su opinión. La fórmula que utiliza esta norma es «cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones». De todas formas, parece ser que la intención de los legisladores encargados de preparar el borrador, era establecer este requisito o posibilidad respecto de los adolescentes que no estaban preparados para regresar a su país de origen.

Pues bien, en cuanto al establecimiento de dicho requisito de escuchar al menor para tener en cuenta su opinión, cada estado firmante ha ido desarrollando su forma de ponerlo en práctica. Si bien en Europa, con la aprobación del Reglamento 2201/2003, artículo 11 (2), está claro que ahora el menor debe de tener la posibilidad de ser escuchado. La redacción de dicho artículo 11, tiene mucho que ver con la Convención de derechos del niño de 1989 a la que me refería anteriormente, e instrumentos anteriores, pues es en cumplimiento del principio del interés superior del menor, que deben adoptarse mecanismos que conduzcan al respeto de dicho principio en las decisiones judiciales que se adopten⁽⁹⁾. Si bien es precisamente aquí donde radica la complejidad de determinar cual sea ese interés superior del menor.

El grado de madurez y la edad del menor son criterios determinantes de la necesidad de que el menor deba ser escuchado. Pero también habrá de considerarse el criterio

(9) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), artículo 24 Los derechos del niño 1». Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez».

que en función de las circunstancias en que se encuentra el menor, considera apropiado decidir contra la oposición del menor, su regreso al país donde tenía su residencia habitual antes de la sustracción.

Es justamente en estos artículos donde nos vamos a detener, y examinar los problemas que comporta su aplicación.

Según fija el propio Convenio de La Haya de 1980 «Los países signatarios de dicho instrumento internacional deben tener criterios unificados de cómo deben entenderse y aplicarse los conceptos de las cláusulas del citado convenio internacional, sólo de esta forma es posible garantizar un buen uso de dicho instrumento, por tanto lo mismo es válido para la aplicación de los artículos mencionados».

El Convenio de la Haya de 1980 sobre retención ilícita de menores tiene como objetivo primordial lograr: «un equilibrio de intereses entre los actores centrales: el menor, el progenitor que queda en el país de origen, y el padre sustractor»⁽¹⁰⁾.

El artículo 1 identifica los objetivos que busca el Convenio:

- a) Garantizar la restitución inmediata del menor sustraído o retenido de forma ilegal en cualquier Estado contratante, y
- b) Garantizar que el derecho de custodia y de visitas según la Ley del estado contratante sea respetado en los demás Estados contratantes.

Así dispone el Convenio en su preámbulo que «Los Estados del presente Convenio, profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia». Asimismo, el criterio de la Convención es que la apreciación del interés superior del menor deba aplicarse de forma que sean la jurisdicción del Estado de residencia habitual del menor quien entre en el fondo de esta cuestión.

«Deseoso de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita».

Asimismo, se refuerza el objetivo del retorno y en este punto manifiesta la importancia de la función y cometido de las Autoridades Centrales de cada uno de los países miembros (artículo 8-10), así como la celeridad en la tramitación de los asuntos por parte de las autoridades (artículo 11).

El artículo 13, junto con los artículos 12(2) y 20⁽¹¹⁾, contienen excepciones al mecanismo de retorno inmediato, ya que en determinadas circunstancias se debe tener en cuenta el interés del menor e incluso del padre sustractor.

(10) Véase a tal ejemplo la discusión en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá W.(V) v.S.(D.) (1996) 134 DLR 4th 481 (INCADAT cite: HC/E/CA 17).

(11) Artículo 20 «La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Son justamente estos artículos el 13 1(b) y el 13 (2) de la Convención los que están suscitando más controversia, en su aplicación por parte de los estados firmantes, estos artículos ligados directamente a lo que sea el interés del menor en el supuesto concreto, y el derecho de éste a ser escuchado que se comprenden en el Reglamento EU citado anteriormente.

- A) Casos en los que se NO SE ACORDÓ la restitución en base al artículo 13 (1) b, y 13, 2 en el Convenio de 1980.⁽¹²⁾:

REFERENCIA INCADAT HC/E/AT 375. Año 1992.

REFERENCIA INCADAT HC/E/UKe 87. Año 1992.

REFERENCIA INCADATHC/E/UKe 86. Año 1996.

REFERENCIA INCADAT HC/E/FR 498. Año 1999.

REFERENCIA INCADATHC/E/UKe 270. Año 2000.

REFERENCIA INCADAT HC/E/BE 546. Año 2003.

REFERENCIA INCADATHC/E/UKs 804. Año 2004.

- B) Casos en los que SE ACORDÓ la restitución del menor al lugar de residencia habitual en base al artículo 13 (1) b, y 13 (2) del Convenio:

REFERENCIA INCADAT cite HC/E/UKs 26. Año 1993.

REFERENCIA INCADATHC/E/FR 63. Año 1995.

REFERENCIA INCADAT cite HC/E/DE 820. Año 1998.

REFERENCIA INCADAT cite HC/E/UKs 415. Año 2001.

REFERENCIA INCADAT cite HC/E/DE 491. Año 2001

REFERENCIA INCADATHC/E/FR 708. Año enero 2005.

V. REGLAMENTO DEL CONSEJO (CE) N.º 2201/2003 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003 (13) RELATIVO A LA COMPETENCIA Y EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE MATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD PARENTAL (BRUSELAS II BIS). ARTÍCULOS 11.2.4.8 (RESTITUCIÓN DEL MENOR).

Con la entrada en vigor del Reglamento citado, La aplicación de la Convención de La Haya de 1980 ha sido modificada, entre otros, el papel del menor a la hora de ser escu-

(12) El informe explicativo Pérez Vera, Elisa (párrafo 19) hace hincapié que el propósito de la Convención, es que las decisiones sobre los derechos de custodia deben dirimirse en el Estado donde el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción.

(13) Journal of Private International Law (Peter McEleavy) The new Child abduction regime in the european unión: symbiotic relationship or forced partnership? «The first step in the attempt to develop a Community response to child abductions came within the Initiative of the French Republic with a view to adopting a Council Regulation on the Mutual Enforcement of Judgments on Rights of Access to Children».

chado y su opinión tenida en cuenta, no queda tanto a la discreción del Juez, sino que es de obligado cumplimiento, artículo 11.2 (Restitución del menor) «En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez».

Si bien como hemos visto en el epígrafe anterior la posibilidad de audiencia del menor durante el procedimiento, en base a su edad y grado de madurez, ha ido variando a lo largo del tiempo. Por regla general, es necesario señalar que en la mayoría de casos se ha tenido en cuenta al menor, otra cuestión bien distinta es la interpretación que se haya hecho de sus deseos y de la valoración del riesgo del menor si regresa al país de origen.

¿Cual es el panorama a partir de la entrada en vigor del citado Reglamento? En primer lugar el artículo 11.4 dice literalmente «Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13.1 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución»⁽¹⁴⁾. ¿Que relación mantiene con el artículo 11.2 y 11.4 del mismo instrumento europeo?

En relación al artículo 11.4 es garantista en el sentido de que no se presume que el menor será protegido cuando regrese a su país de residencia habitual, sino que el país de origen debe probar que se van a adoptar las medidas adecuadas para proteger al menor. Este artículo debería ser un objetivo en si mismo al objeto de conseguir una buena colaboración y entendimiento entre las autoridades de los países miembros.

Otra medida que incluye el Reglamento a diferencia de la Convención de La Haya de 1980, que viene a reforzar su contenido es que no se dictará una orden de retorno a menos que el menor haya tenido la oportunidad de ser escuchado. En este sentido el artículo 11.2 del Reglamento dispone que «En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 de La Convención de La Haya de 1980, se velará porque se dé al menor la posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. En este caso lo difícil será mantener el plazo de seis semanas 11.3.2.⁽¹⁵⁾, por que para que este plazo se respete debe existir una óptima colaboración entre las Autoridades Centrales, de los estados miembros implicados, y esto a día de hoy dista de la realidad. Si deben intervenir equipos técnicos psicológicos y servicios sociales para emitir su dictamen en relación al caso concreto el plazo no se respetará principalmente por la falta de medios.

Por otra parte se añade una dificultad más en la ejecución/implementación de dicha disposición tal y como manifiesta el Profesor Peter McEleavy de la Universidad de Dundee: «El cumplimiento de las provisiones de dichos artículos hace que deban adop-

(14) Jeremy Morley senior partner of Morley and Andrews LLC in New York City, en su crítica al caso Neulinger (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) «ECHR», que con la promulgación del Reglamento 2201/2003 el artículo 11 limita un poco la excepción del «grave riesgo», ya que depende de las medidas que se adopten al regresar al país de residencia habitual.

(15) La guía práctica del Reglamento 2201/2003 reitera la importancia de utilizar los medios más rápidos y eficientes, y hace referencia expresamente al Reglamento del Consejo núm. 1206/2001, que garantiza los medios de prueba entre los estados miembros.

tarse medidas especiales en las jurisdicciones de los Estados Miembros para reconciliar el derecho de los menores y sus padres a ser oídos, al mismo tiempo que respetar los plazos en que debe dictarse una resolución». En cualquier caso, como manifiesta el Profesor McEleavy «con toda seguridad se producirá un incumplimiento de los plazos».⁽¹⁶⁾

Como ya he manifestado más arriba la obligación del párrafo 2 del artículo 11 del Reglamento relativo a la obligación del menor a ser escuchado está ligado al artículo 24(1) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y esto marca un punto de partida diferente en relación con la Convención de La Haya.

A) Casos en los que NO se acordó la restitución:

REFERENCIA INCADAT cite HC/E/UKe 880.

REFERENCIA INCADAT HC/E/UKe 931.

REFERENCIA INCADAT HC/E/FR 979 CA 2007.

REFERENCIA INCADAT HC/E/UK E 883. Re A. Año 2006.

REFERENCIA INCADAT HC/E/FR 947 Enero 2007.

REFERENCIA INCADAT HC/E/ 1328. Año 2010.

REFERENCIA INCADAT HC/E/ 403. Año 2010.

VI. RELACIÓN ENTRE AMBOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EL REGLAMENTO (CE) 2201/2003

Cuando el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores llevaba más de 20 años en vigor, aparece otro instrumento jurídico, el Reglamento Europeo⁽¹⁷⁾, cuyo ámbito de aplicación se limita a los países de la Unión Europea.

El panorama internacional de sustracción de menores a la entrada en vigor del Convenio difiere de los casos de sustracción de menores que se viene sucediendo en los últimos 10-15 años. En aquel momento el sustractor era normalmente el progenitor que no era el cuidador principal, y lo que se pretendía con dicho instrumento era el retorno inmediato del menor con su cuidador habitual. Esta pretensión del retorno inmediato del menor no se ha modificado, pero con la entrada en vigor del Reglamento citado el horizonte es bien distinto.

La libre circulación de personas en el espacio de la Unión Europea es una realidad, y por extensión el número de parejas transfronterizas con hijos ha aumentado, y lo continúa haciendo, debido a esta realidad los casos de sustracción que se producen en la actualidad tienen su causa principal en que uno de los progenitores (normalmente el cuidador principal) desea regresar a su país de origen, por diversos motivos todos ellos

(16) Journal of Private International Law. Peter McEleavy: p. 27.

(17) Reglamento europeo (UE) 2201/2003, sólo aplicable entre estados miembros de la Unión Europea a excepción de Dinamarca.

justificados en mayor o menor medida, por tanto en la actualidad no se trata de retornar al menor con su cuidador habitual, (ya que normalmente el progenitor sustractor continua siendo el cuidador habitual), sino de garantizar el contacto y la relación personal del menor con ambos progenitores, en cumplimiento del derecho recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 24.3 que dispone que «Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»⁽¹⁸⁾.

Con esta perspectiva de fondo, ambos instrumentos jurídicos buscan reforzar el retorno inmediato del menor sustraído ilícitamente de su país de origen, pero el Reglamento de la Unión Europea ha dado un paso más adelante en este sentido previendo una serie de mecanismos, entre los que se encuentra la abolición del exequátur. Con todo, el mismo no debe dejar de lado en ningún momento una pieza crucial en todo este entramado de instrumentos internacionales que no debe perderse de vista en ningún momento y es que bajo ningún concepto debe vulnerarse el principio del interés superior del menor. El cumplimiento de este principio debe presidir la aplicación de ambos instrumentos internacionales, por lo que este principio introduce un grado de flexibilidad en el cumplimiento «in strictu sensu» del retorno de menores trasladado ilícitamente de su país de origen.

Así pues, desde esta perspectiva ¿Cuál es la relación entre ambos instrumentos? El Reglamento muestra respeto por la Convención de La Haya de 1980, en tanto que instrumento válido en todo el mundo, pero el espacio de la Unión Europea debía garantizar un instrumento jurídico propio con relación al traslado ilícito de menores que cumpla dicho respeto.

El artículo 13 (1) b) y el artículo 13 (2) del Convenio de La Haya, DISPONE:

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución demuestra que:

- a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o
- b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

(18) Enero de 2009. Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo, autora: Araceli Mangas Martín. La primera proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en diciembre de 2000 marcó, en cierto modo, el punto de partida del debate constitucional en el que ha vivido inmerso el proceso de integración europea durante los últimos años. Su posterior incorporación al fallido Tratado Constitucional y su nueva proclamación solemne en vísperas de la adopción del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2007, han reforzado la virtualidad jurídica de este instrumento, que pasa a integrarse definitivamente en el Derecho originario de la Unión con la entrada en vigor de este último Tratado de reforma.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

Por tanto por un lado debe respetarse el derecho del menor a ser escuchado artículo 13 (2), este derecho considerado como un derecho fundamental, por los textos citados más arriba, y además también por una disposición europea como es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁽¹⁹⁾, artículo 24 que se refiere a los derechos del niño, y cuyo apartado 2 dispone:» En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial». Porque para llegar a lo que sea en el caso concreto el interés superior del menor, debe tenerse en cuenta su opinión, especialmente considerando si ha alcanzado el grado de madurez suficiente.

Y el artículo 13 (1) b) estaría directamente relacionado con el apartado 3 de la mencionada Carta que dispone: «Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

El artículo 11 (Restitución del menor) del Reglamento (CE) 2201/2003 DISPONE:

1. Los apartados 2 a 8 serán de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de La Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

(19) El Tratado afirma que la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. Estos principios son comunes a todos los estados miembros. En este sentido, posteriormente en 1998, el Consejo Europeo reunido en Colonia, acordó que la UE redacte y apruebe una Carta de Derechos Fundamentales. Esta Carta vendrá a «comunitarizar» los principios generales expresados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado en 1950 en el marco del Consejo de Europa.

El artículo 6.2. del tratado afirma lo siguiente:

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, al menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.
3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.
4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su detención.
5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la persona que solicitó una restitución.
6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.
7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto.
8. Aún cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

Si bien a priori podría parecer que el artículo 11.4 no es respetuoso con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1980, una lectura más atenta nos lleva a una conclusión distinta, porque como ya hemos dicho más arriba, de acuerdo con lo estipulado en dicho artículo se debe verificar que efectivamente se han dispuesto las medidas adecuadas. No valen soluciones a medias, debe examinarse caso por caso, y la colaboración entre autoridades debe ser una realidad sin resquicios para las suspicacias, sólo de esa forma el Reglamento respetará su relación con el Convenio de La Haya de 1980.

En esta línea, en el asunto *Klenteris v. Klentzeris* del año 2007 referencia HC/E/UK E 931 el retorno fue desestimado por que el cumplimiento de la orden de restitución hubiese puesto a los menores en un grave daño psicológico ya que no se había dispuesto nada por las autoridades griegas que hiciese prever que se daban los requisitos del apartado 4 del artículo del Reglamento. Esto nos demuestra de nuevo que la colaboración entre las autoridades centrales, ahora más que nunca es de gran importancia: sin esa estrecha colaboración muchas órdenes de restitución no se cumplirán.

Lo que dispone este artículo está directamente ligado a mi entender con lo dispuesto en el artículo 13 (1) b) del Convenio de La Haya «b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable».

El Reglamento el 2201/2003 a través del artículo 11.4 refuerza la restitución del menor aunque se de el supuesto de la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución. Sin embargo, se debe demostrar que esto es así, el Estado de origen debe demostrar (no valen las presunciones), que se han adoptado las medidas adecuadas de protección. ¿Cómo se demuestra que efectivamente se han adoptado las medidas adecuadas a la protección del menor? ¿Se aplica correctamente la Guía de buenas prácticas de aplicación del Reglamento?

En todo caso, ahora más que nunca es necesario mostrar el funcionamiento real de la comunicación entre jueces de los Estados miembros, y la efectividad de las medidas que confirmen que los menores serán escuchados de acuerdo con los procedimientos fijados en cada uno de los estados miembros⁽²⁰⁾.

En lo que se refiere a los estados miembros del Convenio de La Haya de 1980 se ha creado una Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996, la última tuvo lugar del 25 al 31 de enero de 2012⁽²¹⁾.

(20) Europa. Síntesis de la legislación de la Unión Europea. «Cada país de la UE designa a una o más autoridades centrales que tienen varios cometidos:

- favorecer el intercambio de información relativa a las legislaciones y procedimientos nacionales respectivos;
- facilitar las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales;
- proporcionar su asistencia a los titulares de la responsabilidad parental en una solicitud de reconocimiento y ejecución de una resolución;
- favorecer la resolución de los conflictos entre los titulares de la responsabilidad parental por medios alternativos, como la mediación».

(21) HccH Comunicaciones judiciales directas: 78. La Comisión Especial apoya que al momento de elaborar cualquier Convenio de La Haya pertinente en el futuro, se considere la inclusión de una base jurídica para

En relación al Reglamento, debe fomentarse la iniciativa de los países miembros a cooperar más entre sí con el fin de fomentar una colaboración más estrecha entre las autoridades de los Estados miembros. Su propósito es eliminar los obstáculos derivados de las posibles incompatibilidades entre los distintos sistemas judiciales sólo de esta forma se puede garantizar la correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento.

Por otro lado, el artículo 60 (Relación con determinados convenios multilaterales) dispone «En las relaciones entre los Estados Miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes» e) Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Sin embargo, en relación al artículo 13 (2) la cuestión es distinta al tratarse de un derecho fundamental, y por tanto si que existe relación en ese punto entre ambos instrumentos internacionales en los términos citados. Quizás hubiese sido mejor no hace mención al Convenio en bloque si no parcialmente.

VII. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS: ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Un aumento considerable de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha potenciado las obligaciones de los Estados miembros del Consejo de Europa derivadas del artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Fundamentales, para casos de sustracción internacional de menores. Esta obligación existe independientemente del Convenio de La Haya de 1980. Así mismo, este instrumento ha sido igualmente adoptado como estándar internacional para aquellos estados que todavía no son parte.

Últimamente la Corte Europea de Derechos Humanos ha cambiado su posición en relación a los argumentos mantenidos, o que se utilizaban cuando el sustractor no se queda con el menor que retorna al país de residencia habitual. En la actualidad los argumentos de la Corte de Estrasburgo invocan en sus decisiones tanto el interés superior del menor, como los derechos del progenitor sustractor dentro de la interpretación del artículo 8 de la Convención: *«Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá hacer injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»*.

las comunicaciones judiciales directas.

La sentencia SNEERSONE AND KAMPANELLA v. ITALY (solicitud 14737/09, decisión final 12/10/2011). En esta sentencia se ven implicados dos estados miembros de la Unión Europea, Italia y Letonia, y por tanto los dos instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores: Convenio de La Haya de 1980 y Reglamento 2201/2003.

Los hechos del caso son los siguientes: En el año 2002 Marko nació en Italia, su padre era un nacional italiano, que nunca se casó con la madre, pero que nunca cuestionó la paternidad de Marko. En el año 2003 los padres de Marco se separaron y ambos fueron a vivir a domicilios separados en Cerveteri, Italia. La madre argumentó en su solicitud de no restitución que desde que nació Marko ella se había ocupado exclusivamente del cuidado de su hijo y que la atención dispensada por el padre había sido mínima. Por problemas económicos de la madre (el padre no le pasaba la pensión de alimentos, y los familiares en Letonia no estaban dispuestos a enviar más dinero), ésta decidió regresar a su país de origen.

El Juzgado de distrito de Riga dictó una sentencia en la que rechazaba la petición del padre de restituir al menor a Italia. El Juzgado basó su decisión en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre. El Juzgado manifestó en dicha sentencia que el traslado del menor había sido ilícito en base a los dos instrumentos citados, por cuanto no contó con el permiso del padre. También se manifestó que no se contaba con la opinión de Marco ya que contaba sólo con 4 años de edad en esa época y era incapaz de formarse una opinión de con que progenitor quería vivir.

El Juzgado de Riga consideró necesario fijar si se daban las condiciones dispuestas en el artículo 13 (b) de la Convención de La Haya. Su conclusión es que dichas circunstancias se daban. Asimismo, el Juzgado de distrito manifestó que no se había cumplimentado lo dispuesto en el artículo 11(4) del Reglamento, por que desde el punto de vista económico le era imposible a la madre regresar a Italia si Marko regresaba a Italia, además las garantías facilitadas por la Autoridad Central Italiana en relación a la protección del menor Marko si regresaba a Italia eran poco concisas y demasiado imprecisas. Además el padre no había realizado ningún esfuerzo para establecer contacto con su hijo desde que se marchase de Italia.

En este caso se emitió por parte del Tribunal de menores en Roma un certificado basado en el artículo 42 (1) del Reglamento 2201/2003, por tanto la orden de restitución debía ejecutarse aunque el Tribunal de Menores de Roma no hubiese dictado sentencia todavía.⁽²²⁾

(22) Caso Sneersone and Kampanella v. Italy. II Ley Internacional relevante. Punto 47: Párrafo 17 del preámbulo del Reglamento dice para el interés de este caso: «En casos de sustracción ilícita internacional o de retención de un menor, el retorno del menor debe obtenerse sin demora, y a este efecto la Convención de La Haya de 25 de Octubre de 1980 continuará en vigor como complemento a lo dispuesto en los artículos de este Reglamento, en particular artículo 11. Los Tribunales de un Estado Miembro a los que se ha llevado un menor que ha sido sustraído ilícitamente deben poder oponerse a su restitución en casos específicos, debidamente justificados. Sin embargo, la sentencia puede ser sustituida por otra del estado miembro de residencia habitual del menor antes de la sustracción. Si la decisión que se acuerde comprende la restitución del menor, el retorno debe realizarse sin llevar a cabo ningún procedimiento especial de reconocimiento y ejecución de esa sentencia en el estado miembro al que se ha llevado al menor sustraído indebidamente».

Finalmente el Tribunal de Estrasburgo consideró que se había violado el artículo 8 de la Convenio para la Protección de Derechos Humanos por cuanto el estado italiano no había presentado pruebas que indicase que efectivamente se había dispuesto lo establecido en el artículo 11.4 del Reglamento de la UE.

VIII. CONCLUSIONES

Los instrumentos internacionales existentes en la actualidad para abordar el problema de la sustracción internacional de menores y la no restitución en base al artículo 13 (1) b) y 13 (2) de la Convención de La Haya y artículo 11 del Reglamento 2201/2003 son suficientes a mi entender, y ambos se complementan. Después de realizar este trabajo creo que ambos pueden coexistir perfectamente, y es posible el respeto mutuo de ambos instrumentos en su aplicación, pero eso sí, ciertamente la colaboración y cooperación entre las Autoridades Centrales de los países miembros debe ser estrecha y es el puntal para el buen funcionamiento de ambos instrumentos jurídicos.

Cuando se da un supuesto en base al artículo 13 (1) b) y 13 (2) del Convenio de La Haya de 1980, el Reglamento complementa a la Convención para los Estados miembros de la Unión Europea, al exigir lo dispuesto en los diferentes apartados del artículo 11. Se debe tener en cuenta la opinión del menor, y además si se acuerda la restitución se debe verificar previamente que el país de origen ha puesto en marcha todos los mecanismos y medidas adecuadas para garantizar que el menor al regresar al país de origen esté debidamente protegido para evitar cualquier riesgo grave, y se cumpla el principio del interés superior del menor.

No olvidemos que el espíritu y objetivo de ambos instrumentos internacionales es garantizar la restitución inmediata del menor sustraído o retenido de forma ilegal en otro estado que no sea el de origen, y garantizar que el derecho de custodia y de visitas según la Ley del estado de origen sea respetado en los demás Estados contratantes. Es por ello que la aplicación de los artículos citados debe ser restrictiva. ¿Pero esa interpretación restrictiva está de acuerdo con el principio del interés superior del menor?

Cuando se trabajaba sobre el borrador de la Convención de La Haya de 1980 en los años 70, la realidad de los matrimonios transfronterizos era muy distinta a la actual. En la actualidad los casos de sustracción internacional se producen la mayoría de los casos por que el cuidador principal desea regresar a su país de origen, y por lo general los hijos han forjado vínculos más estrechos con éste, y por tanto su deseo es marchar con dicho progenitor.

Pero la idea que converge en todo caso es que debe respetarse el principio del interés superior del menor. Al tratarse de un principio jurídico indeterminado se le debe dar contenido en cada caso concreto, y como los instrumentos internacionales estudiados no son más que normas de procedimiento, se parte de la idea que el país mejor situado para conocer el interés superior del menor es su país de origen aquel del que fue sustraído ilícitamente. Por tanto, si consideramos que esto debe ser así siempre, no sería posible denegar una orden de restitución, y la realidad como hemos visto en los ejemplos aportados al presente estudio, existen casos en los que el menor

no es restituido, antes de la existencia del Reglamento, y cuando sólo se aplicaba para los países de la Unión Europea la Convención de La Haya de 1980, no se restituía al menor si éste se oponía en base al artículo 13 (2), y en algunos casos también se daban los requisitos del artículo 13 (1) b), lo hemos visto a lo largo de los casos prácticos estudiados. El Reglamento 2201/2003 introduce con el artículo 11.4 un requisito para que no se dé el cumplimiento de la orden de restitución, y es que el país de origen no haya adoptado las medidas adecuadas para garantizar que el menor sea protegido una vez se haya producido el retorno, o que no se haya cumplido lo que dispone el artículo 42 del Reglamento.

Pero, ¿cómo se verifica que esas medidas se han implementado?, hemos visto el caso que se cita en este trabajo en la página 31 Incadat cite HC/E/UK 931. Klentzeris v. Klentzeris. Año 2007, donde no se acuerda la orden de restitución por no haberse podido verificar que se habían adoptado las medidas del artículo 11.4 del Reglamento citado, y por tanto no se podía garantizar que el retorno del menor se realizaba con las debidas garantías. Parece ser que la estrecha colaboración entre las Autoridades Centrales está funcionando, sin embargo si observamos el caso Pelz-Aguirre (Referencia Incadat HC/E/403. Año 2010 EspañaAlemania, llegamos a la conclusión opuesta. Por tanto la idea que se extrae es que la colaboración no es todavía suficiente, y si se quiere que no se deniegue una orden de restitución, las autoridades centrales de cada uno de los Estados Miembros de la Unión Europea deben verificar que los circuitos existentes con Servicios Sociales, psicólogos adscritos a los Juzgados, Ministerio Fiscal y el resto de operadores jurídicos funcionan y poseen la información adecuada para resolver caso por caso, sin caer en estereotipos, y situaciones de hecho, que llevarían a no respetar el principio del interés superior del menor. Por otra parte, entiendo que la verificación de si se dan los supuestos del artículo 11.4 hace retrasar el proceso de restitución considerablemente, con lo que si éste plazo llegara a ser excesivo, incluso se podría llegar a vulnerar el principio del interés del menor que tras estar viviendo muchos meses en otro país con su cuidador principal, su restitución podría ser contraria a sus intereses y por ende contrario al interés superior del menor.

El Reglamento puede suponer una mejora en los países de la Unión Europea, si se dan las condiciones óptimas para que se cumpla lo que dispone el artículo, 11.3, 11.4 y 11.5. No es tarea fácil, es necesario la voluntad de colaborar por tanto la conclusión no es científica, sino de oportunidad política ya que se deben prever los medios que permitan esa fluidez y rapidez en los contactos con la autoridad central.

Es innegable que el Tratado de Lisboa ha sido una piedra angular para la constitución de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que el Reglamento (UE) 2201/2003 es un ejemplo del resultado de ese espacio común, y que en el caso del traslado ilícito de menores ese instrumento jurídico se ha creado entre otros para facilitar la restitución de un menor sustraído ilícitamente de su país de origen de uno de los Estados miembros, y que se complementa con el Convenio de La Haya de 1980, y refuerza este instrumento internacional entre los países miembros de la UE, especialmente si la cooperación entre las autoridades centrales funciona, y esto no es así todavía.

Es incuestionable el respeto que debe tener en cualquier caso al principio jurídico del interés superior del menor, pero ese respeto no es posible sin una debida aplicación.

Es necesario conocer caso por caso cual sea el interés superior del menor, esto requiere de un gran ejercicio intelectual del Juzgador, y que sus sentencias se fundamenten adecuadamente para no caer en la arbitrariedad de la decisión adoptada.

En base a este asunto, cuando se promulga la Convención de La Haya 1980 los textos donde se reconocía el interés superior del menor en las decisiones que les afectan no era de obligado cumplimiento, sino que sólo era una recomendación, por tanto no debe dejarse de lado la evolución de dicho concepto hasta nuestros días. La Convención y el Reglamento establecen que debe ser el país de origen quien decida cual es el interés del menor. ¿Pero que ocurre si ese país no ofrece los mecanismos adecuados para averiguar cual sea el interés superior del menor en ese caso concreto? ¿Y si el interés radica en que no vuelva al país de origen?

Es necesario para una eficiente y eficaz aplicación de ambos instrumentos internacionales, y para los estados miembros de la UE que exista una buena cooperación entre las autoridades centrales de cada uno de los países miembros de la UE.

Especialmente los jueces necesitan la colaboración de otros operadores jurídicos y profesionales para obtener la máxima información del caso concreto con la única finalidad de llegar a conocer cuál es el interés superior del menor en el supuesto concreto, y así ser capaz de realizar una fotografía exacta de la situación familiar con el fin de respetar los instrumentos internacionales citados, y el cumplimiento de los artículos objeto de estudio en el presente trabajo, con el fin de evitar que se deniegue una orden de restitución al país de origen del menor. Esa necesidad imperiosa surge especialmente del artículo 11.4, y previamente para determinar si se está en un supuesto del artículo 13 (1) b) y 13 (2).

Es de destacar que en la sentencia *Sneersone and Kampanella v. Italy*, el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo que actúa como Tribunal Constitucional, verifica que no se han dado los requisitos que establece el artículo 11.4 y por tanto la orden de restitución no debe aplicarse al vulnerarse el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos fundamentales.

En un futuro próximo sabremos si la influencia de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo conlleva a que los estados miembros modifiquen el sistema de formación y de cooperación de los jueces nacionales en el ámbito de la Unión Europea.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Reglamento (CE) 2201/2003 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.

Tratado de la Unión Europea.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Declaración de Derechos del Niño de 1959.

LA RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EL REGLAMENTO...

- Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma el 4 de octubre de 1950.
- LO 9/2002, de 10 de diciembre, modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores.
- Reglamento (CE) número 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil
- Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2010). «Un espacio Europeo de Libertad, seguridad y justicia».
- La Guía práctica del Reglamento 2201/2003. Diagramas, pp. 43 y 49, relativo a la orden de restitución.
- Journal of Private International Law (abril 2005) Peter McEleavy, pp. 25-29. The new Child abduction regime in the European Union, symbiotic relationship or forced partnership.
- Revista Jurídica Internacional de Catalunya núm. 3-2011 págs. 731-742. Caso Pelz-Aguirre.
- Celia M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Profesora ayudante Doctor en Derecho Internacional Privado. Universidad de Carlos III de Madrid (27/10/2010). La supresión del Exequátur en el Reglamento 2201/2003.
- ARMSTRONG, S., L'articulation du Règlement «Bruxelles II bis» et des Conventions de La Haye de 1980 et 1996, Droit & patrimoine, No. 139, juillet/aout 2005, p. 46.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del Exequátur y derechos del niño a ser oído, Diario La Ley, núm. 7578, Sección de Tribuna de 28 de febrero de 2011.
- FORCADA MIRANDA, Francisco, año 2009, Noticias de la UE, núm. 291, pp. 77-90, «Los impulsos del Tratado de Lisboa a la cooperación judicial y civil y la experiencia de los jueces españoles».
- BIOCA STELLA, M., «El interés del menor y sus derechos esenciales», RDF 2001-18-226.
- ADAM MUÑOZ, M.D. & GARCÍA CANO, «Regulación autónoma del procedimiento relativo a la devolución de menores trasladados ilícitamente». Sustracción internacional de menores y adopción internacional, Madrid Colex, 2004, p. 51.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles; Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2001, núm. 5, pp. 125-136.
- Arbor CLXXII, 678, junio, 2002, pp. 291-309. ALEGRÍA BORRÁS, «Un espacio Europeo de Libertad, seguridad y justicia: la cooperación en el ámbito civil».
- ALFTER, U. & RÖLKE, U., Der Internationale Sozialdienst und Kindesentführungen; Familie Partnerschaft Recht, 2001, NO. 3, p. 219.
- BAUER, F., Neues internationales Verfahrenrecht im Licht der Kinderentführungsfälle; Praxis des Internationalen Privant- und Verfahrensrechts (IPRax), 2002, No. 3, p. 179.

Affaires étrangères Canada. Internacional Child Abductions. A Manual for Parents/ Enlèvements internationaux d'Enfants. Guide à l'intention des parents.

ÁLVAREZ GONZÁLEX, S., Secuestro internacional de menores ('legal kidnapping') y cooperación internacional: la posición española ante el problema. 1986.

ÁLVAREZ GONZÁLEX, S., El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo. 1998.

ÁLVAREZ GONZÁLEX, S., Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva. 2002.

ÁLVAREZ GONZÁLEX, S., Derechos de visita y Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española.

ÁLVAREZ GONZÁLEX, S., Desplazamiento ilícito de menores (nota del Auto del Tribunal de Primera Instancia núm. 2 de Ponferrada, de 28 de septiembre de 1985, 1986.

American Bar Association & Office of Juvenil Justice and delinquency prevention, US Department of Justice. Compendium of the North American Symposium on International Child Abduction: How to handle international Child Abduction Cases.

ASCENSAO SILVA, N.G., A Convecão da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças: alguns aspectos. 2005.

Baer, Legal Kidnapping- Zwei internationale Abkommen werden demnächst von der Bundesrepublik ratifiziert. 1990.

BOSHIER, P. & WADEMAN, J., The Strengths and Weaknesses of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A new Zealand Perspective. 2010.

BOSSE-PLATIÈRE, H., Le droit de la famille et la construction d'un espace judiciaire européen. 2001.

BRUCH, C.S., The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, future Challenges, 1999.

Sentencias INCADAT: Convenio de La Haya de 1980:

- *No retorno*: INCADAT HC/E/AT 375. Año 1992
- INCADAT HC/E/UK 87. Año 1992
- INCADAT HC/E/UK 86. Año 1996
- INCADAT HC/E/FR 498. Año 1999
- INCADAT HC/E/UK 270. Año 2000
- INCADAT HC/E/BE 546. Año 2003
- INCADAT HC/E/UKS 804. Año 2004
- *Retorno*: INCADAT HC/E/UKS 26. Año 1993
- INCADAT HC/E/FR 63. Año 1995
- INCADAT HC/E/DE 820. Año 1998

LA RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 Y EL REGLAMENTO...

- INCADAT HC/E/UKS 415. Año 2001
- INCADAT HC/E/DE 491. Año 2001
- INCADAT HC/E/FR 708. Año 2005

Reglamento del Consejo (CE) núm. 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003:

- *No retorno*: INCADAT HC/E/UK 880. Año 2006
- INCADAT HC/E/UK 931. Año 2007
- INCADAT HC/E/FR/ 979. Año 2007
- INCADAT HC/E/403. Año 2010
- *Retorno*: INCADAT HC/E/UK 883. Año 2006
- INCADAT HC/E/FR 947. Año 2007
- INCADAT HC/E/ 1328. Año 2010
- INCADAT HC/E/ 403. Año 2010

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- SNEERSONE AND KAMPANELLA v. ITALY

LA TRASCENDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO^(*)

IBON VITERI ZUBIA

*Profesor Colaborador Doctor de Derecho Civil
Universidad del País Vasco*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO EXCEPCIÓN DEL PLAZO DE TRES MESES PARA PODER INSTAR LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.
 - 1. La violencia de género como causa de separación y de divorcio.
 - 2. La supresión de las causas de separación y de divorcio.
 - 3. El requisito temporal para la interposición de la demanda de separación y de divorcio. Su excepción.
- III. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA ATRIBUCIÓN A LOS «JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER» DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE SEPARACIÓN O DE DIVORCIO.
 - 1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la competencia objetiva y funcional.
 - 2. Competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer de los asuntos de separación y de divorcio.
- IV. LAS MEDIDAS O EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y DEL DIVORCIO EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
 - 1. Medidas provisionales previas y las «previas de previas o urgentes».
 - 2. Medidas Provisionales Coetáneas.
 - 3. Medidas Definitivas.
 - 4. Modificación de medidas.

(*) Este trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado GIC IT-460-10 (Gobierno Vasco) y del Proyecto DER 2011-26827/JURI, del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuya dirección corresponde al Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto principal analizar la trascendencia de la violencia de género, entendida como todo acto de violencia física o psíquica ejercida por el varón sobre la mujer por el hecho de serlo⁽¹⁾, en los procesos matrimoniales de separación y divorcio. El presente estudio se propone examinar cómo caracterizan los malos tratos dichos procedimientos, ordenados a decretar judicialmente el cese efectivo de la convivencia conyugal entre los esposos, en el caso de la separación⁽²⁾, y la disolución del vínculo matrimonial, en el del divorcio⁽³⁾.

En líneas generales cabe decir que el acto de violencia basado en el género especifica el inicio de estos litigios, el Juez competente para conocerlos y las medidas o efectos que cabe adoptar con ocasión de los mismos.

II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO EXCEPCIÓN DEL PLAZO DE TRES MESES PARA PODER INSTAR LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

1. La violencia de género como causa de separación y de divorcio

Con anterioridad a la reforma del 2005, la regulación del matrimonio contemplada en nuestro CC, establecida por la Ley 30/1981 de 7 de julio⁽⁴⁾, exigía separación previa al divorcio y causa para que los cónyuges pudieran instar la separación o el divorcio⁽⁵⁾. Asimismo, impedía que cualquiera de ellos, unilateralmente y en base exclusivamente a su libre voluntad personal, pudiera solicitar la separación o el divorcio del cónyuge con el cual no deseaba convivir. Pues bien, en esta normativa la violencia doméstica podía ser causa de separación, de divorcio, e incluso de nulidad matrimonial⁽⁶⁾.

Así, los supuestos de violencia de género cabía enmarcarlos entre las causas de separación reguladas en el art. 82 CC. Particularmente en el apartado 1: «[...] la con-

(1) El art. 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define la violencia de género como aquella que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Esta violencia comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones contra la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

(2) De acuerdo al art. 83 CC: «La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

(3) Conforme al art. 85 CC: «El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio».

(4) Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, determinando el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

(5) En las separaciones de mutuo acuerdo no era necesario alegar la causa de separación, según el art. 81 CC.

(6) Vid. José Manuel BUSTO LAGO, «Violencia doméstica: algunas respuestas desde el derecho civil (I), en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, 2003, p. 57 y «Violencia doméstica: algunas respuestas desde el derecho civil (II)», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 20, 2003, p. 47.

ducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales». Estas dos causas podían ser alegadas en los casos de violencia machista, ya que estos normalmente implican el incumplimiento de alguno de los deberes conyugales previstos en los arts. 66, 67 y 68 CC. Y cuando la violencia no se infringía al cónyuge, sino a los hijos, se podía recurrir para instar la separación a la causa del art. 82.2 CC, relativa a la «*violación grave o reiterada de los deberes respecto a los hijos comunes [...]»*⁽⁷⁾. Entre las causas de divorcio, el art. 86.5 CC disponía: «*La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes»*⁽⁸⁾. Por tanto, la simple conducta de malos tratos no tenía cabida en ella⁽⁹⁾. Y a los efectos de poder solicitar la nulidad matrimonial, ante una situación de maltrato, se fundamentaba tal solicitud en el art. 73.4 CC: «*El celebrado por error [...] en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento»*⁽¹⁰⁾.

2. La supresión de las causas de separación y de divorcio

En la actualidad, el vigente sistema de separación y divorcio no se basa en una serie de causas tasadas. La Ley 15/2005 de 8 de julio de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio abandonó el sistema causalista, derogando los arts. 82 (causas de separación contenciosa) y 86 (causas de divorcio) del Código Civil. Eliminadas las causas, se permite a los cónyuges acceder a la separación o al divorcio por la propia voluntad conjunta (o de ambos cónyuges, o de uno con el consentimiento del otro) o unilateral (de cualquiera de los cónyuges). El único requisito de carácter objetivo que se exige ahora para solicitar la separación o el divorcio es que hayan «*transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio»* (arts. 81 y 86 CC).

Con la supresión del sistema de causas para que los cónyuges accedan a la separación y al divorcio, se pretende, según la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, que

(7) En los supuestos de violencia doméstica también es muy habitual la presencia de la causa que contemplaba el número 4 del art. 82 CC: «*El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales siempre que el interés del otro cónyuge o de la familia exijan la suspensión de la convivencia».*

(8) Limitaba su alegación la necesidad de tener que esperar a la sentencia firme, lo cual suponía un peligro para la víctima.

(9) Cabía, no obstante, la posibilidad de solicitar el divorcio por malos tratos con base en la causa prevista en el art. 86.3.b) en relación con el art. 87 CC. El primero de ellos disponía que: «*El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos (...), cuando quien pide el divorcio acredite que al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causas de separación».* Esta causa de separación sería la violencia o malos tratos. Por su parte, el art. 87 CC admitía que «*el cese efectivo de la convivencia conyugal era compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio cuando ello obedecía, en uno o en ambos cónyuges, a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así se hubiera acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de divorcio».*

(10) Apunta GONZÁLEZ respecto a la petición de nulidades matrimoniales en supuestos de violencia doméstica, que «si bien no es frecuente, debe valorarse como una opción» («La regulación y repercusión de los actos de violencia doméstica en los procedimientos de familia», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, La violencia doméstica*, núm. 21, mayo 2002, p. 111).

la libertad tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio, siendo cauce a través del cual los ciudadanos puedan desarrollar su personalidad⁽¹¹⁾. Precisamente, ampliando el ámbito de libertad de los cónyuges, mediante el reconocimiento de mayor trascendencia a la voluntad individual de cualquiera de ellos de no seguir con la convivencia marital –separación judicial– o de romper el vínculo matrimonial –divorcio–, se respeta el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)⁽¹²⁾.

El divorcio no dependerá de la demostración de que concurre causa alguna, ni tampoco de una previa separación ineludible⁽¹³⁾. Sólo dependerá de la voluntad expresa de uno de los contrayentes⁽¹⁴⁾. Se pretende que, sin someter a los cónyuges a casuismo alguno y sin más condicionamiento que el dato objetivo del transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, los cónyuges tengan la libertad de acceso a la separación judicial o al divorcio.

El mutuo disenso y el desistimiento unilateral se erigen, así, en causa suficiente de separación judicial y disolución del matrimonio, siendo las partes las que conjunta o individualmente valoran la presencia de circunstancias que aconsejen su separación o divorcio. A su absoluto arbitrio queda ahora tanto la constatación de la existencia de tales vicisitudes, como la virtualidad de las mismas en orden a la relajación o disolución del vínculo. El órgano judicial deja de tener la posibilidad de pronunciarse sobre la procedencia de la separación o el divorcio y la necesidad de declarar las causas determinantes de las mismas. El Juez, previa solicitud de la parte interesada y sin que ésta necesite alegar ninguna causa, se limitará a declarar la separación o el divorcio, siempre que concurren los requisitos complementarios del transcurso del plazo trimestral y la presentación de la propuesta de convenio regulador, si el procedimiento es consensual, o de la propuesta de medidas, si es contencioso (arts. 81 y 86 CC)⁽¹⁵⁾.

(11) Cfr. Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, de 3 de febrero de 2005, pp. 4 y ss.; José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, coord. por DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor, 2006, pp. 29 y ss. y Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, «El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la ley de supresión de las causas de separación y divorcio», en *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, ed. por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago de Compostela, 2009, pp. 91-131.

(12) En este sentido, Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 23, 2005, p. 135.

(13) Carlos LASARTE ÁLVAREZ, «Merecido adiós al sistema causalista de las crisis matrimoniales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 2005, p. 1.

(14) El derecho que tiene cualquiera de los cónyuges de acceder directamente al divorcio sin que sea necesaria la previa separación ha supuesto, en la práctica, la pérdida de protagonismo del procedimiento de separación que se ha visto limitado a aquellos casos de esposos que, de común acuerdo, optan por esta vía para solucionar desavenencias pasajeras sin romper su vinculación matrimonial. *Vid.* al respecto Belén TRIGO GARCÍA, «La introducción de la separación y el divorcio sin causa en el Derecho Español (Ley 15/2005, de 8 de julio)», en *Dereito*, vol. 14, núm. 2, 2005, pp. 18 y ss.

(15) *Vid.* Francisco Javier PASTOR VITA, «Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del código civil en materia de separación y divorcio», en *La Ley*, núm. 6235, 2005, pp. 4-9, en especial, 4-7.

Desde algunas instancias se ha advertido que el mantenimiento de las causas legítimas de la separación era necesario para salvaguardar el interés de los hijos así como la inexcusable protección al cónyuge que sea víctima de comportamientos violentos, pues solo de esta manera el Juez conocería la realidad de lo acaecido y atendería a la protección de los intereses del menor o de la mujer violentada.

En concreto, se ha manifestado «¿Cómo podrá evitarse la violencia si desaparecen las causas legítimas de los procesos de separación y divorcio siendo, a estos litigios, a los que acuden en primer término las víctimas afectadas por la violencia de género? Y ¿cómo podrá trasladarse a los Juzgados que apliquen la Ley Integral contra la Violencia de Género cuando se revele causa para ello en los Juzgados en que se tramita la separación o el divorcio si se impide cualquier alusión distinta de la expresión del *insto el divorcio, solicito la separación, o pido la nulidad de mi matrimonio?*»⁽¹⁶⁾.

No creo, como ya se ha objetado, que para salvaguardar el interés de los hijos o del cónyuge y protegerle cuando está siendo víctima de comportamientos violentos sea necesario causalizar la crisis matrimonial, pues, basta para ello con que en el decurso del procedimiento se aleguen y acrediten los hechos de que trae causa la crisis⁽¹⁷⁾.

Por lo demás, la supresión de la alegación y acreditación del maltrato para que se decrete la separación o el divorcio no puede ser considerada más que beneficiosa para quien, sin atreverse a denunciar los malos tratos de los que es víctima, desea romper con su agresor. La eliminación de las causas le abre a ésta las puertas de ambos remedios sin más restricción que el dato objetivo del transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio. Y una vez en el proceso, tal y como veremos más adelante, aún será posible una eventual aplicación del estatuto integral de medidas establecidas en la Ley contra la Violencia de Género⁽¹⁸⁾. De hecho, si el Juez civil durante la tramitación del proceso tiene conocimiento de algún acto de violencia contra la mujer, podrá interesar al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para que valore su competencia (art. 49 bis 2 LEC).

3. El requisito temporal para la interposición de la demanda de separación y de divorcio. Su excepción

Como hemos visto, la actual regulación del matrimonio contenida en el CC permite, a diferencia de la anterior normativa, tanto una separación como un divorcio unilaterales

(16) FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MUJERES SEPARADAS Y DIVORCIADAS, *Información y Propuestas al Proyecto del Gobierno sobre Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio*, Madrid, 20 de septiembre de 2004. El Consejo General del Poder Judicial en su informe de 27 de octubre de 2004 hace suyas las consideraciones del informe elaborado por la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas; mostrándose contrario a la eliminación de las causas de separación. En la doctrina, SAN SEGUNDO MANUEL asevera que «la actual regulación de la separación y el divorcio, al suprimir las causas que los motivaron, ha traído como consecuencia una merma de eficacia de la Ley Integral constituyendo un serio *obstáculo en la lucha contra la violencia de género*» («Maltrato y separación: repercusiones en los hijos», en *Cuadernos de derecho judicial*, Ejemplar dedicado a la Custodia compartida y protección de menores, núm. 2, 2009, p. 128).

(17) En este sentido, VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005 de 8 de Julio*, Valladolid, 2005, p. 51, nota 14.

(18) Cfr. MAGDALENA UREÑA MARTÍNEZ, «Separación conyugal y malos tratos», en *Aranzadi Civil*, núm. 6, 2007, p. 1998.

sin causa. Ahora bien, para que uno de los cónyuges pueda solicitar a título particular la separación o el divorcio es necesario que hayan «transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio» (arts. 81 y 86 CC).

Este requisito temporal se puede entender como un periodo para que los cónyuges reflexionen sobre la posibilidad de salvar su matrimonio (mediante la reconciliación) o bien sobre las consecuencias que su decisión puede tener para terceros (hijos, acreedores, etc.)⁽¹⁹⁾. Con dicho plazo, como se ha señalado, se pretendería evitar decisiones precipitadas o viscerales que conviertan el matrimonio en una institución *ad gustum*, esto es, en una institución en la que los cónyuges se reserven la facultad de degustarla o probarla y de rechazarla si no les satisficiera. La tutela de la institución se limitaría, no obstante, al trimestre normado, que se estima suficiente para solventar los casos en que la vida matrimonial depare sorpresas indeseadas o impensadas y que se podrán obviar mediante la separación o el divorcio⁽²⁰⁾.

Algunos autores consideran, en cambio, que el dato objetivo que supone el decurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio carece de sentido y, por ello, abogan por su supresión. A su parecer, partiendo de la base de que en el contrato matrimonial priman las decisiones unilaterales de los contrayentes sobre la idea de permanencia del vínculo conyugal, «no existen razones que impidan cuestionar judicialmente la ruptura del matrimonio y sus consecuencias antes de transcurridos tres meses desde su celebración»⁽²¹⁾. Asimismo, aseveran que la implantación del plazo no tiene mucho sentido cuando lo que se desea es facilitar la separación y el divorcio. Lo lógico en tal caso, explican, sería no establecer plazo alguno de vida del matrimonio, «pues la diferencia entre esos tres meses y no establecer ningún periodo de tiempo no se alcanza a comprender en qué va a repercutir la voluntad de separarse de los cónyuges»⁽²²⁾.

Es la propia ley, con todo, la que recoge la supresión del plazo para separarse o divorciarse, siempre que se den una serie de excepciones expresamente indicadas en el art. 81.2 CC. Cuando se produzca alguna de ellas, entre las que se encuentra la violencia de género, los cónyuges no deberán esperar a que transcurra el plazo de tres meses.

(19) Así lo entiende GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma...*, cit., pp. 58-60 y 62-63. En contra de la configuración del plazo como un tiempo de reflexión se muestra Salvador CARRIÓN OLMOS, «Separación y Divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, coord. por José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, Cizur Menor, 2006, p. 185.

(20) En este sentido GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 60, quien descarta, por lo exiguo del plazo, que el art. 81 CC suponga una especie de castigo a los cónyuges a quienes se impide disolver el vínculo durante un período de tiempo ante lo irreflexivo de la decisión tomada.

(21) Vid. Agustín CAÑETE QUESADA, «El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio», en *La Ley*, núm. 6140, 2004, pp. 2-3. En el mismo sentido, PASTOR VITA considera que «la limitación temporal puede atentar contra el principio de libre desarrollo de la personalidad, al imponer una traba innecesaria a la propia autonomía del cónyuge que desea separarse o divorciarse». Ello le lleva a dudar de la constitucionalidad del término y a decir que puede «ser, incluso, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al denegarse el derecho a solicitar el divorcio a una persona en base a un mero impedimento temporal de nula justificación» («Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del código civil...», cit., cit., p. 10).

(22) Eduardo SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil*, Madrid, 2005, p. 111.

En concreto, el apartado segundo del art. 81 CC establece que se decretará judicialmente la separación y, en su caso, el divorcio por remisión del art. 86 del Código Civil, «A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación».

Este inciso pudiera llevarnos a pensar que estamos, tal y como han sostenido algunos autores, ante una especie de causa relacionada con la violencia doméstica o ejercida dentro del ámbito familiar⁽²³⁾. Pero realmente no es así, ya que se configura, y esa ha sido la voluntad del legislador, como una mera excepción a un requisito de tiempo, que abarca, junto a la violencia de género, a la ejercida contra el varón y contra los hijos. La alegación y acreditación de la existencia de riesgo para los bienes jurídicos enumerados en el precepto no se exige para la concesión de la separación judicial o el divorcio, que depende en todo caso de la voluntad de los cónyuges, sino a efectos de omitir el plazo requerido para interponer la demanda. En modo alguno se trata de una renacida causa de separación o de divorcio⁽²⁴⁾.

La mujer que haya sido víctima de malos tratos puede, por tanto, interponer la demanda de separación o de divorcio inmediatamente, sin necesidad de que transcurran los tres meses desde la celebración del matrimonio, alegando y acreditando «la existencia de un riesgo para su vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual»⁽²⁵⁾. Tal situación excepcional será valorada por el Juez sin que se prejuzgue el asunto (*prima facie*) y sin dar audiencia a la otra parte (*inaudita parte*) con carácter previo a la admisión de la demanda.

No será necesario, sin embargo, interesar el convencimiento del Juez, al presumirse la situación de riesgo, en el caso de interposición de una denuncia de malos tratos de un

(23) En este sentido, Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ considera que la excepción prevista en el art. 81.2 CC reintroduce el causalismo, «pues el cónyuge que pretenda la separación o, en su caso, el divorcio antes de los tres meses citados deberá acreditar el riesgo mencionado. Además, el supuesto de hecho de la excepción es el de la violencia doméstica –advirtiéndose la coincidente redacción de los artículos 81.2 del Código Civil y 544 ter. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se define la violencia doméstica» (en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, 2011, p. 85).

El art. 544 ter. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo».

(24) UREÑA MARTÍNEZ, «Separación conyugal y malos tratos», cit., pp. 22-23 y Marta MORILLAS FERNÁNDEZ, «La ley del divorcio y su repercusión en la ley integral», en *La Ley integral. Un estudio multidisciplinar*, coord. por María José JIMÉNEZ DÍAZ y Nuria CASTELLÓ NICÁS, Madrid, 2009, p. 507.

(25) María Paz GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, dir. por Montserrat DE HOYOS SANCHO, Valladolid, 2009, p. 168.

cónyuge frente al otro o sobre los hijos que conviven con ambos. Tampoco será preciso cuando previamente ha existido una orden de protección. Esta resolución judicial en forma de auto constata, de hecho, la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima de la violencia doméstica y ordena su protección durante la tramitación de un proceso penal por delito o falta, mediante la adopción de medidas cautelares penales y/o civiles, a la vez que se practica comunicación a las entidades competentes⁽²⁶⁾.

Por su parte, la inexcusable acreditación de la situación de riesgo ante el Juez, cuando se carece de los medios mencionados, puede llegar a superar el plazo de tres meses, haciendo innecesaria esta específica incidencia. También es posible que la verificación del peligro se demore más del trimestre, con el mismo resultado, en los casos de violencia de género, ya que en tales supuestos, tal y como veremos a continuación, corresponderá valorar al Juzgado de Violencia sobre la Mujer su competencia y la admisibilidad de la demanda de separación o de divorcio. A la vista de éstas y otras eventuales distorsiones del sistema, como la posibilidad de que la excepción del art. 81.2 CC sea instrumentalmente utilizada para obviar un plazo carente de justificación clara, en la doctrina se ha sugerido, en nuestra opinión acertadamente, tanto la supresión de ésta en los procedimientos contenciosos como la de las causas que la excepcionan⁽²⁷⁾.

III. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA ATRIBUCIÓN A LOS «JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER» DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PROCESO DE SEPARACIÓN O DE DIVORCIO

1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la competencia objetiva y funcional

Recapitulando lo expuesto en el apartado anterior, podemos decir que la violencia contra la mujer, al igual que la infringida al marido o a los hijos, especifica el inicio del proceso matrimonial de separación y de divorcio. La violencia de género justifica, junto al resto de supuestos que integran la violencia doméstica, la disolución de la convivencia o la supresión del vínculo con antelación al plazo de tres meses exigido para instar la separación y el divorcio.

El Tribunal competente para conocer de estos procedimientos, salvo que expresamente se disponga otra cosa, será el Juzgado de Primera Instancia del lugar del

(26) La Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica, configura la orden de protección como una resolución judicial, que responde a un procedimiento sencillo y se puede obtener de forma rápida, que incorpora, conjuntamente, tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir una nueva aproximación a la víctima como las orientadas a proporcionar la seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del proceso matrimonial civil. *Vid.* con relación al procedimiento para activar la Orden de protección María Paz GARCÍA RUBIO, «Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de Protección», en *La Ley*, núm. 6041, 2004, pp. 3-7.

(27) En este sentido, *vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 64 y PASTOR VITA, «Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del código civil...», cit., p. 12.

domicilio conyugal (art. 769 LEC). Ahora bien, si la mujer cónyuge ha sido víctima de malos tratos e interpone demanda de separación o de divorcio, especialmente cuando lo hace con acogimiento de la excepción del art. 81.2 CC, corresponderá al Juzgado de Violencia sobre la Mujer valorar su competencia y la admisibilidad de la demanda de separación o de divorcio.

Y es que la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incorporó dos nuevos preceptos a la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente los arts. 87 bis y 87 ter, así como el art. 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor de los cuales se atribuye la jurisdicción penal y civil a un solo órgano judicial del orden penal –un solo juez de instrucción que será un Juzgado de Violencia sobre la Mujer (JVM)– en todos aquellos casos en los que exista noticia o denuncia por alguno de los delitos y faltas que constituyen violencia de género.

La Ley 1/2004 quiso crear un sistema completo de protección a la mujer objeto de violencia de género, y por ello, dedicó el Título V a la tutela judicial, alterando la competencia objetiva y funcional de los procesos matrimoniales cuando la controversia que se suscita es consecuencia de violencia de género y haya dado lugar a la incoación de un proceso penal.

El legislador consideró que el medio más adecuado para lograr la efectividad de la protección integral a las mujeres víctimas de la violencia de género era la atribución a un mismo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas las cuestiones, civiles y penales, que afecten a la violencia en el matrimonio, en la pareja o paternofiliales.

Tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 el legislador «ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. De este modo se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia».

Con esta diseño unitario, como se ha señalado, se da respuesta a las demandas de parte de la doctrina, de las asociaciones de mujeres y de los operadores jurídicos conocedores de la violencia de género en el sentido de evitar *a priori* la interacción e incluso la incompatibilidad entre las medidas tomadas por el juez de instrucción en el marco del proceso penal y las dictadas por el juez civil en un proceso donde se ventilasen cuestiones como el régimen de la vivienda, o la guarda y visitas a los hijos⁽²⁸⁾.

(28) GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 155.

A más de evitar las contradicciones de medidas, se afirma que el hecho de que sólo una autoridad judicial decida tanto los aspectos penales como los civiles evitaría también la llamada victimización secundaria⁽²⁹⁾, que genera la peregrinación judicial a la que se veían sometidas las víctimas de violencia de género, obligadas anteriormente a ir a varios juzgados a reclamar la protección y sus derechos⁽³⁰⁾; serviría asimismo para optimizar los recursos judiciales, mejorar la coordinación institucional entre los diversos agentes que trabajan la violencia de género⁽³¹⁾, e incluso favorecería el fomento de la formación específica del juez en esta materia, así como del personal auxiliar⁽³²⁾.

Que la concentración de competencias se haga a favor de un juez penal permitiría, por su parte, según el parecer de algunos expertos, una mayor valoración de las situaciones de violencia en los procesos civiles e incluso mantener el criterio de menor exigencia de los hechos probados en relación con la violencia en el procedimiento civil⁽³³⁾.

No todos se muestran, sin embargo, partidarios de la opción del legislador. Así, el Consejo General del Poder Judicial se muestra muy crítico con la doble competencia civil y penal de los JVM, denunciando que con ello se crea en verdad una «suerte de jurisdicción especial por razón de sexo», y que «estamos, por tanto, ante una especie de conmixtión de jurisdicciones, que tiene como resultado una jurisdicción especial, la jurisdicción de violencia sobre la mujer, un híbrido...»⁽³⁴⁾.

La experiencia de los últimos años ha puesto en evidencia, por lo demás, los problemas que esta doble competencia genera; entre otros, el del colapso de muchos JVM debido a la lenta tramitación de los asuntos civiles que allí se sustancian. Por ello algunas voces reclaman «la vuelta a la jurisdicción de familia como jurisdicción competente para conocer los asuntos relativos a lo civil. Habría que crear una nueva estruc-

(29) María DURÁN FEBRER, «Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género», en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, núm. 17, 2004, pp. 4-13.

(30) Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, «Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2008-1, p. 29.

(31) Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS, «La Ley Integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial», en *La violencia de género. Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, pp. 113-138, en especial, p. 27.

(32) MONTALBÁN HUERTAS, «La Ley Integral contra la violencia...», cit., p. 27.

(33) ALEMANY ROJO, «La ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Abogacía Española*, 2004, pp. 16-19 y Julio José TASENDE CALVO, «Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664, 2005, p. 3. Críticos con este planteamiento y favorables a la unificación de competencias en la jurisdicción civil, GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 156 y M.^a Paz GARCÍA ALBURUZA, «La violencia doméstica desde el ámbito civil», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2010, pp. 101-126.

En otros ordenamientos, al menos en las situaciones iniciales y menos graves, unifican los mecanismos jurídicos a favor de los tribunales del orden civil, a fin de que actúen con carácter preventivo y eviten las situaciones peligrosas para las víctimas. En estos ordenamientos se permite la intervención policial en una fase prematura del conflicto, tendente a evitarlo y no a convertir en víctima a una de las partes.

(34) *Vid.* el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, de 24 de junio de 2004, p. 50.

tura de los juzgados de violencia, con una bicefalia de un juez penal y otro civil, que se ocuparía de tramitar las numerosas causas pendientes de orden civil que se acumulan por el colapso que actualmente existe»⁽³⁵⁾.

2. Competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para conocer de los asuntos de separación y de divorcio

El art. 87 ter 2.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, entre otros asuntos y siempre de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la LEC⁽³⁶⁾, «de los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio».

Aunque dicho precepto parece indicar que el conocimiento de este asunto, así como del resto de causas que enumera, es una facultad potestativa del Juzgado («podrá conocer»), lo cierto es que no es así, pues se le otorga una competencia exclusiva y excluyente de dichos procedimientos, cuando se cumplen los requisitos que se exigen al efecto (art. 87 ter 3 LOPJ)⁽³⁷⁾.

Así, para que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer sea competente para conocer del proceso civil de separación y divorcio es necesario:

a) «*Que alguna de las partes de tales procesos civiles sea la víctima de un acto de violencia de género a que se refiere la LOPJ art. 87 ter. 1.a*»⁽³⁸⁾. Aunque no haya certeza de su condición de víctima, basta con la presunción inicial, consecuencia de la denuncia de alguno de los hechos descritos en dicho precepto⁽³⁹⁾.

(35) En este sentido Cristina ALBERDI, Presidenta del Consejo Asesor del Observatorio de la Comunidad de Madrid, citada por GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 156.

(36) La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, que entró en vigor el 1 de enero de 2001, regula en el Título I del Libro cuarto, los procedimientos matrimoniales y de menores, junto a los de capacidad y filiación. El capítulo primero lo dedica a las Disposiciones generales aplicables a estos procesos (arts. 748 a 755 inclusive) y el capítulo cuarto a los procesos matrimoniales y de menores (arts. 769 a 777). Estos preceptos adjetivos serán los que regulen los litigios civiles de los que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a tenor del art. 57 de la L.O. 1/2004 que introduce el nuevo art. 49 bis de la LEC, que en su apartado 5 determina que los procesos civiles de los que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se tramitarán conforme a los procedimientos y recursos previstos en la LEC. El recurso de apelación podrá conocerlo, según el caso, una sección especializada de la Audiencia Provincial, en aquellos partidos donde lo exija el volumen de asuntos (art. 46 de la LO 1/2004).

(37) GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 161.

(38) «*Homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género*».

(39) Cristina GUZMAN PÉREZ, «La violencia de género en los procesos de familia separación, divorcio y nulidad», en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 72, 2007, p. 324.

b) «*Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de los actos de violencia de género*». El concepto de «imputado» requiere que exista al respecto alguna resolución judicial que le confiera oficialmente tal carácter, ya sea la admisión a trámite de la denuncia o querrela, o simplemente la citación para declarar en calidad de posible responsable por algún delito o falta cuando los cargos aparecen en cualquier otra diligencia. Es decir, ha de haber un filtro judicial para adquirir la cualidad de sujeto pasivo del proceso penal⁽⁴⁰⁾.

c) «*Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género*». En cuanto al tipo de procedimiento incoado, bastará cualquiera de los previstos en la legislación procesal penal: jurado, sumario, diligencias previas de procedimiento abreviado, diligencias urgentes de juicio rápido o juicio de faltas, conforme lo evidencia el apartado 3 d) del art. 87 ter de LOPJ. Y en cuanto a la fase procesal de la causa penal, sólo exige la iniciación, lo que supone que se haya dictado el oportuno auto de incoación, admitiendo a trámite la denuncia o querrela⁽⁴¹⁾.

Esta atribución de la competencia exclusiva y excluyente de los asuntos de separación y divorcio a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tiene carácter imperativo, por lo que resulta indisponible para las partes y para el órgano jurisdiccional, que debe examinar su competencia en cualquier momento del proceso, incluidos los recursos. La falta de observación de esta regla supone la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales seguidos ante el órgano judicial incompetente⁽⁴²⁾.

Asimismo, de acuerdo al art. 49 bis LEC, pierde la competencia sobre los procesos matrimoniales que se encuentran en trámite el Juzgado de Familia o de Primera Instancia a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en los siguientes supuestos:

1) Cuando un Juez que esté conociendo en primera instancia del procedimiento civil, tiene noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el art. 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que

(40) Así lo pone de manifiesto la Circular núm. 4/2005 de la Fiscalía, p. 92. Al respecto, Carmen SENÉS MONTILLA, «La competencia penal y en materia civil de los juzgados de violencia sobre la mujer», en *Diario La Ley*, 2005, pp. 1265-1273, asevera que no basta una simple denuncia y que es necesaria la calificación jurisdiccional, seguida de la incoación de las diligencias oportunas.

(41) GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 159 y GUZMAN PÉREZ, «La violencia de género en los procesos de familia...», cit., p. 325.

(42) En las conclusiones alcanzadas en el Encuentro entre Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados de Familia, «Reflexiones comunes frente a situaciones diversas», en el marco de Formación continua del CGPJ, de junio de 2011, se concluyó que «se considera una buena práctica que en todos los procesos de familia se requiera a las partes en el momento inicial del proceso para que hagan constar en cualquier momento si se procede la apertura de un proceso penal por violencia de género, a fin de evitar que el Juzgado Civil conozca de un proceso respecto al que se ha podido perder la competencia objetiva. Con esa misma finalidad sería fundamental que existiese una interconexión informática entre los Juzgados de Familia y Violencia a fin de que al formarse los autos se pudiese de oficio conocer la existencia de procesos civiles y penales por violencia de cualquiera de ambos juzgados».

haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección. Tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe inhibirse y remitir los autos en el estado en que se hallen al Juez de violencia sobre la mujer que resulte competente.

La única limitación que tiene, y en cuyo caso no puede inhibirse, es que haya iniciado la fase de juicio oral (art. 49 bis. 1 *in fine* LEC). Aunque la expresión «juicio oral» es una terminología utilizada en el ámbito penal y no en la civil, la mayoría de la doctrina y tribunales se inclina por interpretar este juicio oral como el inicio del juicio civil, mediante la convocatoria a juicio⁽⁴³⁾. Por tanto, la inhibición procede, en su caso, hasta el momento procesal de la fecha de la providencia convocando a juicio civil; coincide, pues, con el inicio de la comparecencia de medidas previas, de las medidas provisionales o, en su caso, de la vista del pleito principal.

2) Cuando un Juez civil tiene conocimiento de los actos de violencia de género sin que exista un proceso penal incoado, ni se haya dictado una orden de protección. El Juez debe citar inmediatamente a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que se celebrará en las 24 horas siguientes, y en la que el Fiscal tomará conocimiento de cuantos datos sean relevantes, para, de manera inmediata, denunciar en su caso los actos de violencia de género o solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. El Juzgado civil continuará conociendo del asunto hasta que sea requerido, en su caso, de inhibición por el Juez competente de Violencia sobre la Mujer.

A diferencia del supuesto previsto en el número anterior –en el que el Juez Civil ha de inhibirse directamente a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer– en este caso debe esperar a ser requerido por éste, continuando mientras tanto con la tramitación del pleito. Con dicha cautela se persigue evitar inhibiciones dudosas y demoras en la tramitación del pleito civil, otorgando al Juez de Violencia sobre la Mujer preferencia a la hora de determinar su competencia dada la mayor trascendencia de los intereses en juego en el proceso penal (arts. 44 y 87 ter 4 LOPJ). Aunque no se recoge expresamente, se entiende que tal preceptiva inhibición sólo podrá tener lugar, al igual que en el número anterior y por las mismas razones, hasta la fase del juicio oral⁽⁴⁴⁾.

3) Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil. El Juez verificará que concurren los requisitos del apartado 3 del art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

(43) Esta interpretación es la que también se recoge en las conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con abogados de Familia (Madrid, noviembre 2005), así como en las conclusiones del Congreso de Jueces especializados sobre Violencia (Santander, octubre 2005), y en las del Seminario para Magistrados de Audiencias Provinciales Especializadas. El Tribunal Supremo ha aclarado que la expresión «juicio oral» se refiere al juicio civil y no al penal en los autos de 19-1-2008; 24-9-2008; 18-10-2008 y 25-3-2009. Respecto a la doctrina, *vid.*, por todos, GUZMÁN PÉREZ, «La violencia de género en los procesos de familia...», cit., p. 327.

(44) GUZMÁN PÉREZ, «La violencia de género en los procesos de familia...», cit., p. 329.

Este supuesto sería el mismo del apartado primero, si bien contemplado desde la posición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el cual debe requerir de inhibición al Juez Civil desde el mismo momento en que tenga conocimiento de que concurren los requisitos del art. 87 ter LOPJ. La inhibición del Juzgado de Primera Instancia o de Familia debe ser inmediata, sin audiencia de las partes, y de carácter imperativo no pudiendo, por tanto, plantearse cuestiones de competencia objetiva entre ellos. La ausencia de expresión «hasta el juicio oral» debe entenderse en el mismo sentido que el apartado segundo⁽⁴⁵⁾.

La Ley no prevé si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer puede perder la competencia civil cuando, una vez remitidas todas las actuaciones civiles al Juzgado de Violencia sobre la Mujer éste termina archivando las diligencias penales o sobresee el procedimiento (por ej., por estimar que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece debidamente justificada su perpetración), pero, según la interpretación del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, el Juez Penal no pierde las competencias civiles, y debe continuar la tramitación de los procedimientos, para evitar la dilación procesal y la inseguridad jurídica⁽⁴⁶⁾.

IV. LAS MEDIDAS O EFECTOS DE LA SEPARACIÓN Y DEL DIVORCIO EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En los supuestos de violencia contra la mujer, lo primero que debe realizarse es una petición de «Medidas provisionales previas». Distinguiremos entre los tres tipos de medidas contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, deteniéndonos algo más en las expresamente apuntadas por ser las más solicitadas en este tipo de conflictos.

1. Medidas provisionales previas y las «previas de previas o urgentes»

El art. 771 LEC será el que se aplique de manera inmediata cuando se pretenda demandar la separación o el divorcio. Este precepto se refiere a las denominadas «*Medidas provisionales previas a la demanda de separación, divorcio o nulidad*» que pueden instarse ante los Juzgados de Primera Instancia o de Familia (en las ciudades en las que éstos existan) del lugar donde tenga el domicilio el interesado/a, sin necesidad de abogado y procurador, aunque sí necesitará esta asistencia y representación para todo escrito y actuación posterior.

(45) GUZMÁN PÉREZ, «La violencia de género en los procesos de familia...», cit., p. 330.

(46) En la doctrina se muestran partidarios del mantenimiento de la competencia del JVM para proseguir con el procedimiento civil a pesar de la de la cesación del penal correspondiente, entre otros, Andrea PLAN-CHADEL GARGALLO, «La competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer», en *La nueva Ley contra la violencia de género: (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)*, coord. por Francisco Javier BOIX REIG y Elena MARTÍNEZ GARCÍA, Madrid, 2005, pp. 277-317 y GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., pp. 160-161.

Si ya ha existido una orden de protección o han existido actuaciones penales por delito o falta, a consecuencia de un acto de violencia contra la mujer, entenderá, como ya hemos visto, el Juzgado de Violencia contra la Mujer.

Si no se ha realizado ninguna de las actuaciones mencionadas en el párrafo anterior, esto es, orden de protección o actuaciones penales, pero existen razones de urgencia o necesidad, como podría ser una previsible situación futura de malos tratos o de violencia doméstica, ya sea solo entre los adultos o si abarca también a los hijos menores, éste es el procedimiento que deberá iniciarse por los cónyuges o por los progenitores de los hijos menores de edad (según el art. 770.6 LEC). No es necesario que se acrediten razones de urgencia, ya que no es requerida ni en el art. 104 CC ni en el art. 771 LEC y el Juzgado deberá, en todo caso, resolver sobre las peticiones.

Debe tenerse en cuenta que las medidas previas, adoptadas mediante Auto, sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio o la petición de medidas definitivas en las relaciones paterno filiales (art. 771.5 LEC). Si estas medidas previas, cuyo contenido examinaremos más adelante, hubieran sido adoptadas con ocasión de la solicitud a un Juzgado de Instrucción de una orden de protección, con anterioridad a la intervención de un Juez civil –porque si actúa con posterioridad no podrá modificar las ya previamente previstas por éste, aunque sí completarlas en virtud del art. 158 CC y en beneficio del menor– deben distinguirse dos supuestos previstos en el art. 544 ter LECrim.:

i) Si en el plazo de 30 días no se hubiera iniciado a instancia de la víctima un proceso civil, estas medidas quedarán sin efecto;

ii) Si en dicho plazo se hubiera incoado el procedimiento civil, las medidas subsistirán durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda y en éste término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente. Este órgano competente, tras la LO 1/2004, será el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que podrá mantener las medidas hasta la sentencia firme. Si este JVM fue el que dictó la orden de protección, será también el que entienda de las medidas cautelares y urgentes así como de todo el proceso civil de separación o de divorcio⁽⁴⁷⁾.

Respecto al plazo de vigencia de tales medidas civiles, aunque ha sido objeto de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, la mayoría entiende que se trataría de días hábiles, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 130.1 y 133.2 LEC, a cuyo tenor: «*En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles*». Asimismo, se defiende la imposibilidad de recurrir las medidas civiles adoptadas junto con una orden de protección, por aplicación del art. 771 LEC, que establece la imposibilidad de recurrir las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, con las que, sin duda, tienen gran semejanza las aquí aludidas⁽⁴⁸⁾.

(47) GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 165.

(48) Cfr. Blanca SILLERO CROVETTO, «Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54, 2012, p. 73.

El Ministerio Fiscal será parte en el proceso civil siempre que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal (art. 749.2 LEC). Por supuesto también lo será en el proceso penal ante el Juzgado de Instrucción o ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

A la vista de la solicitud, el art. 771.2 LEC dispone que el Secretario judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador.

De esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 CC y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares.

Estas «medidas previas urgentes» deben pedirse de forma específica en la solicitud inicial, separadamente y con independencia de las medidas ordinarias previas que se resuelvan en la resolución que se dicte, poniendo fin al procedimiento. Son las siguientes: 1) Las establecidas en el art. 102 CC: la posibilidad de vivir separados y el cese de la presunción de convivencia conyugal, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica; 2) La guarda y custodia de los menores. Cabe fijar al cuidado de qué progenitor permanecerán los hijos. La guarda y custodia hace referencia a los cuidados diarios, continuos y a la convivencia de los hijos. Sin que ello suponga para el otro progenitor privación de la titularidad de la patria potestad; y 3) El uso de la vivienda y ajuar familiares.

No se puede resolver nada sobre la patria potestad, el régimen de visitas, ni sobre alimentos a los menores o entre cónyuges, ni sobre otras cuestiones económicas, sin perjuicio de que puedan tratarse en el procedimiento de medidas previas, medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda o/y en el principal de separación, divorcio o nulidad.

Para poder adoptar estas medidas «*inaudita altera parte*», deben concurrir los siguientes requisitos: a) Una razón de urgencia que justifique la adopción de tales medidas siendo imprescindible que se aporte un principio de prueba sobre el peligro anunciado: riesgo de violencia doméstica y necesidad de proteger al cónyuge y a los hijos; y b) La posibilidad real de oír a la otra parte contra quien se dirige la medida en el plazo más breve posible, dada la limitación y restricción de sus derechos, en especial de defensa.

Si estas medidas hubieran sido adoptadas por un Juez de Instrucción de Guardia (Reglamento 1/2005⁽⁴⁹⁾) en el transcurso de la adopción de una orden de protección o por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer⁽⁵⁰⁾, se permite que, además de las señaladas

(49) Acuerdo del CGPJ de 15 de septiembre de 2005 por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (BOE 27 de septiembre de 2005).

(50) A diferencia de las medidas cautelares de carácter penal adoptadas en una orden de protección, que pueden ser adoptadas de oficio atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima (art.

como urgentes por la legislación civil (art. 771.2 LEC), se adopten otras relativas al régimen de visitas, comunicación y estancias con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios [art. 544 ter 7) de la LECrim y 158.4 CC].

Respecto a las «Medidas previas ordinarias», hay que señalar que en el acto de comparecencia señalado por el Secretario judicial, si no hubiera acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar, o éste, oído el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el Secretario judicial señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes (art. 771.3 LEC). Este es el momento en que el abogado del solicitante que no contó con asesoramiento de letrado inicialmente, podrá y deberá, para no causar indefensión, completar, subsanar o modificar los hechos y las peticiones realizadas.

Finalizada esta comparecencia y la práctica de la prueba, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante Auto, contra el que no se dará recurso alguno (art. 771.4 LEC). El pronunciamiento deberá versar sobre los efectos y medidas que se refieren en los arts. 102 –ya visto– y 103 CC. En concreto:

1. *«Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía»*⁽⁵¹⁾.

No se podrá, por tanto, pedir en estas medidas previas la privación de la patria potestad, que requiere una sentencia dictada en procedimiento contradictorio (art. 170 CC), o su determinación en la sentencia del procedimiento principal (art. 92.3 CC), aunque sí podrá solicitarse si concurren circunstancias graves, que el ejercicio de la patria potestad se atribuye únicamente a uno de los progenitores⁽⁵²⁾. Cabrá, así, pedir la suspensión de la patria potestad cuando, por ejemplo, el progenitor no custodio

544 ter 6 LECrim.), las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces (art. 544 ter 7 LECrim.).

(51) *Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.*

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a. *Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*
- b. *Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*
- c. *Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

(52) *Vid. en este sentido GUZMÁN PÉREZ, «La violencia de género en los procesos de familia...», cit., p. 312.*

lleve tiempo ausente o se encuentre en prisión (sea por condena o no de violencia de género).

Deberá tenerse en cuenta, para la fijación del régimen de visitas de los menores con el progenitor no custodio, el interés de los menores y si existe Auto de alejamiento dictado por un Juzgado de Instrucción bien sea sólo respecto al cónyuge o también respecto a los hijos. Si la orden de alejamiento es sólo respecto al cónyuge, deberán realizarse las entregas de los hijos a través de los denominados puntos de encuentro familiar (PEF) o de alguna otra manera que impida el contacto entre los cónyuges.

Las visitas se podrán limitar o suspender, conforme determina el art. 94 CC, si existen graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial. Si se restringieran a unas horas o contando con la presencia de una tercera persona, la posibilidad de contar con los puntos de encuentro es inestimable⁽⁵³⁾.

2. *«Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno».*

3. *«Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas, si procede, las litis expensas, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad».*

No se podrán solicitar pensiones compensatorias, ya que no están previstas en el art. 103 CC. Pero éstas sí podrán pedirse como medida definitiva sobre la que deberá pronunciarse la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

4. *«Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo».*

5. *«Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio».*

Como ya habrá advertido el lector, las medidas civiles que puede adoptar el juez de violencia sobre la mujer en la orden de protección son muy similares a las medi-

(53) Vid. con relación a las aportaciones de los Puntos de Encuentro Familiar, Marta BLANCO CARRASCO, «Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores», en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 21, 2008, pp. 27-42.

das provisionales que puede adoptar el juez de primera instancia cuando media una demanda de nulidad, separación y divorcio, pues de acuerdo con el art. 103 CC, debe señalar cuál de los cónyuges tiene derecho a la guardia y custodia, el régimen de visitas y comunicación con los hijos menores, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, así como a quién se le atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar.

La LO 1/2004 añadió a las previstas en el art. 544 ter LECrim. medidas concretas encaminadas a la protección específica de los menores, así como la medida relacionada con la atribución del uso de la vivienda familiar, que afecta más directamente a la mujer y al conjunto de la familia.

Concretamente, el art. 64.2 de la Ley Integral establece que, con carácter excepcional, *«el Juez podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de vivienda, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y las condiciones que se determinen»*⁽⁵⁴⁾. Contempla, así, la posibilidad de que, previa autorización judicial, el cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda –en virtud de las medidas adoptadas en la orden de protección o de las medidas previas propias de un procedimiento matrimonial– disponga individualmente de este derecho de uso, aunque durante el tiempo y en las condiciones que se determinen⁽⁵⁵⁾. En definitiva, lo cede a cambio de otro derecho de uso sobre otra vivienda diferente. Se trata, como se ha señalado, de la primera vez que se reconoce expresamente esta facultad, hasta ahora limitada por las normas dirigidas a proteger la vivienda familiar⁽⁵⁶⁾.

(54) En su primer apartado el art. 64 dispone que: *«El juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo»*.

(55) En el II Encuentro Institucional entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la asociación Española de Abogados de Familia, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en noviembre de 2005, se acordó que esta medida puede ser adoptada por un Juzgado de Familia o de Primera Instancia siempre y cuando el mismo tenga competencia para el conocimiento del procedimiento civil.

(56) El art. 103. 2 CC, relativo a la adopción como medida provisional de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de un cónyuge dentro de un procedimiento matrimonial de nulidad, separación o divorcio no permite que el juez le faculte para permutar el derecho de uso que le fue concedido.

Y, además, conforme al art. 96 CC, una vez que se ha dictado sentencia de nulidad, separación o divorcio y se ha atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma, para disponer válidamente de la vivienda es preciso que concurra el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. Por ello, para la validez del acto de disposición es preciso el consentimiento del otro cónyuge, entendido como asentimiento en el caso de que no sea propietario. Pero sobre lo que no hay duda es que el cónyuge no titular de la vivienda que es beneficiado con el derecho de uso no puede disponer de él individualmente, permutándolo o cediéndolo a cambio del derecho de uso sobre otra vivienda. Además todo ello corroborado por lo establecido en el art. 1320 CC, previsto para los casos en los que no hay crisis matrimoniales, que determina que *«para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial»*. Vid. en este sentido, Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, coord. por Montserrat DE HOYOS SANCHO, Valladolid, 2009, p. 274.

Con relación al art. 64.2 se ha afirmado, asimismo, que incorpora, en el tratamiento del uso de la vivienda familiar, una nueva medida de protección y seguridad de la mujer víctima de la violencia de género, al permitir que ésta disponga de su derecho de uso cuando el cambio de vivienda pueda considerarse conveniente para su bienestar⁽⁵⁷⁾.

A esta medida se le ha criticado, no obstante, que excluya de sus beneficiarios al cónyuge víctima de violencia de género que no es propietario o copropietario de la vivienda, necesitado por igual de protección ante las agresiones, y que su eficacia se vea limitada a los titulares de derechos reales de propiedad, dejando fuera, en aras a proteger al titular de la vivienda, a los que la ocupan en arrendamiento o en precario⁽⁵⁸⁾.

En cuanto a las medidas de protección de los menores para casos de violencia de género, la Ley 1/2004 incluye como novedades, en sus arts. 65 y 66, las siguientes medidas (compatibles con otras medidas cautelares o de alejamiento) ya previstas por las normas generales: 1) El Juez podrá suspender para el inculcado de violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia respecto de menores (art. 65); y 2) El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes (art. 66).

Estas medidas, como se ha señalado, no deben contemplarse como sanciones al maltratador, sino como medidas a adoptar para proteger el interés superior del menor⁽⁵⁹⁾. De modo que su adopción no será automática, sino que deberán ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso y, solo en los supuestos más graves y perjudiciales para los hijos menores, siempre y cuando guarden conexión con la situación de violencia de género sobre la mujer, podrán acordarse dichas medidas cautelares⁽⁶⁰⁾.

Algunas voces abogan, no obstante, por el automatismo de estas medidas, en especial de la suspensión de visitas del padre maltratador⁽⁶¹⁾, en interés de los meno-

(57) Judith SOLÉ RESINA, «El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de género», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 1809 y ss.

(58) SOLÉ RESINA, «El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de género», cit., pp. 1809 y 1810. Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La víctima de violencia de género y la atribución...», cit., pp. 272-275.

(59) GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 166, quien se muestra crítica con la inclusión de estas medidas como efectos «sancionatorios respecto de los hijos», y SILLERO CROVE-TTO, «Análisis y evaluación de las competencias civiles...», cit., p. 76, nota 42. Al respecto, la STS de 24 de abril de 2000 (3419/2000) afirma que «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 puede resultar tipificado), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor».

(60) La Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, matiza que estas medidas deben ser de aplicación limitada a casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconseje, recordando que el legislador ha querido arbitrar una media cautelar dirigida a la protección de los menores, no una medida sancionadora.

(61) En la doctrina española se discute especialmente si el régimen de visitas debe limitarse o suspenderse automáticamente o si, por el contrario, resulta precisa una ponderación sobre si existen causas que supongan un perjuicio para el menor o le coloquen en una situación de riesgo. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA y MOYA CASTILLO sostienen que su no limitación a determinados supuestos de violencia (grave, reiterada) o al informe psico-social correspondiente, y pese a contener solo una facultad del Juez («podrá»), son elementos que parecen indicar que la regla general en estos procesos deberá ser la suspensión de las visitas (*Violencia de*

res⁽⁶²⁾. Y ello desde la perspectiva de considerarlos víctimas directas de la violencia, como testigos de la situación de violencia familiar, entendiendo que aun cuando no hayan recibido maltrato físico directo, existe una situación de maltrato emocional⁽⁶³⁾.

En nuestra opinión, el planteamiento automático y *a priori* de una opción concreta no parece el más adecuado para solventar la generalidad de los supuestos, ya que creemos que el interés del menor exige una valoración judicial del supuesto concreto y atender a la gravedad de los hechos penales y su frecuencia para determinar si procede la suspensión, tanto del ejercicio de la patria potestad como del régimen de visitas, estancias y comunicaciones⁽⁶⁴⁾.

Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género. Una visión práctica, Barcelona, 2005, pp. 148 y ss.).

(62) La Guía de Buenas Prácticas del Proyecto Daphne austriaco de 1997 establecía que: «debería restringirse el régimen de visitas y comunicación del maltratador respecto a los hijos menores de edad, salvo que aquél demuestre que la comunicación entre ambos es positiva para éstos».

(63) Las asociaciones de mujeres expertas en violencia de género, de ámbito internacional y nacional (Organización Save the Children, Federación Nacional de Mujeres Separadas y Divorciadas, Asociación de Mujeres Juristas Themis, etc.) consideran que el progenitor violento no debe ejercer ningún tipo de visitas respecto de sus hijos menores por las siguientes circunstancias: 1. Los hijos que han sido expuestos a violencia de género en su ámbito familiar son siempre víctimas, junto con sus madres; 2. La violencia psicológica continúa y se prolonga indefinidamente a través de estas visitas; 3. Los hijos que han sido testigos de la violencia continúan reexperimentando el trauma durante las visitas con el agresor; 4. Se está anteponiendo el contacto entre padres e hijos, a pesar de que se haya demostrado el comportamiento violento del progenitor, permitiéndose que los derechos del padre biológico primen sobre la seguridad física y mental de los hijos; 5. Las madres que se oponen a estas visitas son castigadas judicialmente, y se las califica como vengativas o manipuladoras; 6. El tratamiento de las secuelas físicas, emocionales y de socialización que padece el niño testigo-víctima de violencia implica la ruptura de la relación con el causante de dichos trastornos; 7. La erradicación es imposible si se mantiene la transmisión intergeneracional de la violencia, por lo que es preciso romper definitivamente con el modelo violento. Contundentes también lo son las propuestas realizadas por el Observatorio de Violencia Doméstica, alegando que la violencia entre cónyuges, indiciariamente acreditada, debe ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos. Se argumenta que los menores son siempre víctimas de violencia psicológica y es un modo de romper el círculo o cadencia de la violencia, por la cual los menores la asumen como medio de solución de conflicto». La Asociación de Mujeres Juristas Themis «denuncia la inaplicación por parte de los tribunales de la posibilidad de ampliar el alejamiento a los hijos e hijas menores con suspensión automática del régimen de visitas. Lo que implica la invisibilidad de los efectos de la violencia de género en los hijos sin tener en cuenta que crecer en un hogar violento tiene para los/las menores consecuencias psicológicas negativas y, en este sentido, es una forma de maltrato psicológico según el Estudio Mundial de la Infancia del año 2007 de UNICEF). Como consecuencia de lo anterior la ampliación del alejamiento respecto de los hijos/as debería ser la generalidad y no la excepción», conclusión núm. 35, *Conclusiones finales del Encuentro Evaluación del tratamiento judicial de la Violencia de género en el ámbito de la pareja*, 19 y 20 de noviembre de 2010.

Por su parte, el Observatorio de Violencia Doméstica alega que «la violencia entre cónyuges, indiciariamente acreditada, debe ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos». Y argumenta que «los menores son siempre víctimas de violencia psicológica y es un modo de romper el círculo o cadencia de la violencia, por la cual los menores la asumen como medio de solución de conflictos».

(64) En este sentido TASENDE CALVO, «Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral...», cit., p. 7, para quien el factor relevante no es la conducta violenta, sino el interés del menor, que estaría por encima del de sus progenitores, incluida la mujer víctima de la violencia de género; GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 166 y María Paz GARCÍA ABURUZA, «La violencia doméstica desde el ámbito civil», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2010, p. 122. Con relación a la suspensión del régimen de visitas rechazan que se adopte de forma automática ante situaciones de violencia de género Francisco Manuel GUTIÉRREZ ROMERO, «Incidencia de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, 2010, p. 1272; Beatriz

Estas medidas cautelares introducidas por la Ley 1/2004 deberán adoptarse mediante Auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con la intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa (art. 68), pudiéndose mantener tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, constando, en tal caso, en la sentencia (art. 69)⁽⁶⁵⁾.

La Ley Integral regula otro efecto civil en su disposición adicional vigésima, cuyo establecimiento, por lo demás, no corresponde al JVM, sino a la autoridad administrativa. La referida disposición da una nueva redacción al art. 58 de la LRC, relativo al cambio de apellidos, añadiéndole a este precepto legal un segundo párrafo de acuerdo al cual «2. Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con Audiencia del Consejo de estado. En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiera podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados por el Reglamento»⁽⁶⁶⁾. Esta medida es, como se ha señalado, un elemento más de protección útil a las personas que sean objeto de violencia de género e hijos, como complemento a las posibles órdenes judiciales de

VERDERA IZQUIERDO, «Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2010, p. 72 y SILLERO CROVETTO, «Análisis y evaluación de las competencias civiles...», cit., p. 80, quien se apoya en la declaración realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, indicando que «debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 CC como un derecho que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos».

(65) En los procedimientos de violencia de género, tanto la suspensión del ejercicio de la patria potestad o la custodia de menores, como la suspensión del régimen de visitas, tienen un carácter mixto civil y penal, y una virtualidad propia, ya que ambas se encuentran expresamente reguladas por la LO 1/2004 en los artículos 65 y 66, lo que supone que no es de aplicación lo establecido en el art. 544 ter. 7 LECrim, respecto a la vigencia temporal de 30 días desde que se dicta, por cuanto este plazo se refiere a las medidas de carácter civil vigentes hasta que se inicie un proceso civil. Estas medidas tienen un carácter autónomo de protección de las víctimas, en atención al peligro en que puedan encontrarse los menores a quienes se refiera, y por tanto sin el límite temporal referido, pudiendo ser acordadas de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de protección a la víctima de violencia contra la mujer, o sus hijos o personas que convivan con ella.

Aunque se trata de medidas cautelares penales a adoptar mientras se tramita el procedimiento, ha de tenerse en cuenta que si finalmente existe condena, se establece la obligatoriedad de que, junto a la pena principal, se acuerde como pena accesoria la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que en su caso se hubiera reconocido en sentencia civil, hasta el total cumplimiento de la pena (art. 57.2 CP en relación con el art. 48.2 CP que se refiere a la prohibición de acercarse a la víctima). La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y de la guarda es una pena principal que puede ser adoptada por el juez cuando lo estime adecuado al interés del menor, lo que no sucede con el régimen de visitas, que es pena accesoria de obligada imposición.

(66) Esta norma ha sido desarrollada por la modificación operada en el art. 208 del Reglamento del registro Civil por RD 170/2007, de 9 de febrero, donde se establece el procedimiento para el cambio.

alejamiento que se pudieran dictar, ya que impide la localización de la víctima por el agresor⁽⁶⁷⁾.

2. Medidas Provisionales Coetáneas

Si las medidas previas no hubieran sido solicitadas o hubieran quedado sin efecto por el transcurso de los 30 días previstos (si se han adoptado por un JVM se podrán prorrogar hasta la sentencia), se podrán solicitar con el escrito de demanda de separación, divorcio o nulidad, las medidas provisionales del art. 773 LEC y las medidas definitivas que vendrán determinadas en la sentencia de separación, divorcio o nulidad (art. 774). El contenido de las medidas provisionales es exactamente igual que el de las medidas previas anteriormente expuestas (art. 103 CC).

3. Medidas Definitivas

En cuanto a las medidas definitivas que debe contener la sentencia de separación, divorcio o nulidad, son las previstas por el arts. 90 y siguientes del CC que sustituirán a las acordadas con carácter provisional:

a) El cuidado de los hijos sujeto a la patria potestad de ambos, y el ejercicio de ésta. Hay que tener aquí en cuenta que el art. 92.3 CC permite la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello⁽⁶⁸⁾. Sin duda, los supuestos de violencia doméstica nos conducen a casos de privación de la patria potestad, tanto cuando la violencia es ejercida contra los propios menores como cuando es ejercitada en su entorno, por ejemplo a la madre⁽⁶⁹⁾. Ahora bien, con la privación de la patria potestad en el proceso matrimonial no se pretende sancionar al progenitor, sino salvaguardar en todo momento los intereses de los menores⁽⁷⁰⁾.

(67) Andrés MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGSERVER, «La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)», en *Diario La Ley*, núm. 6974, 2008, p. 12.

(68) El art. 92.3 CC, según última redacción de la Ley 15/2005 de 8 de julio.

(69) La SAP de Pontevedra de 14 de julio de 2000 (AC 2046) afirma que: «La medida de privación de la patria potestad del ahora apelante se funda... en el grave incumplimiento de sus deberes familiares puesto de manifiesto en su comportamiento gravemente violento, irritable e incluso, vejatorio, hacia su esposa e hijos, que venía esencialmente motivado por su problema de alcoholismo y por sus propias deficiencias socio-culturales que le hacían considerar que tanto su esposa como sus hijos le debían obediencia ciega y que podía disponer de sus actos».

(70) A diferencia de lo que ocurre en el art. 92.3 CC, en el que la privación se configura como algo secundario en el proceso, en el art. 170 CC supone una sanción al estar dirigida a tal fin. En este sentido, la SAP de Valladolid de 11 de abril de 1994 (AC 705) y SAP de Lleida de 18 de febrero de 1993 (AC 567) señalan que: «el párrafo tercero del art. 92 ofrece la posibilidad de acordar, en las sentencias de separación, divorcio y nulidad matrimonial, la privación de la patria potestad siempre que «en el proceso se revele causa para ello» no a título de pura sanción, cual acontece con el art. 170.I CC, referido éste a procesos dirigidos a dicha privación, sino como producto del conjunto de circunstancias acreditativas en cualquiera de los procesos de nulidad, divorcio o separación, y siempre que ello redunde en beneficio o lo exija el mejor cuidado y atención de los hijos menores, y si bien ciertamente, como dice la sentencia apelada, tal medida extrema debe ser aceptada con suma cautela y

De modo que, en relación a la violencia de género, la privación de la patria potestad se decretará en aquellos casos en que conste claramente el perjuicio o daño moral y psicológico para el menor, derivado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que representa⁽⁷¹⁾.

También se prevé la posibilidad de guarda conjunta (la llamada custodia compartida) si lo solicitan ambos padres en la propuesta de convenio regulador o durante la tramitación del procedimiento o, incluso, a petición de uno solo de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal, cuando el Juez entienda que de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. Para ello se podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados. Sin embargo, a tenor del art. 92.7 CC, esta guarda conjunta «no procederá cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica»⁽⁷²⁾.

La redacción del precepto, si no se interpreta adecuadamente, puede dar lugar a fraudes importantes. Al referirse el precepto a «incurso en un proceso penal (...)», cabría concluir que con la denuncia que da lugar al inicio del procedimiento penal para la investigación del presunto delito automáticamente privaría de esta posibilidad, aun cuando posteriormente al procedimiento de familia la misma se archivase o se dictase sentencia absolutoria⁽⁷³⁾; no obstante, es evidente, y así lo sugiere el sentido común, que, si media denuncia entre las partes, difícilmente éstas se hallarán preparadas para asumir una custodia compartida, ya que no parece que estén en disposición de establecer una relación viable entre ellas basada en el respeto y la colaboración.

Al hilo de lo anterior, el conflicto podría plantearse de otra forma: una previa sentencia de familia que acuerde una patria potestad y custodia compartidas, y una denuncia penal posterior por violencia de género, que permitirían al Juez de Violencia acordar la suspensión de la patria potestad y de la guarda y custodia de los menores, al amparo del art. 65 de la LO 1/2004, cuando las circunstancias lo aconsejaren, en especial el perjuicio que para el menor pudiera suponer su mantenimiento.

b) El régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos, e incluso con los abuelos previa audiencia de éstos y de

siempre ante casos claros y graves de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma...». En igual sentido, la SAP de Vizcaya de 8 de febrero de 1999 (AC 3913), la STS de 12 de junio de 2004 (RJA 4371) y STS de 23 de febrero de 1999 (RJA 1130).

(71) En este sentido RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, p. 63 y VERDERA IZQUIERDO, «Cuestiones de Derecho de Familia...», cit., pp. 61-62.

(72) Vid. en cuanto a los temas que suscita la custodia compartida María Paz GARCÍA RUBIO y Marta OTERO CRESPO, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, 2006, pp. 69-105.

(73) GARCÍA RUBIO duda sobre la constitucionalidad de la exigencia de «estar incurso» y la alusión a «fundados indicios», pues se restringe el contacto con los menores sin sentencia que acredite la situación («El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 169).

los padres, siempre teniendo presente el interés del menor. Sin embargo, el art. 94 CC prevé que el Juez podrá limitar o suspender el régimen de estancia y comunicación, si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Esta medida no se realizará, pues, de forma automática por la existencia de violencia de género⁽⁷⁴⁾.

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar que, en defecto de acuerdo, corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96 CC). Si no hubiera hijos, podrá acordarse que el uso corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Conforme a ello, cabe deducir que el uso de la vivienda deberá atribuirse, con carácter general, a la víctima de la violencia de género y a los hijos menores que lo necesitan para satisfacer sus necesidades de alojamiento⁽⁷⁵⁾.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de los hijos, así como las bases de actualización y garantías (art. 93 CC). Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que les sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes CC.

La disposición adicional decimonovena de la Ley Integral dispuso, bajo la rúbrica, «Fondo de garantía de pensiones» lo siguiente: *«El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género»*. Dicho Fondo fue creado por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 y su ordenación se encuentra en el RD 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (BOE de 14 de diciembre). Este Fondo no cubre las situaciones de impago de pensiones alimenticias o compensatorias a las víctimas de violencia de género. La razón de tal exclusión parece ser las previsibles dificultades presupuestarias⁽⁷⁶⁾.

e) La disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 CC). Si el matrimonio fuera declarado nulo y además existe mala fe en uno de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial, las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte. Además tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97 CC.

(74) Vid., por todos, VERDERA IZQUIERDO, «Cuestiones de Derecho de Familia...», cit., p. 72.

(75) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La víctima de violencia de género y la atribución...», cit., p. 268.

(76) Vid. para un estudio más detallado del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos ALBERT AZAGRA MALO, «El fondo de Garantía del Pago de Alimentos: Comentario al RD 1618/2007, de 7 diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2008.

f) Compensación, denominada anteriormente «pensión compensatoria», cuando así se haya solicitado por alguna de las partes, a favor del cónyuge cuya separación o divorcio haya producido un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento respecto de su situación anterior en el matrimonio. Tal compensación podrá consistir en una pensión de carácter temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única (art. 97 CC) y se determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.º los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; 2.º la edad y el estado de salud; 3.º la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; 4.º la dedicación pasada y futura a la familia; 5.º la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.º la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.º la pérdida eventual de un derecho de pensión; 8.º el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9.º cualquier otra circunstancia relevante. También se fijarán las bases para su actualización y las garantías para su efectividad.

La Ley 15/2005 introdujo la posibilidad de prestación única y la pensión de carácter temporal que, por otro lado, ya había sido admitida por el Tribunal Supremo⁽⁷⁷⁾. También prevé el art. 99 CC que podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Obsérvese que esta posibilidad cabrá siempre que haya acuerdo y que podrá aplicarse también a la compensación única. Esta pensión solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 CC) y se extinguirá por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona (art. 101 CC). Pero no se extinguirá por el solo hecho de la muerte del deudor.

El art. 174.2 LGSS exige a las personas divorciadas o separadas judicialmente para causar pensión de viudedad, entre otros presupuestos, el ser acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC y que ésta quede extinguida a la muerte del causante. El mismo precepto prescribe, sin embargo, que las mujeres víctimas de violencia tendrán derecho a la pensión de viudedad, aunque no sean acreedoras de la pensión compensatoria que prevé el art. 97 CC, siempre que prueben que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme o, de otro modo, el archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento.

En el caso de que no hubiera sentencia, cabe la posibilidad de su acreditación a través de la orden de protección dictada a su favor, o bien, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho⁽⁷⁸⁾.

(77) Sentencias de 10 de febrero de 2005 y de 28 de abril de 2005 en las que se indica que la pensión compensatoria cumple una misión reequilibradora y se admite el carácter temporal, unificando así la doctrina dispar que existía en diversas Audiencias Provinciales.

(78) El art. 174.2 CC, según última redacción de la Ley 26/2009 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del estado para el año 2010, disposición final tercera, apartados diez y catorce. En su redacción original, conforme a la Ley 40/2007, de Medidas de Seguridad Social, no se recogía la excepción mencionada

Todas las medidas que se adopten deberán serlo en interés y beneficio de los menores. Estas medidas que podrán solicitarse en ejecución de procedimiento civil de separación, divorcio o nulidad, o en un procedimiento penal, o en uno de jurisdicción voluntaria, a petición del propio hijo, cualquier pariente, el Ministerio Fiscal o el Juez de oficio, son: 1) las convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres; 2) las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; 3) las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido; c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor; 4) en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

La reforma operada por la Ley 15/2005 prevé que las partes, de común acuerdo, puedan solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para someterse a mediación. Éste constituye un método alternativo de resolución de conflictos, en el que un tercero neutral ayuda a las partes a fin de que puedan alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes⁽⁷⁹⁾. Sin embargo, según la LO 1/2004⁽⁸⁰⁾, en todos los casos que entienda el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, está vedada la mediación (art. 87 ter 5 LOPJ). La razón de tan tajante prescripción legal, se acomoda, por un lado, al reconocimiento de la situación de precariedad, física y emocional de la víctima, ubicada en el círculo de la violencia e impediendo el normal desarrollo de su conciencia y voluntad en relación a los aspectos ya personales, ya económicos, derivados de la crisis de pareja; y por otro, al favorecimiento de una aplicación rigorista de la ley penal al imputado por estos delitos, impidiendo que la mediación pueda alcanzar a la calificación de éstos, banalizando o rebajando en cierto modo la gravedad de tales conductas criminales.

Pese a su claridad, la prescripción legal ha suscitado una polémica entre distintas instituciones y organizaciones jurídicas y parajurídicas, pues mientras para algunos –opinión a la que nos adherimos– se trata de una prohibición incuestionable en la

en el texto, determinando la incompatibilidad del art. 174.2 LGSS con el derecho a la protección integral de la mujer víctima de violencia de género que viene a garantizar la LO 1/2004, en cuanto condicionaba el acceso a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente a la previa fijación de una pensión compensatoria, sin tener en cuenta que la eventual beneficiaria de ésta ha podido renunciar a ella en el convenio regulador o no haberla solicitado en su propuesta de medidas por temor a su agresor. *Vid.* al respecto Magdalena UREÑA MARTÍNEZ, *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Cizur Menor, 2011, pp. 74-80.

(79) En línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación, se ha promulgado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

(80) Art. 44 que añade el art. 87 ter en la LOPJ, apartado 5 del mismo.

medida en que la violencia y mediación son dos realidades incompatibles⁽⁸¹⁾, según otros el recurso a la mediación familiar podría, al menos en los casos menos graves, evitar o cuando menos disminuir los riesgos de violencia⁽⁸²⁾.

4. Modificación de medidas

De acuerdo con los art. 91 del Código Civil y 775 de la LEC las medidas definitivas adoptadas por la autoridad judicial en los procesos de familia serán susceptibles de modificación siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias que sirvieron de base para fijarlas en su momento y se trate de una variación permanente o duradera y no meramente coyuntural⁽⁸³⁾. Parece que no ofrece duda que la aparición de episodios de violencia de género supone una alteración sustancial de circunstancias y que, en cuanto tal, deberá suponer una modificación de las medidas personales adoptadas en su día y concretamente las relativas a los hijos menores (patria potestad⁽⁸⁴⁾, guarda y custodia y régimen de visitas⁽⁸⁵⁾). En caso concreto deberá realizarse un juicio

(81) En este sentido, la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF), «Con violencia no hay mediación», en Jornada «LA VIOLENCIA DE PAREJA CONTRA LAS MUJERES» organizada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, UNAF y la Asociación «Salud y Familia» (Madrid, 26 de mayo de 2011) y GARCÍA RUBIO, «El marco civil en la violencia de género...», cit., p. 171. Por lo demás, es el criterio adoptado por las leyes autonómicas sobre mediación familiar. Así, por ejemplo, el art. 8.4 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar, añadido por virtud de la disposición adicional primera 4. de la ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

(82) En este sentido, el Comunicado del CGPJ sobre la necesidad de la implantación de la mediación familiar, tras el Encuentro entre Jueces y Magistrados de Familia, con Fiscales, Secretarios Judiciales y representantes de la Asociación Española de Abogados de familia, en el apartado VIII, se indica: «*En relación con la mediación familiar en situaciones de violencia, entendemos por unanimidad que no puede excluirse la mediación familiar de forma absoluta sin hacer distinción entre los casos en los que la violencia es efectivamente relevante, e incide en la posición de igualdad de las partes, de aquellos otros casos en los que el grado de violencia no afecta a la libertad de criterio de la víctima. Esta prohibición general vulnera el propio derecho de la víctima en los casos en los que ésta opte libre, y voluntariamente por aceptar un proceso de mediación, que puede resultar muy positivo, como demuestra el derecho comparado, como elemento de prevención de la violencia y como mitigador de sus perniciosos efectos para la víctima. Se deja constancia de que en esta materia relativa a sustracción de menores e impago de alimentos el Derecho Internacional trabaja de forma clara en mediación familiar, como modo de solucionar este tipo de problemas en los que, en muchos casos, existen situaciones de violencia*».

En la doctrina aceptan el recurso a la mediación VALLÉS BEZAREZ, «Repercussió pràctica per als advocats de família de la competència dels tribunals de família i de la violència de gènere», en FERRER VANRELL et al., M.P., *Tribuna Parlamentaria, Jornades sobre violència de gènere*, Parlament de les Illes Balears, 2007, p. 117; ARANDA RODRÍGUEZ, «Medidas civiles contra la violencia de género...», cit., pp. 21 y 22 y JIMÉNEZ MUÑOZ, «En defensa de la mediación familiar en violencia de género», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, 2008, pp. 25-37, especialmente, p. 30, quien defiende que, a pesar de la aparente prohibición general, la Ley 1/2004 no veda absolutamente la posibilidad de mediación. Este mismo autor estima la necesidad, al menos, de plantear la posibilidad de arbitrar algunos supuestos en los que estaría permitida la mediación familiar, existiendo un proceso penal en el juzgado de violencia (*op. cit.*, p. 29).

(83) *Vid.* con relación a la causa y el objeto del procedimiento de modificación Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, *La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, Valladolid, 2007, pp. 33-37.

(84) PÉREZ MARTÍN, *La modificación y extinción de las medidas...*, cit., p. 159.

(85) PÉREZ MARTÍN, *La modificación y extinción de las medidas...*, cit., pp. 356-357.

de ponderación sobre la entidad de la modificación, peor siempre teniendo en cuenta las siguientes ideas básicas:

a) La víctima de la violencia basada en el género no es sólo quien la padece directamente, sino que también pueden resultar afectadas por ella otras personas, como los hijos.

b) La violencia grave o reiterada debe ser causa de suspensión del régimen de visitas si quien la ejerce sobre el otro progenitor o sobre los hijos es quien no ostenta su custodia.

c) En los demás supuestos deberá valorarse fundamentalmente el beneficio del menor, jugando un papel muy útil los Puntos de Encuentro Familiar en cuanto que pueden garantizar la seguridad del progenitor agredido y mantener el régimen de relación de los menores con el otro progenitor. En los lugares donde no exista este tipo de recursos, se debe evitar el contacto entre los progenitores, acordando que la entrega y recogida de los menores sea en los Colegios o utilizando intermediarios familiares⁽⁸⁶⁾.

Igualmente puede acordarse cautelarmente la suspensión del régimen de visitas en ejecución de la resolución que lo acordó, en base al art. 158-4.º CC, siempre que se acredite la situación de violencia alegada y que ésta resulta gravemente perjudicial para los menores, sin perjuicio de remitir a las partes al proceso de modificación correspondiente para la adopción de la medida definitiva.

(86) En este sentido José Luis UTRERA GUTIÉRREZ, «Aspectos civiles de la violencia doméstica: especial referencia a la coordinación de las jurisdicciones penal y civil», *Encuentros «Violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 213-214.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CUESTIONES PROCESALES

No se ha vulnerado ningún derecho constitucional en la adopción por los tribunales españoles de medidas paterno filiales, pues la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal no afecta a los contenidos del art. 24.1 de la CE. Aunque el padre sostenía que existió una sustracción ilegal que impedía que los tribunales españoles conociesen del procedimiento, se aquietó con la resolución que declaró que el traslado fue lícito.

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 127/2013 de 3 de junio

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luis Ignacio Ortega Álvarez**

ANÁLISIS DEL CASO

El 20 de enero de 2009 doña S.B.B. formuló demanda sobre guarda y custodia, derecho de visitas y alimentos de su hija menor, que se siguió como juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, procedimiento de relaciones paternofiliales.

El 26 de febrero de 2009 el padre de la menor contestó a la demanda planteando la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Además, el 30 de enero de 2009 había promovido ante la autoridad central belga el retorno inmediato de la menor a Bélgica, de conformidad con lo establecido en el Convenio de La Haya de 1980, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Este procedimiento se siguió en España ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, procedimiento 237-2009. Por Auto del Juzgado de 20 de abril de 2009 se desestimó la solicitud de restitución de la menor al concluir el órgano judicial que no era un supuesto de sustracción internacional en los términos del Convenio. Este Auto, que no fue recurrido, puso fin al procedimiento.

Tras la conclusión del procedimiento 237-2009, el procedimiento 75-2009 siguió su curso y, por Auto de 27 de abril de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña se declaró competente con la siguiente motivación: «la parte plantea o arguye su posicionamiento de entender que han de ser competentes los tribunales de

Bélgica, en que se ha producido un traslado ilegal de la misma [la menor] y al respecto, reiteramos, este tribunal ya se ha pronunciado en sentido contrario y al socaire de dicho pronunciamiento hemos de entender que somos competentes conforme establece el art. 22.3 LOPJ» (fundamento jurídico único). Contra esta resolución el recurrente formuló incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado por Auto de 16 de junio de 2009.

A requerimiento de la autoridad central belga el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña comunicó la decisión española de no restitución de la menor al Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. A este hecho siguieron varias actuaciones procesales.

El 17 de junio de 2009 el recurrente presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña por el que solicitaba la suspensión del procedimiento 75-09. Argumentaba que se había trasladado la decisión de no retorno al Tribunal belga en aplicación del art. 11.6 del Reglamento 2201/2003 y que era el Tribunal belga el competente. La solicitud fue denegada por Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, de 7 de julio de 2009. El Auto descartaba dicha interpretación del Reglamento, añadiendo «que ya por Auto de 27 de abril de 2009 se declaró la competencia de los tribunales españoles para conocer del procedimiento de guarda y custodia de la menor». El recurrente interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Auto de 31 de julio de 2009.

El 6 de julio de 2009 el recurrente presentó nuevo escrito reiterando, en idénticos términos, la solicitud de suspensión. Fue desestimada por Auto de 23 de julio de 2009, que repite la fundamentación jurídica del Auto de 7 de julio de 2009, recordando, además, que dicho Auto ya había desestimado esa pretensión. El recurrente interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Auto de 2 de octubre de 2009.

El 7 de agosto de 2009 el recurrente promovió demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sobre la base del art. 11.7 del Reglamento 2201/2003. El recurrente solicitaba, entre otras, el retorno inmediato de la menor, la atribución de la guarda y custodia al padre y la imposición de multas coercitivas a la madre en caso de incumplimiento. Por Sentencia de 20 de octubre de 2009 el Tribunal belga acordó dichas medidas. La madre de la menor interpuso recurso de apelación. Por su parte, el padre, con fecha 22 de octubre de 2009, presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña aportando la Sentencia belga y solicitando la suspensión del procedimiento 75-2009. La solicitud de suspensión fue denegada por providencia de 6 de noviembre de 2009, «al no concurrir causa legal que la ampare, ya que por Auto de 20 de abril de 2009 se ha declarado que no ha habido traslado ilegal ni sustracción internacional de la menor, así como por auto de fecha 27 de abril de 2009 se ha declarado la competencia de este Juzgado para conocer de la demanda promovida por la representación procesal de doña [S.B.B.]».

El procedimiento 75-2009 desembocó en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, de 11 de noviembre de 2009. El Juzgado, a la vista de las circunstancias, «estima más ajustado a los intereses de la menor que continúe bajo la guarda y custodia de la madre», establece la patria potestad compartida, un régimen de visitas para el padre y una pensión de alimentos a favor de la menor.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, de 11 de noviembre de 2009, fue recurrida en apelación por ambas partes. La apelación se siguió ante la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Quinta), rollo 235-2010. En lo que concierne al recurso de apelación el padre solicitaba, como pretensión principal, la declaración de falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, con nulidad de todo lo actuado. Argumentaba ampliamente que el asunto traía causa en un supuesto de sustracción internacional de menor y que el tribunal competente era el belga y no el español. Con carácter subsidiario solicitaba la atribución de la guarda y custodia de la menor y, con carácter subsidiario, impugnaba el régimen de visitas establecido y el modo en que habrían de abonarse los gastos extraordinarios. En cuanto al régimen de visitas, el recurrente consideraba que se había impuesto uno restrictivo y pedía otro notablemente más amplio.

En el recurso de apelación de la madre, y en lo que interesa a este recurso de amparo, se solicitaba restringir el régimen de visitas, en esencia, en lo atinente a las salidas de la menor del territorio español, por el peligro de que fuera objeto de traslado o retención ilícita por el padre que, se señalaba, no se consideraba vinculado por las resoluciones judiciales españolas y contaba con resoluciones belgas a su favor; todo ello, sin perjuicio de modificar las medidas si las resoluciones judiciales belgas y españolas llegasen a ser conciliables.

Ante los tribunales belgas, el recurso de apelación interpuesto por la madre contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, de 20 de octubre de 2009, fue resuelto por la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, Sala Tercera, de 17 de junio de 2010. En lo que interesa a este recurso de amparo, esta Sentencia confirma la decisión del primer juez de declararse competente para conocer del asunto, de conformidad con el art. 11 del Reglamento 2201/2003, pero desestima las pretensiones del recurrente en amparo, relativas a la guarda y custodia de L. y la vuelta de ésta a Bélgica. En este sentido, el Tribunal de apelación parte de que el criterio determinante para pronunciarse sobre la guarda y custodia es el interés de la menor, prescindiendo, dice expresamente, de consideraciones sobre el conflicto entre los padres y los divergentes puntos de vista de los órganos belgas y españoles sobre el retorno de la menor. Así, toma en consideración que la madre se ha vuelto a casar y tiene otro hijo, familia en la que vive la menor; que en estas circunstancias es ilusorio esperar que la madre se traslade a Bruselas. Pondera entonces la posibilidad de que la menor se trasladara sola a Bruselas, lo que descarta pues «no parece corresponder al interés de la niña», que tiene 3 años y perdería la presencia de la madre, «el principal progenitor de referencia», con la que siempre ha vivido, sin que el padre haya vivido nunca permanentemente con ella. Por el contrario, en España vive en una familia, con un hermano, lo que parece más propicio para su desarrollo social que una familia monoparental; en suma: «separar a [L.] del entorno maternal en el que vive ahora desde hace un año y medio, para encontrarse confiada, en otro país, a un padre con quien no vivió nunca, sin posibilidad de ver a su madre en otros momentos que durante los fines de semana y las vacaciones, implica un riesgo serio de grave traumatismo de la niña». El Tribunal de Apelación belga también valora que, aunque sostiene que el desplazamiento de la menor fue ilícito, «no se puede sin embargo sancionar el comportamiento reprehensible de la Sra. [B.B.] en detrimento del interés de la niña» y descarta que sólo si la niña

vive con el padre se puedan asegurar los derechos del otro progenitor: «Se puede suponer que la actitud poco constructiva de la Sra. [B.B.] se puede vincular con la escalada del conflicto entre las partes y con la multiplicación de los procedimientos judiciales tanto en España como en Bélgica, y que fue dictada en gran parte por su temor a ver al Sr. [G.] llevarse a la niña con él a Bélgica, a falta de marco donde ejercer el derecho de visita. Se puede razonablemente esperar que la atribución por la presente decisión de la guarda y custodia de la pequeña [L.] a la Sra. [B.B.] permitirá aliviar el conflicto, y que la Sra. [B.B.] –o en su defecto, los órganos judiciales españoles, en adelante competentes– tendrán a bien restaurar vínculos normales entre L. y su padre y de asignar a este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y su papel de padre». Concluye la Sentencia: «Por lo demás, el tribunal considera que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles son los más indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita del Sr. [G.], en aplicación del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis».

La apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, de 11 de noviembre de 2009, fue resuelta por la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Quinta) de 25 de enero de 2011. La Sentencia de la Audiencia Provincial confirma la competencia judicial internacional de los tribunales españoles (fundamento jurídico 2), confirma la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre (fundamento jurídico 3) y modifica el régimen de visitas establecido por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, acogiendo íntegramente la pretensión del recurrente, (fundamento jurídico 4), incluso en lo relativo a la forma de abono de los gastos extraordinarios (fundamento jurídico 5). Respecto a la competencia judicial internacional, cuestión resuelta en el fundamento jurídico 2, la Sentencia se sostiene en los siguientes argumentos. En primer lugar, «aun cuando sea dudoso si era a los tribunales belgas o a los tribunales españoles a los que le correspondía la competencia para resolver el presente procedimiento de relaciones paterno filiales –para lo cual es suficiente con leer los distintos escritos presentados por la parte demandante y demandada y por el Ministerio Fiscal, así como las diferentes resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 y por el tribunal belga– y aun cuando los tribunales belgas, y más en concreto, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas, Sala Tercera, de fecha 17 de junio de 2010, consideren que la competencia para conocer del presente litigio... les corresponde a los tribunales de ese país, no es menos cierto que, a pesar de ello, ni siquiera el Tribunal de Apelación de Bruselas considera que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10, objeto del presente recurso, sea nula... Es decir la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 17 de junio de 2010 reconoce que el presente procedimiento continúa en trámite, no cuestionando su validez». En segundo lugar, la Sentencia belga no establece un régimen de visitas para el padre y, como ella misma constata, la Sentencia española de Primera Instancia sí, a lo que añade: «Por lo demás, el tribunal [belga] considera que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles son los más indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita del Sr. [G.], en aplicación del art. 15 del Reglamento». Por lo tanto, dice la Audiencia Provincial, «al no pronunciarse los tribunales belgas sobre el derecho de visita del Sr. [G.] con su hija [L.], de aceptarse la pretensión de declarar la nulidad de la Sentencia de instancia, nos encontraríamos con que ningún tribunal, ni español, ni belga, regularía dicho régimen de visitas con lo que se conculcarían al mismo tiempo tanto el derecho del padre a mantener relaciones con su hija menor, como los de ésta a

crecer conociendo y conviviendo con su padre, a pesar de los problemas que se plantean con la distancia geográfica en que se encuentran el uno del otro». El fundamento jurídico 2 concluye así: «Dada la situación actual del conflicto –tener que decidir los tribunales españoles sobre el régimen de visitas que le corresponde al [G.] con su hija menor– que hace innecesario que tengamos que pronunciarnos sobre la competencia *ab initio* de los tribunales de uno u otro país, entendemos que este tribunal –además de pronunciarse sobre el régimen de visitas, pensión alimenticia, etc.– debe también decidir, con anterioridad, sobre la guarda y custodia de la hija menor [L.]». Respecto a la atribución de guarda y custodia de la menor, el fundamento jurídico, 3 reproduce literal e íntegramente (a salvo una frase en un evidente error material de transcripción) la fundamentación jurídica de la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 17 de junio de 2010 (que se ha resumido en el apartado e) de estos Antecedentes), a lo que añade únicamente lo siguiente: «Teniendo en cuenta todas las circunstancias que se relatan en la resolución del Tribunal belga, así como las razones expuestas por la sentencia de instancia, que la menor [L.] está próximo [*sic*] a cumplir 4 años y que desde su nacimiento ha vivido en compañía de su madre, no se le presenta ninguna duda a este tribunal de que la guarda y custodia de la menor debe ser atribuida a su madre doña [S.B.B.]».

Amén de en los referidos, los progenitores de la menor se han enfrentado en un piélago de procedimientos cruzados, entre otros, los que se refieren a continuación. El 6 de febrero de 2009 el recurrente promovió procedimiento de urgencia ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas para la adopción de medidas provisionales, que fueron efectivamente adoptadas por Sentencia de 2 de junio de 2009, que fue objeto de recurso de apelación, resuelto por Sentencia de 14 de enero de 2010. Igualmente promovió ante los tribunales belgas procedimiento de embargo de bienes contra la madre, en aseguramiento del pago de las multas coercitivas. Además, las autoridades belgas expidieron orden europea de detención y entrega contra la madre, para el enjuiciamiento de un presunto delito de sustracción de menor, que fue denegada por Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 26 de febrero de 2010. Por su parte, la madre ha denunciado al padre ante la policía en varias ocasiones. En cuanto a la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales que se pronunciaron sobre el régimen de relaciones paternofiliales, el recurrente promovió denegación de la eficacia en Bélgica de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña, de 11 de noviembre de 2009, pretensión que fue estimada por resolución belga de 12 de enero de 2010; asimismo solicitó la ejecución en España de la Sentencia de 20 de octubre de 2009, que fue desestimada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de A Coruña de 23 de diciembre de 2009.

El padre interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El padre denuncia en el recurso de amparo la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente de

derecho fundamental a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, con invocación del art. 120.3 CE y doctrina constitucional so-

bre motivación y fundamentación en Derecho. También denuncia vulneración del «derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1 CE), «derecho a la protección integral de los hijos» (art. 39.2 CE), «derecho de los niños a gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos» (art. 39.4 CE), en conexión con el art. 10.2 CE. Alega que los órganos judiciales han inaplicado indebidamente el Reglamento 2201/2003 y que los tribunales españoles no eran competentes para conocer de la demanda de relaciones paternofiliales pues, sostiene, en el caso media la sustracción internacional de la menor y, en dicha circunstancia, conforme al Reglamento son competentes los tribunales belgas. A su juicio, los órganos judiciales han resuelto con una selección de la norma aplicable arbitraria, manifiestamente irrazonable y fruto de error patente que demanda la intervención de este Tribunal. En concreto, respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial, califica de «fundamentación incongruente, errónea, arbitraria e irrazonable», la que le lleva a conocer del procedimiento con el argumento de que el Tribunal belga no se ha pronunciado sobre el derecho de visitas, «a pesar de reconocer que los tribunales españoles no tenían competencia».

Aunque el recurrente refiere la vulneración de los derechos recogidos en el art. 39.1, 2 y 4 CE, esta queja ha de rechazarse *a radice* por cuanto, de conformidad con los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, los derechos y libertades susceptibles de amparo son los reconocidos en los arts. 14 a 29 CE y la objeción de conciencia reconocida en el art. 30 CE. Por tanto, el objeto de esta demanda se concreta en determinar si el recurrente ha visto vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, en cuanto a la declaración de competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Se ha señalado anteriormente que el recurrente delimita su queja de forma que el conjunto de su argumentación combate tanto la motivación de la Audiencia como la del Juzgado. Pues bien, aunque la Sentencia de la Audiencia confirma la competencia de los tribunales españoles con una motivación sustancialmente distinta y sin tachar

la del Juzgado, habida cuenta de que resuelve de forma definitiva sobre la cuestión, el análisis de este Tribunal ha de constreñirse a la motivación y fundamentación en Derecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Como hemos recordado en la STC 64/2010 de 18 de octubre, FJ 3, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; y 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas).

Este Tribunal, precisó en la STC 214/1999, de 29 de noviembre, que «cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 C.E. o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento» y, más adelante, afirmó

que «es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (FJ 4), criterios éstos que hemos reiterado posteriormente (por todas, SSTC 96/2006, de 27 de marzo, FJ 6; y más recientemente 105/2009, de 4 de mayo, FJ 2).

En relación con las normas de competencia judicial internacional, vinculadas al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y, por tanto, al principio de interpretación *pro actione*, este Tribunal ha dicho que las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado) responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia (STC 61/2000, 13 de marzo, FJ 4).

Antes de analizar la motivación controvertida conviene hacer una observación que afecta de forma concluyente a la argumentación con la que el recurrente sostiene la queja que trae en amparo. El recurrente parte de la premisa de

que la menor fue trasladada ilícitamente. Para tales casos, de conformidad con el art. 10 del Reglamento 2201/2003, en materia de responsabilidad parental son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado, frente a la competencia general prevista en el art. 8 del Reglamento, que determina la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor en los supuestos en que no subyace una sustracción internacional. Pues bien, en un procedimiento anterior al que es objeto de este amparo, los Tribunales españoles establecieron que el traslado de la menor fue lícito. Hay que poner de relieve que, ante aquella resolución judicial, el recurrente se aquietó y la resolución devino firme sin haber sido recurrida. Concluido el procedimiento en el que se declaró lícito el traslado, la fundamentación de cualquier resolución judicial posterior de los tribunales españoles, en lo que ahora interesa, en relación con la cuestión de la competencia judicial internacional, no puede soslayar la situación declarada en el procedimiento previo so riesgo de incurrir en vulneración del derecho fundamental a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE) pues el órgano judicial, como este Tribunal ha dicho, no puede desconocer lo resuelto por Sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia (SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2, y 208/2009, de 26 de noviembre, FJ 6).

Entrando en el análisis de la motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial, como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Audiencia tras afirmar que el propio Tribunal belga no cuestiona la validez del procedimiento en curso en España, argumenta lo siguiente: «al no pronunciarse los tribunales belgas sobre el derecho de visita del Sr. [G.] con su hija [L.], de aceptarse la pretensión de declarar la nulidad de la Sentencia de instancia, nos encontraríamos con que ningún tribunal, ni español, ni belga, regularía dicho régimen de visitas con lo que se conculcarían al mismo tiempo tanto el derecho del padre a mantener relaciones con su hija me-

nor, como los de ésta a crecer conociendo y conviviendo con su padre, a pesar de los problemas que se plantean con la distancia geográfica en que se encuentran el uno del otro». Y, al tener que decidir sobre el régimen de visitas, sigue la Sentencia, «debe también decidir, con anterioridad, sobre la guarda y custodia».

Trasladada la doctrina constitucional al caso de autos, y en lo que resulta del control externo que corresponde a este Tribunal, no se aprecia la vulneración del derecho fundamental que se denuncia por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y una fundamentación en Derecho, sin que se aprecie vicio de arbitrariedad, motivación irrazonable o error patente. La Sentencia fundamenta la competencia del tribunal español en la necesidad, lo que conecta con el concepto de foro de necesidad, conocido en Derecho, que vincula con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y con los derechos de la menor y del padre. El criterio de necesidad sustenta la competencia al objeto de garantizar el acceso a la jurisdicción de la pretensión procesal de establecimiento de un régimen de relaciones paternofiliales, evitando un resultado constitucionalmente inadmisibles, esto es, que dicha pretensión quede sin una resolución sobre el fondo; lo cual es un hecho cierto en lo atinente al derecho de visitas, sin que su extensión a la guarda y custodia pueda considerarse irrazonable cuando garantiza que el régimen de relaciones paternofiliales que se adopte sea completo, sin hacerlo depender de la suerte que pueda seguir la eficacia en España de la Sentencia belga.

Este Tribunal constata que la invocación de la necesidad en el caso responde a las exigencias constitucionales del sistema de competencia judicial internacional, en cuanto asegura una posibilidad razonable de accionar ante la Justicia, sin exigir una diligencia irrazonable o una carga excesiva que llevaría a su rechazo por exorbitante. A mayor abundamiento, hay que subrayar que, a diferencia de lo que en principio presupone el foro de necesidad, en el caso de autos la invocación de la necesidad como criterio de competencia no viene acompañada por la pre-

via constatación de inexistencia de otro foro que atribuya competencia judicial internacional a los tribunales españoles, sobre cuya concurrencia la Audiencia Provincial no se pronuncia. En este sentido, la cuestión se reduce al acierto en la selección, interpretación y aplicación del foro de competencia por el órgano judicial.

Abunda en favor de la adecuación constitucional de la motivación y fundamentación en Derecho controvertida un análisis de la misma en términos de razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor, principio que, como ha recordado este Tribunal, con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que «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» (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ, 3 entre otras). Pues bien, el caso de autos ha desembocado en una situación patológica, escapada de todas las prevenciones legales, en perjuicio de la menor cuyo interés demanda un régimen de relaciones paternofiliales estable, lo que implica que sea eficaz tanto en España como en Bélgica, como marco imprescindible para el desarrollo de los derechos de la menor y de los padres y como medida mínima para prevenir el riesgo de sustracción internacional. En orden a procurar este objetivo es significativo que la resolución de la Audiencia sobre la guarda y custodia incorpore materialmente la motivación de la Sentencia de apelación belga, haciéndola nuestra. Con la misma lógica, al fundamentar la competencia del Tribunal español en la necesidad la Sentencia exterioriza un criterio jurídico ajeno a la cuestión que está en el origen de la incompatibilidad de resoluciones judiciales, esto es, la consideración del traslado de la menor como lícito o ilícito, y los foros de competencia deudores de ese presupuesto.

Por último, la razonabilidad del resultado se aprecia no sólo desde la óptica del interés superior del menor sino de los derechos del padre ahora recurrente (expresamente en la motivación de la Sentencia «el derecho de padre a mantener relaciones con su hija menor») pues la situación claudicante también condicionaba severamente sus derechos. De esta suerte, la resolución judicial controvertida, en los términos en que se fundamenta, coadyuva a la garantía y ejercicio de los derechos del recurrente y entronca con el art. 39 CE y con el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Además, no puede ignorarse que, en cuanto al fondo, el Tribunal español reproduce la motivación y reitera el fallo de la decisión belga sobre la guarda y custodia y acoge íntegramente el régimen de visitas solicitado por el recurrente, de lo que resulta que ha obtenido la solución más favorable posible, a la luz del interés del menor en la actualidad, siendo legal y constitucional-

mente inviable, como parece reclamarse, una motivación y fundamentación en Derecho de la competencia judicial internacional en materia de relaciones paternofiliales ajena a este criterio.

Lo expuesto pone de manifiesto que, a diferencia del recurso de amparo que requirió el planteamiento de cuestión prejudicial por ATC 86/2011, de 9 de junio, en el presente recurso este Tribunal no se ha enfrentado a un problema cuya solución haya dependido, en medida alguna, de la interpretación y validez de una norma de Derecho comunitario. Antes al contrario, la duda interpretativa que pretendía suscitar el recurrente es una cuestión de legalidad ordinaria, ajena al ámbito de este proceso constitucional y, por tanto, por definición, innecesaria para poder emitir el fallo, lo cual es condición primera de aplicación del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Habida cuenta de lo cual, procede desestimar de plano el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos propuestos por el recurrente.

TRIBUNAL SUPREMO

PATRIA POTESTAD

No es necesario el nombramiento de defensor judicial para los hijos menores, al no existir contradicción entre los intereses de éstos y los de la madre, pues la resolución de un contrato de compraventa concertado por el padre fallecido, implicaba asumir el pago de un precio muy elevado, dado que sólo se abono un 5% del precio total del inmueble.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 5 de junio de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

En fecha 12 de marzo de 1998 se celebró contrato de compraventa en documento privado entre D.^a Rebeca y sus hijos, por una parte, como vendedores, actuando la primera en su propio nombre y como mandataria verbal de sus hijos, y D. Emiliano por otra, como comprador, cuyo objeto era la parcela sita en el término municipal de Marbella.

El precio pactado entre las partes fue de 100.000.000 de pesetas, entregando el comprador un cheque por importe de 5.000.000 de pesetas, que quedaba depositado en poder de un abogado, debiéndose proceder al pago del precio y a la entrega de la finca cuando se llevase a cabo el otorgamiento de la escritura pública de compraventa.

En fecha 2 de mayo del mismo año 1998 fallece el comprador D. Emiliano, el cual había otorgado testamento en fecha 3 de diciembre de 1992, instituyendo herederos a sus hijos Carmelo, nacido de un matrimonio anterior que había sido declarado nulo, y Iñigo, Melchor y Camila, legando a su esposa D.^a Raimunda el usufructo universal y vitalicio de la totalidad de su herencia; y en la cláusula 4.^a de dicho testamento «Nombra albacea— contador partidor a D. Arturo, el cual ostentará, en el ejercicio de su cargo, todas las facultades legales, incluyendo expresamente la de hacer entrega de legados, prorrogándole el plazo de duración del cargo por cinco años más».

Acaecido el fallecimiento del comprador, se firma un documento en fecha 19 de junio de 1998, en el que intervienen, por una parte, la vendedora D.^a Rebeca, en su propio nombre y como mandataria verbal de sus hijos, y por otra parte el albacea D. Arturo, en representación de los herederos, así como la viuda D.^a Raimunda, mediante el que acuerdan resolver el contrato de compraventa de fecha 12 de marzo de 1998, con devolución por parte de la vendedora del cheque recibido.

El mismo día 19 de junio de 1998 se otorga escritura pública de compraventa, mediante la cual D.^a Rebeca, en su propio nombre y en representación de dos de sus hijos D.^a Trinidad y D. Feliciano, según poder aportado, así como sus restante hijos D.^a Jacinta, D. José Augusto, D.^a Noemí y D. Juan Ramón, éste último en su propio nombre y en representación de su hermana D.^a Amelia, venden a D. Adrián, D.^a Gregoria, D.^a Raimunda y a D.^a Consuelo la referida finca.

En el año 2002, D. Iñigo y D. Melchor, herederos de D. Emiliano, el primero ya mayor de edad y el segundo emancipado por su madre, la viuda D.^a Raimunda, formulan la demanda que ha dado lugar al presente proceso interesando la declaración de nulidad del convenio de resolución de fecha 19 de junio de 1998 y la rehabilitación del contrato de fecha 12 de marzo del mismo año, así como la declaración de nulidad de la escritura pública de compraventa de la misma finca de fecha 19 de junio de 1998, con la consiguiente cancelación de la inscripción registral a favor de los últimos compradores y la cancelación de la hipoteca constituida a favor del Banco de Santander S.A., demandando a todos los interesados, incluida la mercantil Inmocros S.L., a la que habían aportado su participación en la finca los demandados D. Adrián y D.^a Gregoria.

Parte de los demandados se opusieron a tales pretensiones, salvo D.^a Rebeca y sus hijos, así como la viuda D.^a Raimunda y la defensora judicial de los menores D.^a Camila y D. José Carlos, que se allanaron, sin que comparecieran en autos D. Carmelo, D. José Augusto ni D. Arturo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Móstoles dictó sentencia el 17 de julio de 2007 desestimando la demanda con imposición de las costas a los demandantes.

En grado de apelación, la AP de Madrid, Sec. 10.^a, dictó Sentencia el 6 de abril 2009 desestimando el recurso.

Don Iñigo y D. Melchor, herederos de D. Emiliano, interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial fundamenta su resolución en las siguientes consideraciones: A) No existió representación legal válida de los herederos en el documento resolutorio de fecha 19 de junio de 1998, pues no estaba facultado para ello el albacea D. Arturo; B) La madre de los hoy demandantes, entonces menores de edad, D. Iñigo y D. Melchor, intervino en el negocio en su propio nombre y derecho, al ser legataria del causante, pero no como representante legal de sus hijos menores; C) No obstante, los terceros adquirentes –compradores en el segundo contrato– gozan de protección registral ya que lo fueron de buena fe, siendo conocedores de que la venta anterior mediante documento privado ha-

bía quedado sin efecto al acordarlo así las partes interesadas, por lo que no cabe la estimación de las pretensiones de los demandantes.

El primero de los motivos del recurso se refiere a la infracción de los artículos 1259 y 1261 del Código Civil pues –sostienen los recurrentes– que pese a que la sentencia recurrida declara que el albacea no ostentaba la representación legal de los herederos menores de edad y que, por ello, no hubo consentimiento por parte de dichos herederos para la validez del documento de resolución de fecha 19 de junio de 1998, la Audiencia no declara la nulidad de dicho convenio, siendo así que ello tiene relevancia en orden a la responsabilidad en que pudieran haber in-

currido tanto el albacea testamentario como los segundos compradores y, en todo caso, D.^a Consuelo, dada su condición de abogada en ejercicio y compradora del inmueble, beneficiándose de una antecedente resolución del contrato viciada de nulidad.

El motivo, tal como viene planteado, podría ser estimado en tanto que asiste razón a los recurrentes al denunciar que la Audiencia no ha llevado a las últimas consecuencias su pronunciamiento sobre la inexistencia de representación de los herederos –ahora demandantes– en el expresado convenio de resolución, pues tal falta de representación implicaría una falta de consentimiento y, en consecuencia, la nulidad el negocio resolutorio de conformidad con lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil.

Si embargo, la consideración de los hechos acaecidos, sobre cuya realidad las partes no discuten, lleva a razonar de modo distinto a como lo hacen los recurrentes y la propia sentencia recurrida para llegar por distinta vía a la misma solución desestimatoria de la demanda y al rechazo del presente motivo por falta de efecto útil.

De la realidad de tales hechos se desprende que, fallecido el comprador D. Emiliano, que dejaba viuda y cuatro hijos menores de su matrimonio así como otro de un matrimonio anterior declarado nulo, se consideró en interés de la herencia – y, por tanto, de quienes ahora demandan– que no convenía que la misma quedara sujeta a las obligaciones dimanantes del contrato celebrado, del que restaba por satisfacer como precio la cantidad de 95.000.000 pesetas a lo que se había comprometido el fallecido en contemplación a los importantes ingresos que obtenía mediante su trabajo de conocido periodista radiofónico.

En tales condiciones, la viuda y el albacea se reúnen con la vendedora y acuerdan libremente resolver el contrato mediante el repetido documento de 19 de junio de 1998. En tal ocasión no aparece representado por su madre el hijo del anterior matrimonio del fallecido D. Emiliano, D. Carmelo –entonces menor de edad– el cual no es demandante en este proceso, y por ello es por lo que se atribuye al albacea la representación de los «herederos» que, desde luego, no le correspondía, siendo así que, no obstante, aun-

que no constara así en el documento, los intereses y derechos de los menores hijos de D.^a Raimunda estaban suficientemente defendidos por la misma, que sí participó en el otorgamiento. Resulta así que, sin necesidad de consignación expresa, la madre, al convenir la resolución contractual en el expresado documento, estaba ejerciendo las funciones propias de la patria potestad –y, en concreto, la de representación– a que se refiere el artículo 154 del Código Civil, sin que deba entenderse que en tal caso existía el conflicto de intereses entre madre e hijos a que se refiere el artículo 162-2.º, que habría exigido el nombramiento de un defensor judicial según lo establecido en el artículo 163.

Dicho conflicto puede estar presente cuando los intereses y derechos de uno (titular o titulares de la patria potestad) y otro (el hijo) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para el otro. La sentencia de esta Sala de 17 mayo 2004 (Recurso 1835/1998) afirma que «el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (Sentencia de 17 de enero y 4 de marzo de 2003) y en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia. Ese casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (artículo 162.2)»; y a continuación añade «siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (artículo 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquella para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin. De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta». En el mismo sentido se pue-

den citar otras sentencias como las de 12 junio 1985, 17 enero 2003, 30 junio 2004 y 1 septiembre 2006.

Claramente se desprende de lo ya razonado que en el caso no existía conflicto alguno de intereses entre madre e hijos menores, pues fue precisamente el interés de estos y de la propia herencia el que determinó la resolución contractual para evitar que la misma quedara sujeta al pago de un precio tan elevado, sin perjuicio de que la propia madre D.^a Raimunda adquiriera a continuación la misma finca «pro indiviso» junto con las hermanas de su fallecido esposo, lo que suponía que la asunción de la obligación se reducía a solo una tercera parte del precio.

De lo anterior se desprende no sólo la necesaria desestimación del motivo por falta de efecto útil para llevar a un «fallo» distinto del

adoptado por la Audiencia, sino la declaración de que fue válida la resolución contractual tal como se acordó por los intervinientes en el documento de fecha 19 de junio de 1998, lo que conlleva igualmente la plena validez y eficacia de la compraventa posterior de la misma fecha –cuya declaración de nulidad se pretende en la demanda– y la irrelevancia de que los nuevos compradores debieran ser o no considerados terceros hipotecarios a los efectos previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consideración de la que partió la sentencia impugnada para desestimar la demanda y que resulta contradicha por las partes recurrentes mediante la formulación del segundo motivo de su recurso de casación; motivo que denuncia la infracción de dicha norma y cuyo examen resulta innecesario por lo ya razonado.

El Tribunal Supremo anula la Sentencia de la Audiencia Provincial por falta de motivación para denegar la custodia compartida, pues no tiene en cuenta más que de forma retórica el interés del menor. El alto tribunal acoge este modelo de custodia atendiendo a las circunstancias de los progenitores, al informe favorable del Ministerio Fiscal y del equipo técnico.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a Sentencia de 25 de mayo de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Eulogio y D.^a Enma se casaron en 2000. Tienen dos hijos, nacidos en 2002 y 2005, respectivamente.

La sentencia de 15 noviembre 2005 acordó la separación, atribuyó la guarda y custodia de los hijos a la madre, impuso un derecho de alimentos al padre y estableció el derecho de visitas.

D. Eulogio interpuso demanda de divorcio solicitando la modificación de las medidas en el sentido de que se acordase la custodia compartida. En su contestación, D.^a Enma se opuso a la guarda y custodia compartida.

El informe pericial psicológico del psicólogo adscrito al juzgado de 1.^a instancia núm. 12 de familia, de Palma de Mallorca, concluyó que «puede ser beneficioso para los niños que se establezca una guarda y custodia compartida»; que «el horario laboral del padre permite establecer un sistema de alternancia semanal, con recogida o bien el

lunes a la salida del colegio o el domingo por la tarde» y que «las vacaciones podrían seguir repartiéndose por mitades en periodos de quince días».

El Ministerio Fiscal en primera instancia interesó que se dictara sentencia constituyéndose un régimen de guarda y custodia compartida.

El Juzgado núm. 12 de Palma de Mallorca dictó sentencia el 22 de mayo de 2009, en la que acordaba el divorcio. En relación a las medidas, mantuvo la guarda y custodia exclusiva de la madre, reconoció un derecho de visitas amplio del padre y ratificó el uso del domicilio conyugal por los hijos y la madre como progenitor custodio. Argumentó que después de examinar la prueba y pese al informe del psicólogo favorable a la guarda y custodia compartida, el régimen vigente hasta el momento de la sentencia de divorcio «ha sido beneficioso para los niños, por lo que para quien ahora resuelve no se aprecia la necesidad de modificar el mismo» y más cuando el horario del padre era sustancialmente igual al que tenía en el momento de la separación, teniendo en cuenta los horarios de trabajo del padre y de la madre, «considerando este juzgador que los niños presentan una estabilidad en su estado psíquico, y en sus hábitos de vida que no se aprecia prudente modificar dada su todavía corta edad, evitando así que tengan que acomodarse a un régimen de cuidado distinto como sería el de vivir cada semana en un progenitor, o el de pernoctar dos noches por semana y de forma alterna en una y otra casa».

En grado de apelación, Sec. 4.^a de la AP de Baleares dictó Sentencia el 5 de mayo de 2010, confirmando la sentencia apelada. Los argumentos utilizados para la confirmación de la sentencia apelada son los que se resumen: (a) «Casi no cabe recordar, por obvio y evidente, que la medida que haya que acordarse debe estar dirigida a proteger a los menores y procurar su mayor beneficio. El principio «quasi» universal del «favor filii», la invocación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1.989, ratificada por el Estado Español el 31 de diciembre de 1.990 y el art. 39.4 de la Constitución Española, son cita obligada; (b) si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos (artículo 92, párrafo segundo), deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores, posibilidad que, incluso, se estima, en dicha resolución, acogible de oficio, al no quedar constreñida por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores»; (c) «aunque la postura del Ministerio Fiscal expresada en el acto de la vista del juicio pudiera entenderse como favorable a la guarda y custodia compartida, lo cierto es que dicho sistema se rechaza en la sentencia combatida, optando por la atribución en exclusiva a uno de los progenitores con el correlativo régimen de visitas en favor del otro y, asimismo, que el Ministerio Público, al oponerse en esta alzada al recurso del Sr. Eulogio, viene a concordar dicha última medida, con lo cual se carece de su preceptivo favorable»; (d) «El informe psicológico no evidencia que la guarda y custodia compartida sea la sola y única forma de proteger los intereses de los menores».

D. Eulogio presentó recurso extraordinario por infracción procesal que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó la custodia compartida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alega la infracción del art. 218.2 LEC y del art. 24 CE, por falta de motivación de la sentencia y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Señala el recurrente que la sentencia recurrida deniega la guarda y custodia compartida al amparo de la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal, que en ningún momento lo emitió. La sentencia recurrida no motiva suficientemente la desestimación de la guarda y custodia compartida, no siendo suficiente ampararse en la falta de informe favorable del Ministerio Fiscal y en la falta de contundencia del informe psico-social. Cita las SSTS de 28 septiembre y 8 octubre 2009. La sentencia no da respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, por lo que viola la ley y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

El motivo se estima.

Se reproduce a continuación la doctrina de la Sala en materia de falta de motivación: «La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el art. 117.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario in-

mediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones [...]» (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho» y todo ello, «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con el art. 469.1, 2.º LEC, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con la consiguiente aplicación de lo dispuesto en la Disposición final 16 LEC.

Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio).

La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre y ello por las siguientes razones: (a) se invoca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen «cita obligada», pero no se aplica ningún criterio integrador del interés para acordar el sistema de guarda a los niños, ni se explicita por qué razón se considera que dicho interés está bien protegido con el sistema de guarda exclusiva; (b) porque no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de esta medida para los dos hijos de la pareja; (c) al tratarse de una guarda y custodia pedida únicamente por uno de los progenitores, la Audiencia Provincial razona correctamente sobre los requisitos que deben cumplirse de acuerdo con el art. 92.8 CC, pero no valora los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, y se apoya solo en un informe negativo del Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida «por ser correcta y ajustada Derecho por sus propios fundamentos», en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida.

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso.

Al apreciarse la falta de motivación de la sentencia recurrida, la estimación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal produce la anulación de dicha sentencia.

Según lo dispuesto en la Disposición final 16, 7.ª LEC, al haberse recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo de lo dispuesto en el art. 469.2 LEC, procede dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

Para ello debe examinarse lo que se alega en el motivo primero, del recurso de casación, que señala la infracción del art. 92.6 y 8 CC, por ser contraria a la doctrina de esta Sala, identificada en las SSTs de 28 septiembre 2009, 10 marzo, 11 marzo y 8 octubre 2010. Partiendo del carácter de orden público que tiene el interés del menor, no se ha tenido en cuenta en la sentencia recurrida que se basa únicamente en la falta de informe del Ministerio Fiscal, por lo que ha contravenido la jurisprudencia del TS, en el sentido de que no ha fundado su decisión en el interés del menor, sino en la inexistencia de informe favorable. En ningún momento ha tenido en cuenta ninguno de los parámetros recogidos en estas sentencias, ni el informe de los especialistas.

Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa «el interés del menor», que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. La STS 623/2009 decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban «criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven». Estos criterios se utilizan también en la STS de 94/2010, de 11 marzo. La interpretación del art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados y la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. A estos efectos, la STS 579/2011, de 22 julio, ha interpretado la expresión «excepcional», contenida en el art.

92.8 CC en el sentido que «La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la «excepcionalidad», a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla».

Al haber asumido esta Sala funciones de instancia, debe decidir sobre la forma de ejercicio de la guarda y custodia, para lo que debe examinar los argumentos favorables a la guarda y custodia compartida de los hermanos Belarmino, que son los siguientes:

1.º Dadas las circunstancias laborales del padre y de la madre, la disponibilidad horaria de ambos resulta semejante y no produce ningún inconveniente para la protección del interés de los hijos.

2.º El informe psicosocial del equipo del juzgado de 1.ª instancia núm. 12 de Palma de Mallorca llega a la conclusión que puede ser beneficioso para los niños este tipo de guarda.

3.º En el informe que acompaña su contestación al presente recurso, el Fiscal, en su cualidad de defensor y representante de los menores, que le atribuye el art. 3 de su Estatuto orgánico, ha asumi-

do dicha defensa de forma expresa en este trámite y ha dicho que «está de acuerdo con la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida, en base al informe que en su día formuló el Equipo Psicotécnico del Juzgado de Familia».

Esta Sala, en funciones de instancia, acuerda estimar la demanda presentada por D. Eulogio y establecer el régimen de la guarda y custodia compartida sobre los hermanos menores Belarmino.

Al carecer esta Sala de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que han haber podido cambiar después de la presentación de la demanda origen del presente litigio, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes bases:

1.ª Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños.

2.ª El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el período de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas.

3.ª No se podrá separar a los dos hermanos.

4.ª Se establecerá la contribución de cada progenitor a los alimentos de los menores, en el que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos.

5.ª Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal.

RÉGIMEN DE VISITAS

La satisfactoria evolución del padre, la buena relación con la hija y con la familia paterna aconsejan una ampliación del régimen de visitas, no siendo obstáculo para ello que el padre fuese condenado por un delito de violencia doméstica al haberse cumplido ya la pena impuesta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2012

Ponente: Excm.a Sra. D.ª Encarna Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

D. Carlos y D.^a Leocadia obtuvieron el divorcio en marzo de 2006, por sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a instancia e instrucción núm. 3 de Alcalá de Henares, en un procedimiento por violencia de género.

D. Carlos había sido condenado como autor de un delito del art. 153.1 y 2 CP, a la pena de 7 meses y 15 días de prisión y prohibición de comunicar con D.^a Leocadia por el tiempo de 19 meses y 15 días.

Después de la sentencia de divorcio, se han pronunciado diversas sentencias en procedimientos de modificación de medidas instados por el padre y relativos al derecho de visitas. La SAP de Madrid, sección 22, de fecha 7 octubre 2008, acordó mantener las limitaciones a las visitas por las anomalías que presentaba el carácter del padre.

En fecha 26 enero 2009, D. Carlos presentó una nueva demanda de modificación de medidas consistente en el régimen de visitas de su hija menor. Con ella aportó un peritaje en el que se constataba la mejoría del demandante y que las visitas que se estaban llevando a cabo resultaban beneficiosas para la niña.

D.^a Leocadia se opuso, alegando las razones de la oposición a las visitas, porque el riesgo que quedaba constatado en la sentencia de octubre de 2008 no había desaparecido, por lo que no había ningún motivo que justificara el cambio de las medidas adoptadas. Pidió la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera instancia núm. 5 Alcalá de Henares dictó Sentencia el 7 de octubre de 2009 estimando la demanda. Después de recordar los supuestos en que puede producirse una modificación de las medidas acordadas, dijo que: (a) la prueba había demostrado, «[...]sin ningún género de dudas que el comportamiento del actor goza actualmente de una estabilidad y una corrección contrastadas a lo largo del tiempo»; (b) se había probado la magnífica relación de la niña con el padre y con la familia paterna, y (c) «en interés del vínculo paterno filial, es aconsejable establecer en todo caso un régimen que facilite su desarrollo y beneficie, prevalentemente, al menor lo que en nuestro caso se consigue mediante una intensificación del tiempo que pasa con su padre y con su familia paterna».

En grado de apelación la SAP de Madrid, sección 22, de 31 marzo 2011, confirmó la sentencia de 1.^a instancia. El Tribunal examinó la prueba producida en el actual procedimiento, especialmente la de dos psicólogos, que examinaron la conducta del padre en la actualidad y el informe de desarrollo del régimen de visitas, elaborado por la Asociación de protección del menor en los procesos de separación. En todos los peritajes se ponía de relieve la buena evolución del padre, la buena relación de la niña con su padre y familia paterna y la conveniencia de un avance en el régimen de visitas, porque no se habían detectado problemas. En consecuencia, la Sala de instancia declaró que «valorando la progresiva normalización de aquellos encuentros paternofiliales que sin duda han de beneficiar a la menor», debía confirmarse la sentencia recurrida.

D.^a Leocadia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso por infracción procesal

El recurso imputa a la sentencia recurrida la vulneración de los arts. 208.2, 209, 216, 217 y 218 LEC y 120.3 CE, por lo siguiente: 1.º Grave falta de valoración de la prueba aducida por la parte recurrente, porque la sentencia recurrida solo valora la prueba de la parte contraria y no contiene ninguna alusión a la condena impuesta al padre de la menor y a «la difícil situación en la que queda la recurrente a la hora de cumplir el régimen de visitas acordado en la sentencia de instancia». 2.º No se pronuncia sobre las cuestiones planteadas en las alegaciones y en el suplico del recurso de apelación, respecto a unas concretas fechas para el ejercicio del derecho de visitas.

El motivo, con sus dos submotivos, se desestima. Los artículos que la recurrente cita como infringidos poco o nada tienen que ver con lo que parece ser el núcleo de la argumentación, relativo a la valoración de la prueba. Como esta Sala ha dicho repetidamente, no corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal ni a la casación sustituir la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador competente para ello, salvo los casos de error notorio, cosa que aquí no ocurre. Además, no se produce la pretendida incongruencia alegada en relación a las fechas del ejercicio del derecho de visitas, que fue objeto de rectificación por la sentencia recurrida, y que como tal, forma parte de la misma.

2. Recurso por infracción procesal

El único motivo del recurso alega la infracción de los arts. 94, 158.4 y 161 CC y, además, oposición a la jurisprudencia del TS, que se cita, respecto a la apreciación de las circunstancias que deben determinar la configuración del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio. Dice la recurrente que es imprescindible que se valore el interés del menor y la posible concurrencia de circunstancias graves para justificar las alteraciones del régimen de visitas. Insiste en que además de concurrir los antecedentes violentos del padre, el cumplimiento del régimen tal como se diseña «supone serios problemas para

la Sra. Leocadia, problemas incluso de índole laboral, lo cual puede acabar redundando en perjuicio de la propia menor». Aporta las siguientes sentencias, para justificar la concurrencia del interés casacional: SSTs de 11 febrero 2011, 21 noviembre 2005 y 21 julio 1993.

El motivo se desestima.

Debe repetirse lo dicho por esta Sala en la STS 261/2012, de 27 abril: Esta Sala ha venido repitiendo que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre», tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTs 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este». «[...] La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección».

«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».

Esta doctrina debe aplicarse también al presente recurso, puesto que la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés de la menor, que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodios que puedan perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses, como el manifestado por la madre.

Las sentencias aportadas para probar la concurrencia de interés casacional no cumplen los parámetros exigidos. Así la STS 54/2011, de 11 febrero, negó el derecho de visitas a un padre cuya conducta violenta había sido objeto de prueba y confirmado por el propio juez en el acto del juicio oral; en el caso actual, de los documentos que constan en el procedimiento, se deduce precisamente la progresiva mejoría de la conducta del padre, por lo que los supuestos de hecho son absolutamente dispares. La STS 903/2005, de 21 noviembre, trataba de un supuesto en que se había condenado al padre por maltrato al propio hijo, privándole de la patria potestad, argumentando la sentencia citada que «El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993) y en este

sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto». Finalmente, la STS 779/1993, de 21 julio, aparece dictada en un caso en que los peritos judiciales consideraron que sería perjudicial para el menor la relación con la madre, lo que es precisamente lo contrario a lo planteado en el caso actual.

Por tanto, la sentencia recurrida no se opone a ninguna de las sentencias aportadas como doctrina jurisprudencial, por lo que no pueden servir de referencia, dada la disimilitud de los casos enjuiciados.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Estando el hijo mayor de edad 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 concederle al hijo y la madre el uso de la vivienda privativa del padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 30 de mayo de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Jesús María y D.^a Aurora contrajeron matrimonio en 1959. Tuvieron dos hijos, Soledad y Eusebio.

Desde 1987 se encuentran separados por sentencia firme, aunque no se han divorciado.

La sentencia de separación, dictada en apelación por la AP de Madrid, sección 3.^a, de 9 abril 1987, atribuyó el domicilio conyugal a la esposa mientras durara la convivencia con el hijo y acordó también alimentos a favor de la esposa y del hijo común menor de edad en la cantidad de 20.000 Ptas mensuales a favor de la primera y 10.000 Ptas a favor del segundo. La sentencia del juzgado de 1.^a instancia núm. 22 de Madrid, de 10 febrero 1997, dictada en un procedimiento de modificación de medidas instado

por el marido D. Jesús María, decretó la supresión de los alimentos del hijo, ya mayor de edad y mantuvo los de la esposa y el uso del domicilio familiar.

Durante la tramitación del procedimiento se han producido los siguientes acontecimientos: (a) el hijo, D. Eusebio, fue incapacitado en 2010, por sufrir una enfermedad mental; la sentencia del juzgado de 1.^a instancia núm. 95 de Madrid, de 3 diciembre 2010, declaró la incapacidad plena y rehabilitó la patria potestad de la madre; (b) El marido, D. Jesús María, fue también incapacitado de forma parcial en 2011, imponiéndole una curatela para actos de disposición y administración. Fue nombrada curador la asociación AMTA.

Antes de ser sometido a curatela, D. Jesús María demandó a D.^a Aurora, pidiendo que se dejaran sin efecto los alimentos acordados a la esposa en la sentencia de separación y la atribución del uso del domicilio, porque la vivienda es propiedad exclusiva del marido, la esposa había comprado una casa en propiedad fuera de Madrid, como consecuencia de haber adquirido una herencia y el marido estaba jubilado.

D.^a Aurora se opuso a la demanda y alegó, entre otros extremos, la incapacidad del hijo y formuló reconvencción, pidiendo que se acordase una pensión de alimentos para el hijo y que se aumentase su pensión compensatoria.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 22 de Madrid dictó Sentencia el 13 de enero de 2010, estimando la demanda y extinguiendo el uso de la vivienda y la que denominó pensión compensatoria y no estimó la reconvencción. Respecto a la pensión de la esposa, entendió que: (a) se habían modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse las sentencias de separación y la primera de modificación de medidas, teniendo una solvencia que no tenía, por lo que debía dejarse sin efecto; (b) no se podía mantener el uso de la vivienda porque la esposa tenía capacidad económica suficiente y porque el interés del hijo no era el más necesitado de protección, ya que «su minusvalía, que no incapacidad legal, no puede conllevar por si sola y sine die, preferencia jurídica alguna sobre el uso del inmueble frente al derecho de propiedad que ostenta en exclusiva el demandante», y (c) respecto a la petición de alimentos para el hijo realizada en la reconvencción, no puede pedirse ahora por la madre, ya que debe hacerlo el propio interesado.

En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de marzo de 2011, confirmó la sentencia apelada. Los argumentos son: (a) el derecho de la esposa es de carácter alimenticio, según la sentencia que decretó la separación, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en el art. 152.3 CC; (b) aun cuando se hubiera atribuido una pensión compensatoria, al tener la recurrente sus propios ingresos, «implica la superación del desequilibrio económico que pudo condicionar la inicial sanción judicial del derecho[...];» (c) la situación económica de D.^a Aurora ha mejorado notablemente, al ser propietaria de una vivienda en Torrevieja; (d) el hijo tiene sus propios recursos para pedir alimentos a sus progenitores; (e) el derecho de uso de la vivienda no tiene carácter vitalicio, «[...]encontrándose, por el contrario, sometido a un necesario condicionante temporal, máxime en supuestos, cual en el caso acaece, en que la titularidad de dicho bien corresponde exclusivamente al cónyuge no beneficiario del uso», y (f) «no obstante seguir viviendo el hijo Eusebio, en compañía de la esposa, en el inmueble que constituyó la sede de la vida familiar,

no puede dejar de ponderarse que el derecho de uso sancionado en su momento en favor de ambos se prolonga ya durante más de veinticinco años, disponiendo ahora la citada progenitora, no sólo de medios económicos propios de los que anteriormente carecía, o eran de escasa cuantía y continuidad, sino también de una vivienda de su titularidad, respecto de la que no consta, pues ninguna prueba se ha aportado a tal fin, que carezca de condiciones para cubrir, de modo digno, las necesidades cotidianas de alojamiento de madre e hijo, ni que, en la localidad donde se ubica dicho inmueble, o en sus inmediaciones, no existan los correspondientes servicios médicos que puedan supervisar la enfermedad que padece el citado descendiente, cuya declaración de incapacidad, atendidas las expuestas circunstancias, no puede convertir en vitalicio un derecho que, por definición legal, queda siempre limitado en su vigencia en el tiempo».

D.^a Aurora interpuso recurso de casación acordando el Tribunal Supremo mantener al hijo y a la madre en el uso de la vivienda familiar.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Pensión compensatoria

En el primer motivo del recurso se alega la infracción de los arts. 97, 100 y 101 CC, referentes al carácter reequilibrador de la pensión compensatoria, a su fijación en atención a las circunstancias concurrentes al tiempo de la separación y a la posibilidad de su modificación, que no extinción, solo en los casos en que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su adopción. Sostiene que se trata de una pensión compensatoria, no de alimentos y dice que la sentencia recurrida se aparta de la STS 43/2005, de 10 febrero y la 917/2008, de 3 octubre, porque en el momento actual asegura que no hay desequilibrio, cuando éste debe valorarse en la fecha de la separación. No se ha modificado la situación existente en aquel momento y más teniendo en cuenta la enfermedad que padece el hijo, por la que se ha rehabilitado la patria potestad, al haber sido declarado incapaz y esta situación debe ser valorada como un gravamen extraordinario, que no fue contemplado en la sentencia de separación. Cita STS 117/2008, de 4 abril 2008.

El motivo se desestima. La recurrente insiste en calificar como pensión compensatoria lo que en realidad es un derecho de alimentos

reconocido con tal nombre en la sentencia de separación. Los alimentos constituyen un derecho de carácter asistencial de la persona que los reclama, tal como se deduce de lo establecido en los arts. 142 y 148 CC; especialmente este último, centra la obligación de prestarlos en la necesidad para subsistir de la persona que tenga derecho a percibirlos, y es por ello que cuando acaba la necesidad, se extingue dicha obligación (art. 152 CC). La sentencia recurrida califica como alimentos lo acordado en la sentencia de separación, cosa perfectamente lógica porque, subsistiendo el matrimonio a pesar de la separación, los cónyuges tienen la cualidad de tales y por tanto puede existir esta obligación según dispone el art. 143, 1.º CC, al establecer que los cónyuges tienen obligación recíproca de prestarse alimentos.

Partiendo de esta calificación, que está de acuerdo con lo acordado en la sentencia que decretó la separación, debe mantenerse la sentencia recurrida en razón a lo siguiente:

1.º Ha quedado probado en la sentencia recurrida que no existe necesidad de la recurrente, cuestión en la que no se puede insistir en este momento, dado que la prueba de los hechos que van a dar lugar a mantener o extin-

guir el derecho de alimentos, corresponde a la instancia.

2.º No es válido el argumento esgrimido por la recurrente en relación a la necesidad de atención al hijo incapacitado, cuya patria potestad se ha rehabilitado a favor de la madre, tal como dispone el art. 171 CC. El cuidado del hijo debe ser tenido en cuenta en la determinación de la cuantía de los alimentos que le corresponden, cuestión que como ya se ha dicho no es propia de este procedimiento.

3.º La STS 117/2008, de 4 abril 2008, que se dice infringida por la recurrente, no se corresponde con lo debatido en este litigio, porque se refiere a un derecho de alimentos acordado en convenio en la sentencia de separación, que desaparece en la sentencia de divorcio, habiéndose reservado la esposa el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un proceso posterior. Como puede comprobarse, no coincide en absoluto con el problema debatido aquí. Tampoco se ajustan a la cuestión litigiosa las SSTs 43/2005, de 10 febrero y la 917/2008, de 3 octubre, porque ambas se refieren a pensiones compensatorias y lo discutido en este pleito es el derecho de alimentos de la esposa.

4.º Finalmente, al no oponerse a las sentencias aludidas no queda justificado el interés casacional.

2. Uso de la vivienda familiar.

El segundo motivo denuncia la infracción del art. 96 CC. No se han alterado las circunstancias que justifican la cesación de la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar mientras dure la convivencia con el hijo común. Cita las SSAP de Palencia, sección 1.ª, núm. 68/2007, de 15 de marzo de 2007 y de Pontevedra, núm. 378/2002, de 30 octubre, en las que se valora la situación de incapacidad del hijo como un hecho relevante en orden a la asignación del domicilio familiar al progenitor custodio en compañía del hijo, bien a considerar a la esposa el interés más necesitado de protección por disponer de unos ingresos bajos.

El motivo se estima.

Concurre aquí interés casacional por existir doctrina contradictoria de las AAPP centrada en las dos únicas sentencias que cita. Por tanto, debe entrar a examinarse el motivo de casación.

El art. 96.1 CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero, entre otras).

Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010.

La estimación del segundo motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D.ª Aurora contra la SAP de Madrid, sección 22, de 22 marzo 2011, determina la estimación en parte del propio recurso.

La estimación en parte del recurso de casación y la anulación parcial de la sentencia recurrida determina la asunción de la instancia por esta Sala. En consecuencia, se desestima en parte la demanda presentada por D. Jesús María, en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se mantiene a D.ª Aurora. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

VIVIENDA FAMILIAR

En los arrendamientos de viviendas celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación es imprescindible que se cumplan estrictamente los requisitos exigidos en el art. 16 de la LAU, no pudiendo entenderse que hubiese existido un consentimiento tácito de la subrogación.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 30 de mayo de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

En fecha 9 de enero de 1965, se casaron la demandada D.^a Rafaela y don Eleuterio, en Madrid, siendo su régimen económico matrimonial el de gananciales.

En fecha 15 de octubre de 1966, don Eleuterio, formalizó contrato de arrendamiento de la vivienda sita en el piso NUM000.º, NUM001 del número NUM002 de la CALLE000 de Barcelona, estableciendo en las condiciones del contrato que el mismo sería para vivienda del citado y de la familia que se indica, en los que se encuentra su esposa y ahora demandada.

En fecha 2 de octubre de 1973, por auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, se decretó provisionalmente la separación matrimonial de los citados, y se atribuyó a la demandada el uso de la vivienda conyugal, objeto de este proceso, la cual fue atribuida definitivamente mediante resolución de fecha 24 de febrero de 1977, del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, en ejecución de sentencia del Tribunal Eclesiástico número 6 de Madrid.

Por sentencia de fecha 21 de noviembre de 1984, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid, se declaró la disolución del citado matrimonio por divorcio, otorgándose a la demandada, en la misma, el uso de la vivienda objeto de estos autos.

Desde el año 1973, hasta la fecha, D.^a Rafaela, junto con sus hijas, ha venido ocupando la citada vivienda, abonando las rentas que eran cargadas a su cuenta, y asistiendo a las reuniones de la misma.

Stella Maris S.L., propietaria del inmueble tiene sus oficinas en el mismo edificio en el piso 7.º, 2.º. El inmueble donde está situado la vivienda, tiene un portero, que se encuentra en lugar visible en la entrada del mismo.

Stella Maris S.L. interpuso demanda de resolución del contrato de arrendamiento por haberse producido el fallecimiento del arrendatario y no haberse notificado la voluntad de subrogación por ninguna de las personas legítimas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona dictó sentencia de 13 de junio de 2007 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 13.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia de 22 de mayo de 2008 desestimando el recurso interpuesto por la entidad propietaria del inmueble.

Stella Maris S.L. interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien estimó la demanda, reiterando como doctrina jurisprudencial que en los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.^a LAU 1994.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamientos jurídicos del Juzgado para desestimar la demanda

En primer lugar procede entrar en la legislación aplicable al presente caso, ya que a tenor de los hechos declarados probados, la atribución de la vivienda se produjo cuando estaba en vigor la LAU 1964, por lo que los efectos, y requisitos, de dicha atribución, deben evidentemente ser los recogidos en dicha legislación, y a la vista de dichos efectos, procederá entrar en la causa alegada por la actora de falta de comunicación de la subrogación por el fallecimiento del formal titular arrendatario.

Partiendo de los hechos probados, es decir, de que el contrato fue suscrito solo por el esposo Sr. Eleuterio, el hecho de su existente matrimonio con la Sra. Rafaela, y la ulterior separación con la consiguiente atribución de la vivienda a la esposa, excluye la cesión, según doctrina consolidada con anterioridad al cambio legislativo introducido por la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. En efecto, según se exponía en la sentencia de fecha 2 de junio de 1999 de la AP de Barcelona, podemos decir con la SAP Las Palmas de 8-1-1996, en la parte doctrinal aplicable que su problema, no exclusivamente doctrinal, está en determinar cuál es la posición jurídica del cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda arrendada.

Se trata de un tema complejo, dada la ambigüedad del Texto Legal. Si partimos de la doctri-

na del Tribunal Constitucional que se plasma en la conocida sentencia de 31 de octubre de 1986; dicha sentencia pone de relieve la moderna tónica legal de protección del interés familiar que viene a considerar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario, doctrina que se concreta en la sentencia del mismo Alto Tribunal de 12 de julio de 1989. La de 6 de octubre de 1989 dice que en el actual derecho de familia no solo se ha pasado a un régimen general de coestión de la sociedad de gananciales (lo que obliga a replantearse si la titularidad de la relación arrendaticia corresponde exclusivamente al marido), sino que la mujer ha recuperado su plena capacidad de obrar no solo sobre los bienes adjudicados por separación judicial, sino sobre los propios bienes gananciales (e incluso los pendientes de liquidación), de entre los que hay que entender incluidos los derechos arrendaticios, llegando a la conclusión de que cuando se atribuye a uno de ellos el uso de la vivienda familiar arrendada, no se produce cesión de titularidad alguna, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio.

Parece que nos encontramos ante la atribución a dicho cónyuge de la condición de arrendatario (produciéndose así una modificación subjetiva del contrato) o la atribución de la titularidad arrendaticia a la familia como comunidad. Frente a dicha posición, y dados los términos empleados por la Ley, está la de quienes opinan que el contrato subsiste con los mismos elementos personales, continuando con la

cualidad de arrendatario el cónyuge que aparece como tal en el contrato, pues lo único que consagra el precepto es el derecho del otro a seguir en el uso de la vivienda como derecho nacido por ministerio de la Ley, sin que el hecho de la atribución del uso de la vivienda pueda trascender o afectar a quien, como el arrendador, no ha sido parte en el proceso o, en su caso, en el convenio regulador. Avala esta última solución, aparte de otras razones, el hecho de que la atribución del uso de la vivienda al otro cónyuge no es una medida irreversible, por cuanto que las que se adoptan en el convenio regulador de los efectos del matrimonio pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (art. 90 del Código Civil); y, respecto a las adoptadas conforme al art. 96, aparte de la posibilidad de modificación (art. 91), puede ser asignado el uso de la vivienda al cónyuge no titular, cuando no haya hijos en el matrimonio, por un período de tiempo determinado, conforme al párrafo 3.º del artículo 96.

Por lo demás, y conforme al artículo 84 del Código Civil, la reconciliación deja sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación. Todo lo cual pone de relieve la provisionalidad de la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, incompatible con la solución de la sucesión en el arrendamiento o la subrogación en los derechos del arrendatario.

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que nos ocupa excluye la existencia de cesión, ya que, estando casados el titular arrendatario y la demandada, la situación de hecho es la misma que la contemplada en aquel caso; sin embargo, es evidente que el concepto de familia que desarrolla el Tribunal Constitucional en las resoluciones citadas es el mismo, y que el hecho de que el convenio adoptado por los cónyuges no estuviera ratificado en vía judicial, no quita ni pone elemento alguno a considerar que implique variación de la argumentación y valoración efectuadas en dichas sentencias.

Por lo anterior, es evidente que debe rechazarse la alegación de la demandada de que es cotitular del contrato arrendatario de autos, y por ello, arrendadora de la vivienda junto con su fallecido esposo, aunque tiene un derecho de uso que implica su continuación en el arrendamien-

to, pero sin que la titularidad del mismo sufriese variación alguna.

Entrando en la alegación de la actora, que se basa en la falta de notificación del fallecimiento del titular arrendatario, procede dilucidar si se cumplen los requisitos para que la misma produzca la resolución del contrato de autos, por falta de dicha notificación.

Que partiendo de la premisa que resulta de aplicación el art. 58 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, dada la fecha de celebración del contrato, este exige para que opere la transmisión «mortis causa» de vivienda, la concurrencia de las siguientes circunstancias: 1) Fallecimiento del arrendatario o declaración de fallecimiento. 2) Existencia de alguna persona en la que se den los requisitos de parentesco y/o convivencia con el arrendatario de dichas personas. 3) Adición del derecho arrendatario; y 4) Notificación al arrendador de la transmisión.

En relación al examen del recogido como número cuatro, es de significar que el párrafo cuarto del referido precepto 58 establece que: «la subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los 90 días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino. Si el arrendador no recibiese en tiempo tal notificación, podrá requerir a los ocupantes de la vivienda para que se le comuniquen la subrogación del beneficiario, con advertencia de que, transcurridos treinta días sin recibir esta última notificación, tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento, lo que así efectivamente sucederá si no se notificare la subrogación en este último plazo».

De lo anterior, se sigue que el arrendador tiene la potestad para requerir o no al arrendatario, sin que implique obligación forzosa, que sin embargo se convierte en obligatoria si decide resolver dicho vínculo locativo, requerimiento que de no ser contestado en el plazo de 30 días le faculta para resolver el contrato, y solo después de transcurrir dicho plazo sin que se le notifique la subrogación, ha de insistirse, podrá ejercitar la acción resolutoria.

En el caso de autos, la actora ha venido insistiendo en el curso del procedimiento en la falta de conocimiento del fallecimiento del esposo de la demandada, como lo demuestra el que los

recibos han venido girándose siempre a nombre del primitivo arrendatario; mas tales alegatos carecen del suficiente soporte para los efectos que se pretende, ya que de lo actuado, se revela, sin duda, que la actora tenía conocimiento de todas las circunstancias de la demandada, como se ha acreditado en los hechos declarados probados, ya que es impensable que tras vivir más de 30 años en un piso en que la propiedad reside dos plantas más arriba, y en cuyo edificio existe un portero, no se tiene conocimiento de las circunstancias de los inquilinos, por lo que bien se pueda hablar de la existencia de un consentimiento tácito de la subrogación operada por parte de la propiedad debiéndose traer aquí la importancia de los actos propios que por su carácter trascendental o por constituir convención, causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o bien aquellos que vayan encaminados a crear, modificar, o extinguir algún derecho.

Ahondando más, cuando se trata de cónyuges el art. 15 de la LAU de 1994, que es de aplicación al igual que los arts. 12 y 24, a los arrendamientos de viviendas celebrados antes del 9 de mayo de 1995 y que subsistan a la entrada en vigor de la LAU, como previene la Disposición Transitoria Segunda, epígrafe A), párrafo 2.º, el régimen jurídico para los supuestos de separación judicial es radicalmente distinto, porque según el apartado primero del art. 15 «en los casos de separación judicial, como aquí sucede, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del Código Civil», y según la sentencia de separación reseñada se atribuyó a la Sra. Rafaela, la vivienda del matrimonio sita en la CALLE000, NUM002, NUM000.º, NUM001 de Barcelona, que es la misma que venía ocupando el matrimonio antes de su separación y desde el 15 de octubre de 1966, y que asimismo le fue adjudicado su uso en la sentencia de divorcio dictada en fecha 21 de noviembre de 1984. El preámbulo de la ley anticipa que se introduce una novedad en los casos de resoluciones judiciales que, en procesos de nulidad, separación o divorcio asignen la vivienda al cónyuge no titular, en los que se reconoce «ex lege» a dicho cónyuge el derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada por el tiempo que reste del

contrato, con lo que entra a discernir el problema de los derechos que, en principio, pueda ostentar el cónyuge que no firmó el contrato, y con una solución que cubre todos los supuestos matrimoniales, atribuyendo al mismo el derecho a continuar en el uso de la vivienda cuando, en los supuestos de crisis matrimonial le sea atribuida por resolución judicial, aunque esta disposición no coincida con la doctrina del TC al denominarle «cónyuge no arrendatario».

En efecto, la interpretación del artículo 58 del Texto Refundido de Arrendamientos Urbanos de 1964 que se venía haciendo por la jurisprudencia y a la que se ha hecho referencia en los fundamentos anteriores, configura y define la situación de los esposos respecto a la relación arrendaticia de la vivienda familiar como de una «cotitularidad» consecuencia de la base asociativa del grupo familiar.

Pero, desde el momento que el art. 15.1.º de la LAU 1994, habla de «cónyuge no arrendatario» parece apartarse de aquella doctrina de la cotitularidad, pero lo que no ofrece duda es que en los supuestos de separación judicial, que es el aquí contemplado, el cónyuge a quien se atribuya en la resolución judicial el uso de la vivienda arrendada podrá continuar en el uso de la misma «ex lege» y sin necesidad de subrogación de clase alguna, por todo el tiempo que reste de vigencia del contrato.

Ahora bien, los efectos que el actor reclama se atribuyan a la falta de la comunicación regulada en el apartado segundo del mismo precepto, no pueden ser declarados, en primer lugar, porque a la fecha de la sentencia de separación no estaba en vigor la LAU de 1994, y en segundo lugar, porque la ley no sanciona con la pérdida del derecho a continuar en la vivienda la falta de comunicación, por muy imperativos que sean sus términos de «deberá», porque esa falta de comunicación o comunicación fuera del plazo legal deberá ser contemplada como un incumplimiento de los deberes del arrendatario, que, solo cuando excepcionalmente y por las razones que, en su caso, apreciarán los tribunales, se entendiera que recaía sobre una obligación esencial, daría lugar a la resolución contractual por aplicación del art. 27.1 de la LAU, en relación

con el art. 1124 del CC que es la posición por la que se inclina la mayoría de la doctrina.

2. Razonamientos jurídicos de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial

Una nueva y definitiva revisión de la prueba efectivamente practicada en las actuaciones, ofrece como resultado una serie de hechos básicos en los cuales se hallan contestes las partes o se consideran suficientemente acreditados: 1) La realidad del contrato de arrendamiento aducido en apoyo de la demanda concertado con D. Eleuterio como arrendatario (f. 28 y ss), en el que se hacen constar que con el arrendatario convivirá su esposa, hoy demandada, y el hermano de esta (con los datos de ambos), y con destino a vivienda familiar. 2) El arrendatario y la demandada habían contraído matrimonio en 9.1.1965, bajo el régimen de gananciales (f. 76), fruto del cual nacieron tres hijas; se separaron en 1973, siendo atribuido el uso de la vivienda familiar a la demandada así como la custodia y sus tres hijas (f. 77 y ss, después divorcio, f. 155 y ss), lo que fue comunicado a la administración (f. 148 y ss). 3) el arrendatario original falleció en su último domicilio en Madrid, el 19.6.1999 (f. 5). 4) todos los recibos se libraron a nombre del arrendatario original (f. 56, 87 y ss), sin que conste actuación de la demandada para que se expidieran a su nombre, aunque desde se abonan en una cuenta titularidad de la misma, cambio de domiciliación, lógicamente comunicada a la administración para el pago de los recibos (f. 113 y ss, 141). 5) En 11.1.2007, vía burofax, se comunicó a la demandada la extinción del referido contrato, por falta de comunicación del fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación, en el plazo del art. 16.3 LAU 94, si bien no consta su recepción aunque sí «aviso postal» (f. 31 y ss). 6) La demandada, que reside en dicha vivienda con su hija, desde 1973 en que se separó, es titular de la línea telefónica de la citada vivienda (informe de detectives, a los f. 36 y ss en relación con la testifical de su autor), constando todos los servicios y suministros a su nombre (f. 84 y ss, 123 y ss) y asistiendo a las reuniones de la Comunidad de Propietarios. 7) La entidad actora, propietario del inmueble, tiene sus oficinas en el mismo inmueble, piso 7.º,

2.ª, 8) El referido inmueble tiene portero, que se encuentra visible en la entrada del mismo.

En virtud de tales hechos, la Sala no puede por menos que compartir la conclusión a la que se llega en la instancia de que la «actora tenía conocimiento de todas las circunstancias de la demandada (30 años viviendo solas demandada e hijas)», de lo que deriva un consentimiento o una aceptación tácita a la subrogación (cambio de titularidad de la cuenta domiciliataria, constancia de todos los servicios y suministros a nombre de la demandada, asistencia de la misma a las reuniones de de Juntas de Propietarios, ubicación de las oficinas de la demandada en el mismo inmueble, en el que, además existe un portero, comunicación del divorcio y de la atribución del uso a la administración); en todo caso, y como efecto mínimo ante la acción ejercitada, la demandada comunicó el divorcio y la atribución del uso, por lo que podía continuar en el uso de la vivienda arrendada (art. 15 LAU), todo lo cual, unido al hecho de la suscripción del contrato constante matrimonio y constando como ocupante a la demandada, refuerza la tesis de la aceptación tácita a la subrogación, sin que resulte de aplicación la sanción del art. 16.3 LAU, atendidas las referidas circunstancias, procediendo, por ello, con desestimación del recurso, la íntegra confirmación de la resolución recurrida, si bien, por las mismas razones que en la recurrida, sin expresa declaración sobre las costas causadas en esta alzada».

3. Razonamientos jurídicos empleados por el Tribunal Supremo para estimar el recurso y resolver el contrato de arrendamiento

Considera el recurrente, en síntesis, que se ha vulnerado el precepto citado, pues, fallecido el titular del contrato de arrendamiento, ninguna de las personas que podían haberse subrogado en su posición, comunicaron esta circunstancia al arrendador, indicando su voluntad de seguir en la posición de arrendatario. En el segundo motivo expone la recurrente que existe una discrepancia entre Audiencias Provinciales respecto de la interpretación del artículo 16.3 LAU 1994. Algunas Audiencias Provinciales (SSAP Barcelona, sección 4.ª 12 de enero de 2007 y

3 de mayo de 2005, SSAP Barcelona, sección 13.^a, 21 de febrero de 2006), sostienen la tesis de la recurrida y defienden que puede existir un consentimiento tácito del arrendador respecto a la subrogación en la posición del arrendatario por alguna de las personas facultadas para ello. Frente a este criterio otras Audiencias Provinciales (SAP Madrid, sección 25.^a, de 27 de febrero de 2007, SSAP Barcelona, sección 13.^a, 31 de mayo de 2006 y 30 de septiembre de 2005), declaran que es un requisito ineludible la notificación al arrendador del fallecimiento y la expresa declaración de voluntad de subrogarse en su posición por persona legitimada. En el motivo tercero se alega que en atención a la interpretación estricta del artículo 16.3, una vez transcurrieron los tres primeros meses desde el fallecimiento del arrendador, sin que ninguno de sus familiares manifestara expresamente su voluntad de continuar con el arrendamiento, el contrato quedó extinguido. En el cuarto motivo considera que aunque se aceptara la aplicación de lo que denomina tesis de interpretación permisiva, tampoco podría considerarse realizada la subrogación, pues de las pruebas practicadas, valora la parte, resulta imposible concluir que la arrendadora hubiera tenido conocimiento del fallecimiento del arrendador.

La entrada en vigor de la LAU 1994, provocó que existieran contratos de arrendamientos urbanos sometidos a tres regímenes jurídicos distintos, por lo que el legislador con la finalidad de solventar, entre otros, los problemas relativos a la duración de los contratos y a la subrogación en los arrendamientos para uso de vivienda, introdujo una serie de complejas disposiciones transitorias. En concreto la DT Segunda LAU 1994, aparece bajo la rúbrica de «Contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985», en cuyos apartados A) y B), respectivamente, se intenta dar solución a la determinación del régimen jurídico aplicable y al modo de extinción y subrogación de estos contratos. El apartado A) de la DT Segunda LAU 1994, remite a la LAU 1964, para la regulación de los arrendamientos de vivienda con las modificaciones contempladas en la propia DT.

La subrogación arrendaticia por causa de muerte del arrendatario en arrendamientos para

uso de vivienda, regulada en nuestra legislación, ha venido exigiendo la concurrencia de presupuestos subjetivos y objetivos. Dentro de los primeros, tanto la LAU 1964 como la LAU 1994 han fijado, como requisito esencial, que quien desea continuar en el arrendamiento, sea una de las personas facultadas para ello conforme a la ley. En cuanto al presupuesto objetivo, la LAU 1964 en su artículo 58.4 exigía tajantemente que la subrogación se notificase fehacientemente al arrendador dentro de los 90 días siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario. La actual LAU 1994, establece en el artículo 16.3 que «[e]l arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse». Las Audiencias Provinciales, han ofrecido, tal y como plantea la parte recurrente, diferentes interpretaciones respecto al alcance del artículo 16.3 LAU 1994. Mientras algunas Audiencias Provinciales exigen el cumplimiento, dentro del tiempo fijado por la LAU 1994, de los requisitos formales en ella previstos, otras valoran que, aun no cumpliendo estrictamente las formalidades establecidas, el conocimiento del fallecimiento del arrendatario equivale a un consentimiento tácito en la subrogación, pese a que no se lleve a cabo la comunicación a la que se refiere el artículo 16.3 LAU 1994.

Esta Sala ha indicado en su sentencia de 29 de enero de 2009 (RC 4132/2001), que en los arrendamientos para uso distinto de la vivienda celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LAU 1994, la DT Tercera no ha establecido ninguna novedad respecto al procedimiento a seguir para la válida subrogación en la persona del arrendatario en caso de fallecimiento, por lo que aplicando el artículo 58 LAU 1964, la falta de notificación expresa del fallecimiento del arrendatario, no impide una válida subrogación. Esta sentencia, ya adelantaba que, si para los contratos de arrendamiento distintos de vivienda la LAU 1994, no había introducido ninguna novedad procedimental, cosa diferente ocurría para el caso de los arrendamientos para uso de

vivienda, para los que la DT Segunda LAU 1994 introducía, no solo un nuevo régimen subrogatorio, sino la forma de hacerlo efectivo, a través del artículo 16.3 LAU 1994.

En aplicación de este artículo 16.3 LAU 1994 en relación a contratos de arrendamiento de vivienda celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, la STS de 3 de abril de 2009 [RC 1200/2004] argumentó, para resolver sobre la naturaleza común o privativa de los arrendamientos de vivienda suscritos bajo la vigencia LAU 1964, constante la sociedad de ganancias, la necesidad de cumplir los requerimientos formales previstos en el artículo 16.3, LAU 1964. Así declara «[p]ara que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.ª LAU, B». Posteriormente la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2011, hizo suyos estos argumentos y declaró la extinción de un contrato de arrendamiento celebrado en el año 1954, porque, al no formar parte del haber ganancial, resultó que fallecido el esposo, titular del contrato, no se había notificado expresamente al arrendador su muerte y la persona que, estando legitimada, ejercía su derecho a subrogarse, sino transcurridos los tres primeros meses desde el fallecimiento del titular del arrendamiento. En definitiva, una válida subrogación exige la comunicación formal, en el plazo de 3 meses desde el fallecimiento del arrendatario, del hecho mismo de su muerte y

de la persona que desea subrogarse, pues es muy posible que sean varias las personas que puedan ejercer este derecho de subrogación y que de hecho lo ejerciten, circunstancia por la que el artículo 16 LAU 1994, no solo fija un plazo sino también las personas que están legitimadas para subrogarse y su orden de prelación. Esta conclusión, impide que pueda considerarse que el conocimiento del fallecimiento del arrendador y de que la vivienda está siendo ocupada por un familiar con derecho a ejercer la subrogación, pueda ser considerado como un consentimiento tácito a la continuación del contrato arrendaticio.

La aplicación de la anterior jurisprudencia al caso enjuiciado, exige la estimación del recurso de casación. La Audiencia Provincial ha declarado la validez de una subrogación, una vez entró en vigor la LAU 1994, bajo el único argumento de que el arrendador ha tenido conocimiento del fallecimiento del arrendatario y de que la vivienda continuaba ocupada por quien fuera su esposa, por lo que existió un consentimiento tácito a la subrogación arrendaticia. Esta decisión no es conforme, con la jurisprudencia de esta Sala, que exige, para una válida subrogación, que se cumplan los requisitos formales del artículo 16.3 LAU, a saber la comunicación por escrito, dentro del plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador del fallecimiento y de la identidad de la persona que, estando facultada para ello, tiene la voluntad de subrogarse.

Estando el hijo mayor de edad 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 concederle al hijo y la madre el uso de la vivienda privativa del padre.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Jesús María y D.ª Aurora contrajeron matrimonio en 1959. Tuvieron dos hijos, Soledad y Eusebio.

Desde 1987 se encuentran separados por sentencia firme, aunque no se han divorciado.

La sentencia de separación, dictada en apelación por la AP de Madrid, sección 3.^a, de 9 abril 1987, atribuyó el domicilio conyugal a la esposa mientras durara la convivencia con el hijo y acordó también alimentos a favor de la esposa y del hijo común menor de edad en la cantidad de 20.000 Ptas mensuales a favor de la primera y 10.000 Ptas a favor del segundo. La sentencia del juzgado de 1.^a instancia núm. 22 de Madrid, de 10 febrero 1997, dictada en un procedimiento de modificación de medidas instado por el marido D. Jesús María, decretó la supresión de los alimentos del hijo, ya mayor de edad y mantuvo los de la esposa y el uso del domicilio familiar.

Durante la tramitación del procedimiento se han producido los siguientes acontecimientos: (a) el hijo, D. Eusebio, fue incapacitado en 2010, por sufrir una enfermedad mental; la sentencia del juzgado de 1.^a instancia núm. 95 de Madrid, de 3 diciembre 2010, declaró la incapacidad plena y rehabilitó la patria potestad de la madre; (b) El marido, D. Jesús María, fue también incapacitado de forma parcial en 2011, imponiéndole una curatela para actos de disposición y administración. Fue nombrada curador la asociación AMTA.

Antes de ser sometido a curatela, D. Jesús María demandó a D.^a Aurora, pidiendo que se dejaran sin efecto los alimentos acordados a la esposa en la sentencia de separación y la atribución del uso del domicilio, porque la vivienda es propiedad exclusiva del marido, la esposa había comprado una casa en propiedad fuera de Madrid, como consecuencia de haber adquirido una herencia y el marido estaba jubilado.

D.^a Aurora se opuso a la demanda y alegó, entre otros extremos, la incapacidad del hijo y formuló reconvencción, pidiendo que se acordase una pensión de alimentos para el hijo y que se aumentase su pensión compensatoria.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 22 de Madrid dictó Sentencia el 13 de enero de 2010, estimando la demanda y extinguiendo el uso de la vivienda y la que denominó pensión compensatoria y no estimó la reconvencción. Respecto a la pensión de la esposa, entendió que: (a) se habían modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse las sentencias de separación y la primera de modificación de medidas, teniendo una solvencia que no tenía, por lo que debía dejarse sin efecto; (b) no se podía mantener el uso de la vivienda porque la esposa tenía capacidad económica suficiente y porque el interés del hijo no era el más necesitado de protección, ya que «su minusvalía, que no incapacidad legal, no puede conllevar por sí sola y sine die, preferencia jurídica alguna sobre el uso del inmueble frente al derecho de propiedad que ostenta en exclusiva el demandante», y (c) respecto a la petición de alimentos para el hijo realizada en la reconvencción, no puede pedirse ahora por la madre, ya que debe hacerlo el propio interesado.

En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de marzo de 2011, confirmó la sentencia apelada. Los argumentos son: (a) el derecho de la esposa es de carácter alimenticio, según la sentencia que decretó la separación, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en el art. 152.3 CC; (b) aun cuando se hubiera atribuido una pensión compensatoria, al tener la recurrente sus propios ingresos, «implica la superación del desequilibrio económico que pudo condicionar la inicial sanción

judicial del derecho[...]»; (c) la situación económica de D.^a Aurora ha mejorado notablemente, al ser propietaria de una vivienda en Torre Vieja; (d) el hijo tiene sus propios recursos para pedir alimentos a sus progenitores; (e) el derecho de uso de la vivienda no tiene carácter vitalicio, «[...]encontrándose, por el contrario, sometido a un necesario condicionante temporal, máxime en supuestos, cual en el caso acaece, en que la titularidad de dicho bien corresponde exclusivamente al cónyuge no beneficiario del uso», y (f) «no obstante seguir viviendo el hijo Eusebio, en compañía de la esposa, en el inmueble que constituyó la sede de la vida familiar, no puede dejar de ponderarse que el derecho de uso sancionado en su momento en favor de ambos se prolonga ya durante más de veinticinco años, disponiendo ahora la citada progenitora, no sólo de medios económicos propios de los que anteriormente carecía, o eran de escasa cuantía y continuidad, sino también de una vivienda de su titularidad, respecto de la que no consta, pues ninguna prueba se ha aportado a tal fin, que carezca de condiciones para cubrir, de modo digno, las necesidades cotidianas de alojamiento de madre e hijo, ni que, en la localidad donde se ubica dicho inmueble, o en sus inmediaciones, no existan los correspondientes servicios médicos que puedan supervisar la enfermedad que padece el citado descendiente, cuya declaración de incapacidad, atendidas las expuestas circunstancias, no puede convertir en vitalicio un derecho que, por definición legal, queda siempre limitado en su vigencia en el tiempo».

D.^a Aurora interpuso recurso de casación acordando el Tribunal Supremo mantener al hijo y a la madre en el uso de la vivienda familiar.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Pensión compensatoria

En el primer motivo del recurso se alega la infracción de los arts. 97, 100 y 101 CC, referentes al carácter reequilibrador de la pensión compensatoria, a su fijación en atención a las circunstancias concurrentes al tiempo de la separación y a la posibilidad de su modificación, que no extinción, solo en los casos en que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su adopción. Sostiene que se trata de una pensión compensatoria, no de alimentos y dice que la sentencia recurrida se aparta de la STS 43/2005, de 10 febrero y la 917/2008, de 3 octubre, porque en el momento actual asegura que no hay desequilibrio, cuando éste debe valorarse en la fecha de la separación. No se ha modificado la situación existente en aquel momento y más teniendo en cuenta la enfermedad que padece el hijo, por la que se ha rehabilitado la patria potestad, al haber sido declarado incapaz y esta situación debe ser

valorada como un gravamen extraordinario, que no fue contemplado en la sentencia de separación. Cita STS 117/2008, de 4 abril 2008.

El motivo se desestima. La recurrente insiste en calificar como pensión compensatoria lo que en realidad es un derecho de alimentos reconocido con tal nombre en la sentencia de separación. Los alimentos constituyen un derecho de carácter asistencial de la persona que los reclama, tal como se deduce de lo establecido en los arts. 142 y 148 CC; especialmente este último, centra la obligación de prestarlos en la necesidad para subsistir de la persona que tenga derecho a percibirlos, y es por ello que cuando acaba la necesidad, se extingue dicha obligación (art. 152 CC). La sentencia recurrida califica como alimentos lo acordado en la sentencia de separación, cosa perfectamente lógica porque, subsistiendo el matrimonio a pesar de la separación, los cónyuges tienen la cualidad de tales y por tanto puede existir esta obligación según

dispone el art. 143, 1.º CC, al establecer que los cónyuges tienen obligación recíproca de prestar-se alimentos.

Partiendo de esta calificación, que está de acuerdo con lo acordado en la sentencia que decretó la separación, debe mantenerse la sentencia recurrida en razón a lo siguiente:

1.º Ha quedado probado en la sentencia recurrida que no existe necesidad de la recurrente, cuestión en la que no se puede insistir en este momento, dado que la prueba de los hechos que van a dar lugar a mantener o extinguir el derecho de alimentos, corresponde a la instancia.

2.º No es válido el argumento esgrimido por la recurrente en relación a la necesidad de atención al hijo incapacitado, cuya patria potestad se ha rehabilitado a favor de la madre, tal como dispone el art. 171 CC. El cuidado del hijo debe ser tenido en cuenta en la determinación de la cuantía de los alimentos que le corresponden, cuestión que como ya se ha dicho no es propia de este procedimiento.

3.º La STS 117/2008, de 4 abril 2008, que se dice infringida por la recurrente, no se corresponde con lo debatido en este litigio, porque se refiere a un derecho de alimentos acordado en convenio en la sentencia de separación, que desaparece en la sentencia de divorcio, habiéndose reservado la esposa el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un proceso posterior. Como puede comprobarse, no coincide en absoluto con el problema debatido aquí. Tampoco se ajustan a la cuestión litigiosa las SSTS 43/2005, de 10 febrero y la 917/2008, de 3 octubre, porque ambas se refieren a pensiones compensatorias y lo discutido en este pleito es el derecho de alimentos de la esposa.

4.º Finalmente, al no oponerse a las sentencias aludidas no queda justificado el interés casacional.

2. Uso de la vivienda familiar

El segundo motivo denuncia la infracción del art. 96 CC. No se han alterado las circunstancias que justifican la cesación de la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar mientras dure la convivencia con el hijo común. Cita las SSAP de Palencia, sección 1.ª, núm. 68/2007,

de 15 de marzo de 2007 y de Pontevedra, núm. 378/2002, de 30 octubre, en las que se valora la situación de incapacidad del hijo como un hecho relevante en orden a la asignación del domicilio familiar al progenitor custodio en compañía del hijo, bien a considerar a la esposa el interés más necesitado de protección por disponer de unos ingresos bajos.

El motivo se estima.

Concurre aquí interés casacional por existir doctrina contradictoria de las AAPP centrada en las dos únicas sentencias que cita. Por tanto, debe entrar a examinarse el motivo de casación.

El art. 96.1 CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero, entre otras).

Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010.

La estimación del segundo motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D.ª Aurora contra la SAP de Madrid, sección 22, de 22 marzo 2011, determina la estimación en parte del propio recurso.

La estimación en parte del recurso de casación y la anulación parcial de la sentencia recurrida determina la asunción de la instancia por esta Sala. En consecuencia, se desestima en parte la demanda presentada por D. Jesús María, en

lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se mantiene a D.^a Aurora. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La esposa tiene la cualificación de profesora de EGB y además realiza trabajos de restauradora de obras de arte, por lo que debe limitarse a un año el periodo de percepción de la pensión compensatoria pues siendo ya las hijas mayores de edad, está en aptitud de obtener sus propios ingresos e independencia económica. Además, ha transcurrido ya un periodo de tiempo suficiente para adecuarse a la nueva situación familiar en la que sin duda tendrá que hacer frente por sus propios medios y aptitudes a sus necesidades.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 de junio de 2012

Ponente: **Exma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. José Pablo y D.^a Joaquina contrajeron matrimonio en 1987. Tienen tres hijas, ya mayores de edad.

El 8 noviembre 1995 otorgaron capitulaciones matrimoniales, pactando el régimen de separación de bienes y disolviendo el de gananciales. Consta que la esposa ha trabajado en su profesión como maestra, que tiene reconocida la idoneidad eclesiástica para impartir clases de religión y que acredita una actividad de restauración de obras de arte. El marido es abogado.

En 2008 se separaron. Se presentó una demanda de medidas provisionales y a continuación, el marido presentó la demanda de divorcio. La esposa se opuso a una serie de peticiones y formuló reconvencción, en la que pidió la pensión compensatoria y la indemnización del art. 1438 CC.

La Sentencia del juzgado de Primera Instancia núm. 25 Madrid dictó Sentencia el 1 de diciembre de 2009, y entre otras medidas atribuyó a la esposa demandada una pensión compensatoria de 2500 euros, por trece años contados a partir de la fecha de la sentencia. En relación con este pronunciamiento se dice que, examinadas las circunstancias que concurrían en la esposa, se estimaba correcta la cantidad de 2500 euros mensuales, por la diferencia entre los ingresos del marido y que D.^a Joaquina no percibía ingresos, pero que debía atribuirse de manera temporal, porque «[...] se trata en definitiva de evitar que el favorecido por la pensión, en determinadas circunstancias, conciba la pensión como una renta vitalicia derivada del matrimonio, ya que el

matrimonio no puede concebirse –no lo permite así el respeto a la dignidad de ambos cónyuges– como una suerte de seguro vitalicio que autorice a uno cualquiera de los contrayentes a vivir indefinidamente a expensas del otro».

En grado de apelación, la AP de Madrid, Sec. 24.ª dictó Sentencia el 26 de noviembre de 2010 estimó en parte el recurso y rebajó la cuantía de la pensión a 1500 euros, a pagar por un año, por las siguientes razones: (a) «las circunstancias concurrentes tanto la edad de la esposa (50 años), el tiempo de duración del matrimonio (20 años), la edad de las hijas del matrimonio, aunque ya no requieren una dependencia en cuanto a su cuidado y atención material propia de la infancia y especialmente su cualificación profesional, profesora de EGB Primaria, con declaración de idoneidad eclesiástica para impartir clases de religión lo que ya hizo antes de la separación matrimonial [...]. Así mismo tiene acreditada una actividad de restauración de obras de arte, de la que no se conoce exactamente el alcance, pero sí que se ejerce, lo que no se niega, si bien se alega que se desarrolla sin percibir emolumentos»; (b) «en un futuro próximo podrá ejercer cualquiera de estas actividades profesionalmente o al menos que está en aptitud de obtener sus propios ingresos e independencia económica»; (c) «no es de automática concesión a la separación o divorcio, ni ilimitado o absoluto, ni integra un mecanismo igualatorio de economías dispares, bien al contrario, de la mera lectura del art. 97 CC, cumple la finalidad de evitar, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto», en las circunstancias que pasa a describir la sentencia recurrida, y (d) se atribuye por el plazo de un año, que se reputa correcto por «haber transcurrido ya un periodo de tiempo suficiente para adecuarse a la nueva situación familiar en la que sin duda tendrá que hacer frente por sus propios medios y aptitudes a sus necesidades».

D.ª Joaquina 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

Sostiene la parte recurrente que se han infringido los arts. 208.2, 209, 216, 217 y 218 LEC dado que: (a) la sentencia de 2.ª instancia no ha tenido en cuenta hechos acreditados en la primera y ha introducido hechos nuevos sobre los que no se practicó prueba, modificándose otros que se declararon probados en la 1.ª instancia, resolviéndose de forma absolutamente contraria a lo decidido por esta; (b) no se mencionan los motivos por los que se considera que la cantidad de 1 500 euros es adecuada a la obligación proporcional de la otra parte; (c) se ha vulnerado el

art. 218 LEC porque la sentencia recurrida debió de poner claramente de manifiesto las correcciones que hacía a la de 1.ª instancia, pero se ha posicionado como juzgador de 1.ª instancia, con ruptura de la naturaleza del juicio de apelación; (d) se ha vulnerado el art. 217 LEC en relación con la carga de la prueba, porque sin haberse solicitado la práctica de nuevos elementos de convicción, se llega a unos resultados totalmente opuestos a la 1.ª instancia.

El motivo se desestima. Se denuncia la infracción de diversas normas procesales, sin conexión entre ellas, aunque el desarrollo del motivo permite identificar las diferentes infrac-

ciones que, a juicio de la recurrente, ha cometido la sentencia recurrida. En realidad, la denuncia se funda en dos infracciones: la referida a la falta de motivación de la sentencia al rebajar la cuantía de la pensión y el plazo para su percepción, y la discrepancia en la valoración de la prueba entre la sentencia de primera instancia y la de apelación, ahora recurrida.

1.º Respecto a la falta de motivación, con la que se identifica la vulneración del art. 218 LEC, debe recordarse aquí la doctrina de esta Sala. La STS 496/2011, de 7 julio, reproduciendo la STS 623/2009, de 8 octubre, decía: «La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el art. 117.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones [...]» (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejer-

cicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho» y todo ello, «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como aparece en el art. 469.1, 2.º LEC, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (Art. 476.2, 4 LEC).

La sentencia recurrida ha aplicado correctamente la doctrina anterior, puesto que examinando los hechos probados, ha llegado a conclusiones correctas, aunque contrarias a los intereses de la parte recurrente, lo que no es constitutivo de falta de motivación.

2.º En relación con la discrepancia en la valoración de la prueba entre las dos sentencias, debe recordarse aquí que la Audiencia debe valorar la prueba y no está limitada por las valoraciones efectuadas en la primera instancia, porque se trata de una segunda instancia, con plenas competencias para ello, de acuerdo con lo establecido en el art. 465 LEC, cuando el recurso de apelación contiene alegaciones referidas a la valoración de la prueba realizada en la 1.ª instancia.

Además, considera la recurrente que se ha vulnerado el art. 217 LEC en relación a la carga de la prueba, pero quien debería haber probado el desequilibrio era quien reclamaba la pensión, es decir, la propia recurrente.

3.º En el recurso se denuncian otras vulneraciones, que deben rechazarse: i) el 208.2 se refiere a la forma de decretos y autos y no es aplicable a las sentencias; ii) el 209 LEC establece la forma de las sentencias. Y en el recurso se está cuestionando su contenido, porque la sentencia no presenta ningún defecto formal; iii) el art. 216 LEC recoge el principio de justicia rogada y se refiere a la necesidad que tiene el juez de ajustarse a lo pedido por las partes.

La esposa pidió pensión compensatoria. En la primera instancia se acordó con la limitación temporal allí establecida y la ahora recurrente no formuló ningún recurso; por ello, no puede en este momento impugnar por incongruente la resolución, respecto a la limitación temporal, que consintió al no recurrir la sentencia de 1.^a instancia.

2. Recurso de casación

Se alega como motivo del recurso la infracción del art. 97 CC y del mismo artículo en relación con el art. 146 CC, referente a la cuantía. Se argumenta que la sentencia parte de un concepto subjetivista del desequilibrio, frente al objetivista que es el que debería haberse aplicado, para evitar que se produzca un desequilibrio en la posición del cónyuge más débil. Los elementos que sirven a la Audiencia Provincial para fijar su convicción sobre las circunstancias de la recurrente solo se puede entender cumplidos mediante la atribución con carácter vitalicio, por lo que la conclusión de la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida es ilógica, irracional y se asienta sobre parámetros distintos de los aceptados en la jurisprudencia.

El motivo se desestima.

La cuestión suscitada en el recurso de casación fue ya resuelta en su día por la STS 864/2010, de 19 enero, del pleno de la Sala, que dice lo que se reproduce:

«Es cierto, sin embargo, que el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio econó-

mico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC.

El recurso de casación formulado por interés casacional obliga a esta Sala a pronunciarse sobre la cuestión. La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Y en lo relativo a la posibilidad de acordar la pensión compensatoria con un límite temporal, debe recordarse aquí la aplicación del art. 97 CC que admitió esta opción en la redacción dada por la reforma efectuada en 2005 que recogió la doctrina de esta Sala en la STS 43/2005, de 10 de febrero (asimismo SSTs 1113/2008, de 21 noviembre, 954/2008, de 15 octubre, 923/2008, de 9 octubre).

Al haber sido resuelta la cuestión planteada en el recurso de casación en la sentencia citada y haber dictado la Audiencia Provincial una sentencia que se ajusta a la doctrina contenida en dicha resolución, debe desestimarse el recurso de casación.

Cuando el actor pide en su demanda que no se fije pensión compensatoria no es necesario que la demandada formule reconvencción expresa para que el tribunal pueda entrar a valorar si procede o no la fijación de la pensión.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 10 de septiembre de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Isaac interpuso demanda de divorcio D.^a Belén solicitando entre otras medidas que no tenía inconveniente en que se atribuyese el uso de la vivienda familiar a la esposa, pero oponiéndose a que se estableciese a su favor una pensión compensatoria.

D.^a Belén contestó a la demanda solicitando en el suplico la fijación de una pensión compensatoria aunque no formulo reconvencción expresa.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Sevilla dictó Sentencia el 23 de octubre de 2009 declarando el divorcio y acordando las siguientes medidas: 1.^a El uso de la vivienda se atribuye a la demandada, sin carácter exclusivo y hasta el momento de liquidación de la sociedad de gananciales y por un tiempo máximo de dos años, a partir de cuyo momento, aunque no se haya concluido esa liquidación, regirán las reglas de disposición de los bienes que se ostentan en pro indiviso (art. 394 C. Civil). 2.^a Atribuir el uso del vehículo marca Mercedes matrícula... B.J.F. a D. Isaac. 3.^a El Sr. Isaac asumirá el pago de la hipoteca y el préstamo pendientes de amortizar, con las entidades Cajasol y El Monte con derecho de reintegro. Todo ello sin imposición de costas.

En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 23 de abril de 2010 desestimando el recurso.

D.^a Belén interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó anular la sentencia que declararon sin valor ni efecto alguno en lo que se refiere a la omisión del debido pronunciamiento sobre la pensión compensatoria solicitada por la esposa demandada, y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior para que por el mismo tribunal vuelva a dictarse sentencia que resuelva motivadamente el recurso de apelación interpuesto por dicha parte demandada sobre la procedencia de la citada pensión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamiento jurídico del Juzgado de 1.^a Instancia para no fijar pensión compensatoria

En lo que concierne a la fijación de pensión compensatoria, no se puede entrar a valorar su

procedencia por cuanto que la dirección jurídica de la demandada no la ha articulado, como resulta preceptivo, a través de reconvencción expresa. Tras la entrada en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta claro y meridiano que no cabe admitir la reconvencción implícita o

tácita (art. 406 y 770.2 LEC). El que sobre materia dispositiva para las partes (pensión compensatoria, alimentos de hijos mayores), sobre la que el tribunal no se ha de pronunciar de oficio, solo cabe admisión de reconvencción expresa, no constituye cuestión de criterio sino cuestión de estricta legalidad y literalidad normativa de carácter procesal. Las normas procesales también están para acatarlas y cumplirlas. Máxime cuando de ello además puede redundar perjuicio a la contraparte que, en el presente caso, se ha abstenido en su demanda de solicitar medida alguna relacionada con pensión compensatoria, no ha tenido oportunidad de contestar a la demanda reconvenccional que no se ha formulado, y en consecuencia no ha tenido oportunidad de rebatir la existencia del desequilibrio económico que serviría de presupuesto a la pensión compensatoria. Una indefensión que además traería consecuencia de haberse ajustado escrupulosamente el juzgado a los trámites procesales previstos en el art. 770 de la LEC, sin que la parte que ha omitido el imprescindible requisito de procedibilidad, haya realizado objeción alguna (vía recurso) contra la providencia que tras la sucinta contestación (sin formulación de reconvencción expresa), se limitó a convocar a las partes a juicio. Ciertamente la situación generada, por no entrarse siquiera a valorar la procedencia de la pensión compensatoria, puede provocar en la Sra. Belén un notable perjuicio, que solo podría corregirse, en su caso, a través del correspondiente cauce de responsabilidad profesional contra su dirección jurídica.

2. Razonamiento jurídico de la Sentencia de la Audiencia Provincial para confirmar la decisión del juzgado en cuanto a la imposibilidad de pronunciarse sobre al pensión compensatoria

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la procedencia de la fijación de una pensión compensatoria a favor de la demandada Sra. Belén; conviene precisar, que si bien es cierto, que a esta última se le dio traslado de la demanda interpuesta (no olvidemos, que en el suplico no se hacía referencia alguna a la concesión o no de dicha pensión) con emplazamiento para que contestase a la misma por plazo de veinte

días con las advertencias y apercibimientos legales, habiendo contestado dentro de plazo pero sin formular reconvencción expresa en petición de pensión compensatoria; también lo es, que sin perjuicio de que en los procesos matrimoniales se dan elementos no dispositivos sino de «ius cogens» pudiendo el juzgador introducirse de oficio sin sujetarse rígidamente al principio rogatorio en determinados derechos (pensión de alimentos), lo realmente trascendente radica, en que dicha oficialidad no rige en lo que respecta a la pensión compensatoria debiendo los juzgados y tribunales atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones. De ahí, que no habiéndose interesado la precitada pensión compensatoria mediante la formulación de la oportuna reconvencción (solamente se hace referencia en la contestación a la demanda interpuesta) resultaría una incongruencia «extra petitum» su fijación y además provocaría indefensión a la contraparte obligada a soportarla ya que nada pudo alegar sobre este extremo; por lo que ante la falta de reconvencción expresa y de acuerdo con lo establecido en el art. 770.2.º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala asume y comparte la fundamentación jurídica recogida por el juez «a quo» en la resolución recurrida, sin que por otro lado, se aprecie que se le haya causado indefensión a la ahora apelante al no haberse producido vulneración alguna en las normas esenciales del procedimiento entablado.

3. Motivo del recurso extraordinaria por infracción procesal

Se motiva el recurso en el art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, infracción de las normas reguladoras de la sentencia, así como en el motivo previsto en el núm. 4 apartado 1 de dicho artículo, esto es, vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española y, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que ninguna de dichas infracciones se haya podido denunciar en momento procesal alguno, ya que producidas en la segunda instancia, solo se han podido constatar al recibir notificación de la sentencia dictada en esta y objeto de recurso».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: La sentencia objeto de recurso aborda en su FD Segundo la pretensión referida a la procedencia de fijar la pensión compensatoria a su favor. Lo que se discutió en apelación y ahora es que no era necesario formular reconvencción, ya que la cuestión había sido planteada por el actor en su demanda, abordándola de forma amplia y exhaustiva postulando su improcedencia y solicitando prueba a tal fin.

La sentencia recurrida infringe lo previsto en el artículo 216 y en artículo 218.1 de la LEC al no abordar esa cuestión y limitarse a denegar la pensión compensatoria por razones que son ajenas a lo planteado. La primera, no haberse formulado reconvencción expresa por la demandada, cuando en apelación no se cuestionó si la reconvencción debía ser expresa, implícita o tácita; la segunda, que las disposiciones de derecho necesario que rigen en los procesos matrimoniales permiten al órgano judicial, de oficio, sin sujetarse al principio de rogación, examinar algunas cuestiones entre las que no se encuentra la de la pensión compensatoria, cuando esto no es lo que se discutía sino que dicha pretensión había sido introducida en el debate por el demandante de forma exhaustiva, y con solicitud de prueba, de manera que hacía innecesario que el demandado formulara reconvencción.

La falta de respuesta a la cuestión objeto de debate y no a otras ha producido indefensión.

4. Razonamiento jurídico del Tribunal Supremo para acordar la nulidad de lo actuado y la reposición de los autos al momento anterior a dictarse sentencia por la Audiencia Provincial

A) Según constante jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en SSTs de 26 de octubre de 2011, RCIP núm. 1345/2008; 23 de marzo de 2011, RCIP núm. 2311/2006; 1 de octubre de 2010, RC núm. 1315/2005; 29 de septiembre de 2010, RC núm. 594/2006; 2 de diciembre de 2009, RC 407/2006; 2 de noviembre de 2009, RC núm. 1677/2005; y 22 de enero de 2007, RC núm. 2714/1999, el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC (que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar

una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE) exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas una respuesta suficientemente motivada.

Por tanto, para esa jurisprudencia, la congruencia consiste en la conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas, que integran el objeto del proceso –teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la causa *petendi* [causa de pedir]–, en los escritos de demanda y contestación –no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en ellos–. Debe apreciarse la debida congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada. A su vez, esta relación no debe apreciarse exigiendo una conformidad literal y rígida, sino racional y flexible, por ser la finalidad, antes del artículo 359 LEC 1881, y hoy del 218 LEC 2000, asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución poniendo fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Lo dicho supone que para determinar si una sentencia es incongruente debe acudirse al examen comparativo de lo postulado por las partes y de los términos en que se expresa el fallo combatido, y que el órgano jurisdiccional está autorizado para hacer un ajuste razonable y sustancial de dicho fallo con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, como tampoco cabe sustituir unas cuestiones por otras.

B) La especial naturaleza de la institución matrimonial se traduce, en el plano procesal, en que no rigen los principios dispositivo y de preclusión con igual fuerza que en los procesos declarativos ordinarios, como se infiere, entre otros extremos, del hecho de que el artículo 770.2.^a, párrafo segundo, LEC limita la exigencia de reconvencción expresa prevista en el artículo 406.1 LEC a determinados supuestos, entre los que figura el que aquí interesa (letra d)), que concurre «[c]uando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubie-

ran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio».

C) Cuando se trata de la decisión sobre la procedencia o de otorgar una pensión o prestación compensatoria por desequilibrio económico (artículo 97 CC), cuya petición por el cónyuge demandado está sujeta a reconvencción, dado que no puede acordarse de oficio, se plantea si debe estimarse comprendido en la excepción relativa a que la medida hubiera sido solicitada en la demanda (caso en que no es necesaria la reconvencción), el supuesto en que la parte demandante solicita expresamente que se deniegue la pensión o prestación, y la parte demandada, sin formular reconvencción, solicita en la contestación a la demanda que se conceda dicha medida.

Esta cuestión ha sido resuelta de modo divergente por diferentes audiencias provinciales, por lo que se halla justificada la intervención de esta Sala en interés de la ley.

D) La interpretación favorable a entender que no es necesaria, en el supuesto planteado, la necesidad de reconvencción ha sido mantenida por diversas audiencias provinciales (SAP de Navarra, de 28 de julio de 2006, rollo núm. 315/2005; SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 2010, rollo núm. 5964/2010; SAP Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de marzo de 2007, rollo núm. 500/2006; SAP Salamanca, Sección 1.ª, 6 de octubre de 2006, rollo núm. 401/2006; SAP Toledo, Sección, de 5 de octubre de 2004; rollo núm. 192/2004; SAP Murcia, Sección 1.ª, 5 de marzo de 2004, rollo núm. 355/2003; entre otras), fundándose en diversas razones, que pueden sintetizarse así:

a) Cuando el demandante, en previsión de una posterior petición al respecto, se opone al reconocimiento de la pensión en su demanda, en realidad formula una acción declarativa dirigida a que se diga que no ha lugar su fijación, contra la que cabe entender formulada la acción contraria (declarativa del derecho negado por el demandante), sin necesidad de acudir a la formalidad de la reconvencción sino simplemente contestando a la demanda, pues dos negaciones seguidas («no cabe», «no, no cabe»), dan por resultado una afirmación.

b) Dejando al margen los requisitos que atañen a su contenido –debe tratarse de preten-

siones que haga el demandado distintas a las del actor, y que recaigan sobre cuestiones sobre las que el órgano judicial no deba pronunciarse de oficio–, tanto a la luz de la legislación anterior (DA Quinta, regla e) Ley 30/1981, de 7 de Julio), como de la vigente normativa procesal (artículo 770.2 LEC), la reconvencción en los procesos matrimoniales no exige otro requisito formal que su proposición «con la contestación a la demanda». Puesto que la reconvencción cuenta con una regulación específica en los procesos matrimoniales, valorando la singularidad de los mismos, entraría dentro de lo razonable entender que no son de aplicación a dichos procesos las exigencias formales que el artículo 406 LEC impone con carácter general en los procesos ordinarios respecto de la imposibilidad de formular pretensiones reconconvencionales en forma implícita.

c) Incluso en la hipótesis de entender que la exigencia de reconvencción explícita a que alude el artículo 406 LEC rige también en los procesos matrimoniales, los singulares principios que los inspiran debe llevar al órgano judicial a entender que el incumplimiento de esta formalidad no puede acarrear una consecuencia jurídica tan desproporcionada como tenerla por no formulada, para así dejar sin juzgar las peticiones implícitas. Lo razonable es interpretar esa exigencia en el sentido de que corresponde al juez de familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la misma, estando entre sus facultades detectar las posibles peticiones de naturaleza reconconvencional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandante y con ello evitar posible indefensiones. Esta interpretación se compadece con la doctrina constitucional sobre cómo han de entenderse los requisitos formales en aras a garantizar la tutela judicial efectiva y respecto de la posibilidad de subsanar los defectos formales. E) Esta Sala comparte sustancialmente estas razones. Por un parte, considera que no existe motivo, a raíz de la promulgación de la LEC 2000, para entender modificado la jurisprudencia del TC, el cual, en un supuesto que guarda una absoluta semejanza con el aquí resuelto, aunque la ley aplicable era la LEC 1881 (STC de 10 de diciembre de 1984), declaró que una inexistente incongruencia no puede impedir

el examen de la procedencia o no de una pensión compensatoria a favor de parte demandada si fue la propia parte demandante quien introdujo en el debate del proceso la cuestión atinente a la pensión compensatoria —aunque lo fuera para negar en su escrito de demanda la procedencia de la misma a favor de la demandada, anticipándose a una eventual y previsible petición—, y si además la demandada, por su parte, no se limitó en su escrito de contestación a solicitar su absolución respecto de las pretensiones del demandante, sino que pidió la fijación de una concreta pensión compensatoria a su favor.

En efecto, esta Sala entiende que cuando la LEC exige reconvención expresa lo hace con el fin de someter a un régimen formal la ampliación o integración del objeto del proceso, de forma suficiente para garantizar la seguridad jurídico-procesal. En el supuesto en que la parte demandante se opone al reconocimiento de la pensión compensatoria, introduciendo el debate sobre su procedencia, debe admitirse que con ello integra en el objeto del proceso la pretensión relativa a la pensión por desequilibrio económico. Así se infiere del hecho de que el otorgamiento de una medida de esta naturaleza, discutida en el seno de un procedimiento familiar, no puede ser entendida de manera rígida como una pretensión de carácter unilateral frente a la que la otra parte se presenta con el carácter de sujeto pasivo, sino como una medida que debe ser ponderada y discutida simultáneamente en su anverso y en su reverso teniendo en cuenta diversas circunstancias atinentes a ambas partes en relación con la institución matrimonial, y ponderando intereses que están por encima de los individuales de uno y otro cónyuge. Esta es la razón por la que cuando la parte demandante solicite que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla. Debe interpretarse, pues, que cuando el artículo 710.2.^a d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconvención en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de me-

didadas definitivas, no apreciables de oficio, «que no hubieran sido solicitadas en la demanda», la naturaleza de esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso.

F) En aplicación de esta doctrina, procede estimar la infracción en que se funda el recurso, puesto que, más allá de que la sentencia recurrida expusiera las razones que entendía que justificaban su decisión, debe apreciarse incongruencia en la falta de resolución sobre una pretensión, referente al reconocimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del marido, que cabe entender que había sido introducida en el proceso por las partes con arreglo a una razonable interpretación de la ley. Como se ha dicho, debe valorarse la actuación del propio demandante, que, anticipándose a las alegaciones de la esposa, y en previsión de la petición formal que esta pudiera hacer al respecto en el trámite procesal oportuno, tomó la decisión de incluirla en su demanda, aunque fuera para sostener que su fijación era improcedente, —petición en sentido negativo que apoyó en razones y pruebas que consideraba pertinentes para sustentarla—. A su vez debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la esposa, que no se limitó a defenderse de manera genérica de las pretensiones formuladas en su contra, sino que interesó expresamente el reconocimiento de la pensión en la contestación a la demanda.

En esta tesitura, en aras de la doctrina que se ha formulado, no deben aceptarse los argumentos empleados por ambos órganos judiciales para eludir pronunciarse sobre la pensión compensatoria, referentes a la necesidad de reconvención expresa y a la imposibilidad de suplir de oficio la inactividad de las partes. Nos encontramos ante un supuesto en que se introdujo en el proceso, de manera conforme a la ley, la controversia que mantenían los litigantes respecto de la pensión compensatoria, y esta circunstancia no permite apreciar la existencia del incumplimiento de un requisito formal ni apreciar indefensión.

La mayor o menor cualificación profesional no resulta especialmente significativa en un contexto de crisis dado que una mayor preparación no equivale sin más a un trabajo estable y seguro que proporcione un medio de vida que permita prescindir de la pensión compensatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Marisol y Don Moisés contrajeron matrimonio el 29 de enero de 1983.

D.ª Marisol interpuso demanda de juicio de divorcio con adopción de medidas provisionales, contra D. Moisés y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, dando lugar al divorcio, determine como medidas o efectos derivados del mismo, entre otras las siguientes:

En cuanto al uso de la vivienda conyugal y ajuar. La esposa no tiene inconveniente en que el se adjudique al esposo pues entiende con todo el dolor de su corazón, y así se lo indican quienes le están tratando, que no le conviene volver a la casa que fue su hogar, pues además de necesitar un ambiente totalmente distinto para superar en alguna medida sus traumas e intentar rehacer su vida, su persona, dadas las especiales circunstancias que concurren en la zona, donde situaciones y episodios como los descritos carecen del reproche moral y social que las comunidades más avanzadas, hacen y su persona, decíamos, sufre de mayor vulnerabilidad, especial circunstancia que aconseja a que sea la esposa la que se vaya del hogar conyugal. b) En cuanto a la pensión por desequilibrio: Habida cuenta de la pensión del marido y demás bienes matrimoniales, de los cuales se va a seguir beneficiando el marido de manera exclusiva, al menos hasta que se lleve a efecto la disolución de los bienes gananciales, así como las especiales circunstancias que concurren en la esposa, edad, sin formación profesional, más allá de la adquirida con las vacas en Ibias, la necesidad de superar una situación traumática en un lugar distante, la dedicación exclusiva al matrimonio y en particular al marido del que durante veintisiete años, fue esclava con derecho a maltrato físico y psíquico, por parte de su señor marido, entendemos que la reflejada y acordada con el letrado del propio demandado, es justa y equitativa, es decir, el 35% de los ingresos netos del demandado, en el modo y condiciones del referido borrador de convenio se establece y que para mayor comodidad,

D. Moisés contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia acordando en el divorcio de los cónyuges y al amparo del art. 81 2.º del Código Civil propongo se acuerden las siguientes medidas: a) Pensión compensatoria: No se concede a ninguno de los cónyuges pensión compensatoria alguna. Subsidiariamente se solicita que la de establecerse una pensión ésta tenga un límite temporal de 3 años. b) Vivienda conyugal: se le adjudique al esposo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas de Narcea dictó sentencia el 24 de septiembre de 2009, decretando el divorcio, atribuyendo al esposo el uso de la vivienda familiar, y estableciendo una pensión compensatoria a cargo de D. Moisés del 33% de sus ingresos netos procedentes de prestaciones de desempleo y/o los pagos de minería, que se abonará en los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que designe la demandante. La pensión se concede con carácter vitalicio, contra la pretensión del esposo de que lo fuera durante un periodo de tres años, valorando la edad de la esposa, a punto de cumplir 49 años, que cuidó de la familia y de la explotación de ganado familiar, los ingresos líquidos mensuales del esposo – 2.781,58 euros–, con pequeñas variaciones, procedentes de los pagos de la UTE Pagos Minería-Cajastur y del INEM, parte de los cuales sirven para hacer frente a un recibo de «Santander Consu» –242,15 euros mensuales– y a dos préstamos presumiblemente gananciales de 259,58 y 434,28 euros mensuales, así como los trabajos esporádicos de la esposa en empresas de limpieza y cuidado de mayores con problemas de movilidad.

En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Asturias dictó sentencia el 8 de febrero de 2010, estimando parcialmente el recurso en el sentido de fijar como límite temporal en el devengo de la pensión compensatoria el de cinco años, a computar a partir de esta sentencia, tiempo que considera suficiente para que pueda incorporarse plenamente al mercado laboral y obtener unos ingresos que le permitan reequilibrar su situación económica, inicialmente agravada por el hecho de tuvo que abandonar el entorno familiar y social en que se desenvolvía al desplazarse a otra localidad distinta de la que hasta entonces constituyó su domicilio familiar.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D.^a Marisol recurre la sentencia porque prescinde de multitud de datos que llevarían a una solución contraria, destacando que se trata de una persona de casi cincuenta años, sin cualificación y que se dedica a la limpieza. A los efectos de acreditar el interés casacional, alega que la sentencia dictada se opone a la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 14 de octubre de 2008, 21 de noviembre de 2008, 17 de julio de 2009 y 10 de febrero de 2005, si bien en el escrito de interposición se alude únicamente a la primera de las citadas.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, SSTs de 17 de octubre de 2008 (RC núm. 531/2005 y RC núm. 2650/2003), 21 de no-

viembre de 2008 (RC núm. 411/2004), 29 de septiembre de 2009 (RC núm. 1722/2007), 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006), 29 de septiembre de 2010 (RC núm. 1722/2007), 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009), 5 de septiembre 2011 –Pleno– (RC núm. 1755/2008) y 10 de enero de 2012 (RC núm. 802/2009) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2.005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008) y 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión) que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

En la misma línea, las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005), mencionadas por las más recientes de 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006) y 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007)), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico

o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (SSTS de 3 de octubre de 2008, (RC núm. 2727/2004), y 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009)) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión «nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada», lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC «si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas –alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)–».

Siendo así, es decir, siendo reiterada la doctrina de esta Sala en cuanto a los criterios a tener en cuenta sobre el nacimiento, fijación y extinción de la pensión compensatoria, prevista y regulada en el artículo 97 del Código Civil, el motivo que pretende que se transforme en vitalicia y no en temporal, debe rechazarse pues en ningún caso esta limitación es contraria a la función reequilibradora, básica e incuestionable, de la pensión compensatoria, ni resulta de los hechos ni de la valoración que de los mismos hace la sentencia:

a) En primer lugar, para establecer una pensión compensatoria a favor de la esposa tiene en cuenta los factores que ahora se reiteran sobre duración del matrimonio, edad, circunstancias familiares, ingresos de uno y otro cónyuge y cualificación profesional de la esposa.

b) En segundo lugar, esta suerte de datos se vuelve a tener en cuenta para valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico creado por la ruptura matrimonial en un plazo de cinco años, de modo

que la función de restablecer el equilibrio, con-sustancial a la pensión compensatoria, se agota-rá transcurrido dicho plazo.

c) La disconformidad de la recurrente con el reseñado juicio prospectivo y sus conse-cuencias, no equivale a entender que la decisión adoptada sea una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica. Es cierto que la edad de quien ve limitado el tiempo de per-cepción de la pensión es un dato a tener en cuen-ta a estos efectos, pero no el único. Tampoco lo es la mayor o menor cualificación profesional, pues esta hay que valorarla en cada caso, dado que no resulta especialmente significativa en un contexto de crisis que una mayor preparación equivalga sin más a un trabajo estable y seguro que proporcione un medio de vida que permita prescindir de la pensión. Las posibilidades rea-les de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios pro-prios para obrar autónomamente no deriva de un juicio gratuito o arbitrario. La esposa conoce el

mercado laboral por haber estado en él durante algún tiempo vigente la relación matrimonial, y no resulta anómalo ni ilógico sostener que pue-de reintegrarse al mismo en razón al trabajo que conoce y puede desarrollar sin excesivas dificul-tades.

d) La pensión compensatoria no se concibe solo como un simple instrumento de nivelación patrimonial, que es lo que parece pretender el motivo, ni responde a situaciones de necesidad, y el plazo está en consonancia con una previsión coherente y lógica de superación del desequili-brio existente entre ambos esposos una vez que la esposa se adapte a la nueva situación deriva-da de la ruptura y muy especialmente al trasla-do voluntario de residencia, y esta la solución temporal se alcanza por la Audiencia valorando, con parámetros de prudencia y ponderación, to-das las circunstancias que menciona el artículo 97 CC, por lo que sus conclusiones han de ser respetadas en casación.

FILIACIÓN

Aunque se estimó la caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna, en un procedimiento de modificación de medidas se acordó dejar sin efecto la pensión alimenticia pues no pueden mantenerse alimentos a cargo de quien no es padre, aunque por razones de procedimiento no haya podido destruirse la filiación.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 8 de junio de 2012

Ponente: Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

D. Balbino y D.^a Susana se casaron en 1979. Tuvieron dos hijas, actualmente mayores de edad.

Por sentencia de 31 mayo 1988 se decretó la separación de los cónyuges Balbi-no-Susana. Por sentencia de 22 mayo 1997 se decretó la disolución del matrimonio por divorcio y se acordaron las mismas medidas establecidas en la separación, es decir, la guarda y custodia de las hijas se atribuyó a la madre, con un derecho de comunicación y visitas del padre y pensión alimenticia a las hijas.

El 26 abril 2002, la madre instó la ejecución de la sentencia de divorcio, reclamando la cantidad debida por alimentos que el padre no había pagado. Se despachó ejecución mediante auto de 7 mayo 2002.

D. Balbino se opuso a la ejecución, alegando que no era el padre biológico de los dos menores, por habersele diagnosticado una azoospermia absoluta. Impugnó judicialmente la paternidad. A continuación, interpuso una demanda contra D.^a Susana, en la que pidió la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio relativas a los alimentos de los menores y al mismo tiempo pidió que se suspendieran las actuaciones en el procedimiento de modificación de medidas hasta que recayera sentencia firme en la demanda de impugnación de la paternidad.

La SAP de Madrid, sección 22, de 6 noviembre 2007, acordó la desestimación de la demanda de impugnación de la paternidad. En ella se dice que se había destruido la presunción de filiación paterna del art. 116 CC, pero que procedía desestimar la demanda por haber caducado la acción en el momento en que se ejercitó.

Firme esta sentencia, se reanudó el procedimiento de modificación de medidas, en el que D. Balbino pidió con carácter principal, la supresión de los alimentos a D.^a Custodia y D.^a Paloma y para ésta, al ser menor de edad en aquel momento, que en el caso de que no se estimase la supresión, se redujera la pensión a 100 euros mensuales.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 23 Madrid dictó sentencia el 30 de diciembre de 2009 estimando la demanda y dejando sin efecto los alimentos. Valorando la prueba presentada, concluyó que se había producido una alteración sustancial de las circunstancias tomadas en consideración para fijar la pensión alimenticia, con los siguientes argumentos: (a) la ley no concede un derecho para pedir alimentos a quien carece de la cualidad de ascendiente; (b) la verdad biológica conforma la efectiva verdad material, «[...] que ha de prevalecer sobre el formalismo que se deriva de una sentencia que declara la caducidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial [...] ya que el erróneo planteamiento procesal de la demanda de impugnación de la filiación matrimonial no es óbice para rebatir o negar el hecho cierto de la no paternidad del demandante»; (c) «de seguirse la tesis que sostiene la demandada, consistente en que se den alimentos porque son hijas matrimoniales cuya filiación no ha podido destruirse por razones procedimentales de abandono o dejación de la acción, se propiciaría una solución judicial contraria a la lógica y que conllevaría una situación de enriquecimiento injusto no amparada por la norma».

En grado de apelación, la Sec. 24.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 27 de octubre de 2010 confirmando la sentencia del juzgado. Alegó que: (a) el supuesto concreto «queda al margen de las previsiones» generales; (b) la recurrente no reclamó las pensiones que nunca se pagaron, hasta 14 años después de la sentencia de separación, coincidiendo con la liquidación de la sociedad de gananciales, con lo que iba en consecuencia contra sus propios actos, «[...] pues tal silencio prolongado no es de otro modo interpretable que como un reconocimiento de inexistencia de obligación de pago de alimentos por parte de D. Balbino»; (c) resulta absurdo y «desde luego no querido por la norma» mantener alimentos a cargo de quien no es padre, aunque por razones de procedimiento no haya podido destruirse la filiación, por lo que lo pedido entraña un «evidente enriquecimiento injusto o sin causa, en detrimento de la contraparte».

D.^a Susana, D.^a Custodia y D.^a Paloma presentan recurso extraordinario por infracción y recurso de casación que no fueron admitidos por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las recurrentes formulan su recurso de casación al amparo de lo establecido en el art. 477.2, 3 LEC, porque consideran que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala y en concreto, a la establecida en las SSTS 918/1993, de 5 octubre, y la 224/1995, de 17 marzo, porque al mantenerse la relación de paternidad, no puede permitirse la cesación de la pensión de alimentos.

Las sentencias alegadas como infringidas por las recurrentes no cumplen el criterio de la igualdad necesaria para que puedan ser consideradas como precedentes a los efectos de determinar la oposición a la doctrina de este Tribunal. En efecto, la STS 918/1993 se pronunció en una demanda interpuesta por el padre solicitando que se declarase el cese de la obligación de prestar alimentos al hijo menor por carecer de ingresos; se declaró que la insolvencia se había creado con la finalidad de evitar el pago de los alimentos, por lo que se desestimó la demanda y el recurso de casación. La otra sentencia alegada, la STS 224/1995, de 17 marzo, se refería a una reclamación de la determinación de la filiación paterna no matrimonial por parte de una hija, no obstante la matrimonial reconocida y todo ello en base a lo dispuesto en la DT 7.^a de la Ley 11/1981, de 13 mayo.

Estas dos sentencias se refieren a supuestos muy distintos del que es objeto del actual litigio y por ello, contienen doctrina no aplicable al presente recurso. En consecuencia, no han formulado doctrina contraria a la que se pretende que ha sido infringida por la sentencia recurrida. Aun

cuando esta Sala, en el acuerdo de 30 diciembre 2011, admitió que no era necesario que las sentencias aportadas se refirieran a un supuesto idéntico al enjuiciado, sí se requiere que las pretensiones ejercitadas coincidan con lo resuelto en la jurisprudencia de esta Sala, para que pueda efectuarse el juicio de confrontación entre lo decidido en la sentencia de la Audiencia Provincial y la doctrina de las sentencias de este Tribunal alegadas como infringidas, a los efectos de la concurrencia de interés casacional. Ello no ocurre en este caso, en que el demandante ha pedido que se le eximiera del pago de una pensión de alimentos a dos personas, en la actualidad mayores de edad, que no son sus hijas biológicas, aunque siguen siéndolo registralmente porque se ha declarado caducada la acción de impugnación de la paternidad.

Por todo lo anterior, al no poder aplicarse la doctrina sentada en las sentencias de contraste aportadas, debe declararse inadmisibile el recurso de casación.

La Disposición Final 16 LEC, establece que si se tramitaren conjuntamente el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, la Sala deberá examinar si la resolución recurrida es susceptible de casación, y si no lo fuere, acordará la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal. No se ha admitido el recurso de casación por no cumplir las condiciones exigidas justificativas del interés casacional, por lo que procede acordar también la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

El daño moral que reclama el padre no trae causa en la sentencia que declara su no paternidad, sino en el hecho de que tras el divorcio, la madre y los hijos se fueron a vivir con el padre biológico, momento que debe considerarse como el dies a quo para ejercitar la acción, por lo que se estima la excepción de prescripción.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de junio de 2012

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

D. Matías formuló demanda frente a Doña Gregoria y Don Eulalio, reclamándoles los daños físicos y morales causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandados ocultándole la realidad de tal concepción y paternidad. La acción entablaba es la llamada aquiliana o acción de responsabilidad extracontractual, y el importe de la condena lo cifró en la cantidad de 199.038,36 euros.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 5 de Guipuzcoa dictó sentencia el 28 de octubre de 2008 estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados al pago conjunto y solidario al demandante de la suma de 117.130,08 euros

En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 16 de abril de 2009 acogiendo la excepción de prescripción.

D. Matías interpuso recurso de casación que fue desestimado por el tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el recurso se alega la infracción de los artículos 1968.2 y 1969 del C. Civil al sostener que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, en el presente caso, debe computarse, no desde el día en que el lesionado recibió el alta laboral como mantiene la sentencia recurrida y que fue el 16 de octubre de 2006, sino que tratándose de reclamación de dos tipos de daños, físico y moral, habrá que esperar a que cada uno de ellos sea conocido para poder ejercitar la correspondiente acción. Considera la parte recurrente que tal acción solo la pudo ejercitar a partir de la fecha de la sentencia que declaró que las hijas son hijas extramatrimoniales del demandado, D. Eulalio, de tal forma que desde que se dictó el 18 de julio de 2007, hasta que la demanda se formuló cinco meses después, no ha transcurrido el año previsto para esta suerte de acciones.

La determinación del día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Ahora bien, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescrip-

ción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, lo que no es posible en este caso en el que la parte recurrente argumenta el motivo desde una consideración distinta de la que ha sido planteada en la demanda y resuelta en la sentencia, como es la determinación del daño moral a partir de que se le negó su paternidad.

En efecto. La demanda, dice la sentencia, se formuló con fecha 18 de diciembre de 2007 y, a efectos de cómputo del plazo prescriptivo, se adjuntan dos documentos relevantes: de un lado el parte médico de incapacidad temporal por contingencia común de fecha 14 de junio de 2006, en el cual se establece como diagnóstico «trastorno adaptativo con depresión prolongada», y de otro, el informe médico de alta de 16 de octubre de 2006, así como el informe psicológico emitido por don Isidoro.

Sigue añadiendo lo siguiente, que se reproduce por su interés: «Si se examina el informe psicológico unido a los folios 16 y ss, se constata en primer lugar que el mismo se emite con fecha 26 de noviembre de 2007, «previa petición

de Matías, el día 20 de octubre de 2007», y la conclusión que puede extraerse de ello es que la fecha de emisión del informe no puede resultar determinante en este caso a efectos de concretar el dies a quo para el cómputo del plazo prescriptivo, pues se trata de una fecha aleatoria, establecida como consecuencia de la petición formulada por el propio demandante unos días antes, no existiendo correspondencia entre las fechas consignadas en los informes médicos de incapacidad temporal (fecha de baja y alta respectivamente), donde no se consigna la existencia de secuelas, ni la necesidad de tratamiento farmacológico o seguimiento terapéutico de ningún tipo que haga presumir que las lesiones no estaban estabilizadas en aquel momento.

Se pretende ante todo buscar un punto de seguridad jurídica, fijando un hecho objetivo para el inicio del plazo prescriptivo, que en modo alguno puede dejarse abierto, indeterminado y a la voluntad unilateral del dañado, con el consiguiente perjuicio para los responsables, es por ello que el informe psicológico elaborado a petición del actor por D. Isidoro no puede ser tomado en consideración a la hora de determinar la estabilización de las lesiones del actor, habida cuenta que de lo actuado se desprende la existencia de un periodo de efectiva incapacidad que comprende los días señalados en los partes de baja y de alta unidos a las actuaciones, coincidiendo con dicho período la reanudación de la actividad laboral por parte del demandante activad laboral, no existiendo referencia alguna en la fecha del alta, a la necesidad de tratamiento farmacológico, a la existencia de secuelas o incluso, a la conveniencia de seguir algún tipo de terapia preventiva, cuando ya hemos señalado anteriormente, razones de seguridad jurídica impiden dejar al arbitrio de las partes la determinación del «dies a quo» del plazo prescriptivo.

En efecto, la decisión de acudir al centro de psicología clínica en el que desarrollaba su actividad profesional el Sr. Isidoro respondió a una decisión propia del actor, y lo que es más importante a efectos de computar el plazo prescriptivo,

también fue por decisión suya la determinación del momento de dar por concluida la orientación y el tratamiento seguido.

Por todo lo expuesto y en vista del contenido del informe de alta ya mencionado, se está en el caso de concluir que, desde la fecha del alta consignada en aquél sin ningún tipo de objeción, pues debió ser entonces cuando las secuelas tenían que haber sido apreciadas, y hasta el momento de interposición de la demanda, el plazo de un año para ejercitar la acción entablada por el actor (la demanda fue presentada ante el Juzgado de Primera Instancia el día 18 de diciembre de 2007), había transcurrido en exceso el plazo de prescripción de un año, lo que obliga a estimar agotado el plazo señalado en las normas citadas en el motivo como infringidas, para ejercitar la acción de reclamación contemplada en el artículo 1902 del CC, lo que ha de llevar a la desestimación de la demanda».

En resumen, lo que pretende el motivo es alterar de forma significativa los hechos de la sentencia para fijar a la conveniencia de quien recurre el día a partir del cual se determina el cómputo del año de prescripción previsto en la norma que se dice infringida. Pretende fijar como «dies a quo «para la reclamación del daño moral la fecha de la sentencia que resuelve la impugnación de paternidad, por considerar que a partir de ese momento se produjo la pérdida de las hijas, no responde a la realidad, conforme a los hechos probados. En el momento en que se dicta la sentencia su estado emocional no sufrió ninguna alteración o quebranto que fuera reseñado en el informe psicológico. El daño moral que se reclama no trae causa de la pérdida legal de las hijas conocida mediante la sentencia de 18 de julio de 2007, que resolvió el procedimiento de paternidad, sino del engaño sobre la forma de concebir a sus dos hijas y el hecho de que tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le sumió «en una depresión», de la que fue atendido por el psicólogo clínico D. Isidoro, momento a partir del cual se concretó el daño moral padecido y reclamado.

El vicio de la voluntad de quien aparecía como padre biológico de la menor cesó en el momento en el que conoció el resultado de la prueba biológica practicada privadamente y no antes, por lo que la acción de impugnación por vicio en el consentimiento se ejerció dentro del plazo del año previsto en el art. 141 del CC.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Gabriel y D.ª Eugenia mantuvieron una relación sentimental entre junio de 2003 y 2007, con encuentros esporádicos, al vivir D. Gabriel en Madrid y D.ª Eugenia en Huelva.

En el año 2004 nació Silvia, que fue inscrita como hija de D. Gabriel.

Después de la ruptura de las relaciones entre los progenitores, el Juzgado de 1.ª instancia núm. 2 de Huelva, dictó sentencia el 22 febrero 2008, en la que aprobó un convenio regulador sobre medidas de carácter definitivo relativas a los efectos de la separación con relación a la guarda y custodia de Silvia, visitas y derecho de alimentos. No consta que las medidas se hayan incumplido.

En el transcurso de una discusión entre los progenitores después de la ruptura, la madre insinuó al recurrente la posibilidad de que la niña no fuera hija suya. D. Gabriel realizó una prueba genética que dio como resultado la exclusión de la paternidad biológica de D. Gabriel.

D. Gabriel demandó a D.ª Eugenia y a la menor Silvia, ejercitando una acción de impugnación del reconocimiento de la filiación y pidió que se declarase la nulidad de dicho reconocimiento. D.ª Eugenia contestó la demanda, alegando que la relación con D. Gabriel se había iniciado en junio de 2003, cuando ella se encontraba ya embarazada y que D. Gabriel había conocido siempre esta circunstancia, aunque reconocía que Silvia no era hija del demandante.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Huelva dictó sentencia el 10 de mayo de 2010 estimando la demanda. Razonó que la menor no era hija biológica del demandante, por haberlo reconocido así la propia madre; el actor reconoció a la menor en la creencia de que era su hija; el actor desconocía esta circunstancia en el momento del reconocimiento, lo que queda probado no solo por medio de un testigo, sino por la propia conducta del actor, de lo que se deduce que «D. Gabriel creía que era el padre biológico de Silvia, sin serlo, con lo que se encontraba en un error, y así se deduce de su conducta».

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Huelva dictó Sentencia el 21 de febrero de 2011, estimó el recurso y revocó la sentencia de 1.ª instancia. Entendió: que el demandante no despejó la duda relativa al hecho del conocimiento de la ajeni-

dad biológica de la hija que su mujer había dado a luz, sino que con la inscripción del nacimiento y en el convenio regulador admitió su paternidad; no se practicó ninguna prueba relativa a que pudiera inferirse que D.^a Eugenia le hubiera inducido a creer que era el efectivo padre de la niña; no se practicó prueba del comportamiento del demandante inmediatamente después de la discusión en cuyo curso –según él– se enteró de la verdad», y el mantenimiento, por caducidad de la acción, de una filiación jurídico formal distinta de la biológica no impedirá que el verdadero padre pueda reclamarla, si se encuentra en las condiciones legalmente establecidas».

D. Gabriel interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como motivo del recurso se alegó la infracción de la doctrina consolidada del TS y de las Audiencias Provinciales que tienden a dar prioridad a la verdad biológica frente a la registral y el art. 39.2 CE. Dice que la sentencia recurrida impone al demandante la obligación de permanecer en una paternidad forzada e irreal, porque la sentencia de la Audiencia Provincial, sobre la base de una más que discutible y nueva valoración de la prueba, obliga al demandante a mantener una paternidad meramente formal, cuando es más ajustado a derecho hacer prevalecer la verdad biológica. Además, esto entra en contradicción con el art. 39.2 CE que vincula la protección de los hijos al establecimiento de la verdad biológica, que debe primar sobre cualquier otra consideración en beneficio del propio hijo. También se denunció la infracción del art. 141 CC, por aplicación indebida, al considerar caducada la acción por falta de prueba del desconocimiento de la no paternidad de la menor sobre la falta de prueba del engaño, según la sentencia de la Audiencia Provincial. Según el recurrente, existe una tendencia jurisprudencial que considera que debe aplicarse una interpretación flexible en cuanto al principio de la carga de la prueba que debe presidir el proceso en los casos del art. 141 CC, de modo que el plazo de un año aun no habría transcurrido cuando se interpuso la demanda, dado que no había superado el año posterior al informe genético con el que el demandante confirmó la no paternidad.

El procedimiento seguido por D. Gabriel ha buscado la impugnación del reconocimien-

to de la filiación de Silvia porque se produjo un error en dicho reconocimiento, al haberse efectuado en la creencia de ser el padre biológico de la niña. Es por ello que el núcleo del recurso se centra en la infracción del art. 141 CC y más especialmente en si había transcurrido o no el plazo de caducidad establecido en dicho artículo para el ejercicio de las acciones de impugnación por concurrencia de un vicio de la voluntad.

La sentencia dictada en primera instancia considera que el error se produjo y se desvaneció cuando la madre comunicó al compañero y padre formal que la niña Silvia no era su hija biológica, momento en que el presunto padre pidió un informe pericial sobre las semejanzas del ADN entre él y la niña, con el resultado negativo que consta en los autos. En cambio, la sentencia que se recurre, con una argumentación basada en dudas que al parecer de la propia sentencia, no se han resuelto, considera poco probables los hechos declarados probados en la sentencia de 1.^a instancia, aunque reconoce expresamente que Silvia no es hija de D. Gabriel. El recurso se centra, pues, en la violación del art. 141 CC, al establecer que la acción caducará al año «desde que cesó el vicio del consentimiento», partiendo del principio constitucional de ajuste la filiación formal con la verdad biológica, reconocido en el art. 39.2 CE.

Esta Sala no puede prescindir de los hechos probados de carácter objetivo, ni hacer un nuevo examen exhaustivo de la prueba. Tenemos que limitarnos a realizar el examen y la ponderación de los derechos en conflicto atendiendo a los da-

tos fácticos declarados probados por la sentencia recurrida. De modo que hay que comprobar que los hechos se hayan ensamblado correctamente en el juicio normativo, dada la necesidad de obtener la verdad material.

El problema que se presenta a continuación se funda en la definición del principio de verdad biológica como derecho fundamental, porque la doctrina formulada por la STS 205/2012 limita la ponderación a que se refiere en los casos que traten de la violación de los derechos fundamentales y puede criticarse que se acepte aquí esta tesis por no estar incluido el art. 39 CE, que se considera infringido en el motivo primero, dentro del grupo de derechos protegidos con el recurso de amparo. Sin embargo, la STS 1177/2008, de 5 diciembre, con cita de otras, pone de relieve que la «prevalencia de la verdad real sobre la meramente formal o presunta, conforme a los principios informadores de la ley 13-5-1981, y por encima de ello, del art. 39 CE, que asegura la protección integral de los hijos, como también lo hacen en otros ámbitos y con diferente rango otras normas –la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, el Convenio de La Haya sobre protección del menor, de 29 de mayo de 1993 y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor–, y que clama, como señalan las Sentencias de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 27 de mayo de 2004, contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor».

Teniendo en cuenta este criterio, resulta plenamente aplicable a este supuesto la doctrina de la STS 205/2012.

En aplicación de la metodología anteriormente explicada, hay que concluir que de los hechos probados inamovibles en casación, se concluye que ambas resoluciones están de acuerdo en que el recurrente sufrió un error en el mo-

mento del reconocimiento de la filiación paterna de la niña Silvia, ya que asumió la paternidad y siguió dándole el trato de hija, cuando en realidad no lo era. La propia madre ha reconocido que Silvia no es hija del recurrente D. Gabriel.

La discrepancia entre las sentencias recaídas en este litigio se produce en la determinación del momento en que D. Gabriel conoció esta realidad. Resulta un hecho probado, porque el documento acompaña la demanda, que en fecha 27 de agosto de 2009, D. Gabriel llegó al convencimiento de que no era el padre biológico de Silvia, al conocer el resultado de la prueba objetiva comparativa de los dos ADN, el del padre y el de la niña. Por tanto, a falta de cualquier otra prueba segura sobre el momento en que cesó el vicio de la voluntad, debe entenderse que este es el documento que determina el dies a quo para el inicio del plazo de caducidad. Interpuesta la demanda el día 23 de octubre de 2009, se debe concluir que fue ejercitada dentro del plazo de un año desde que cesó el error. La valoración de los hechos probados no se ha ajustado al juicio normativo, por lo que hay que concluir que la acción se ejercitó en tiempo correcto y en consecuencia, se produjo una infracción del art. 141 CC.

Hay que declarar que concurrió un error en el reconocimiento y que la acción de impugnación en la sentencia recurrida, fue correctamente ejercitada dentro del plazo fijado en el art. 141 CC.

La estimación de los dos motivos admitidos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gabriel contra la SAP de Huelva, sección 1.ª, de 21 febrero 2011, determina la de su recurso de casación. En consecuencia, esta Sala debe dictar sentencia, y repone la sentencia dictada por el juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Huelva, de 10 mayo 2010, que estimó la demanda y anuló el reconocimiento de la filiación por concurrencia de un vicio de la voluntad.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas constante el matrimonio, dado que la manifestación de inexistencia de bienes gananciales en el momento de su otorgamiento fue falsa al acreditarse que existían un inmueble y unos saldos en cuentas bancarias, por lo que la falsedad de la causa en el otorgamiento implica su nulidad radical.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de junio de 2012

Ponente: **Excm.a. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Elsa contrajo matrimonio con D. José Enrique. Éste tenía dos hijos de un matrimonio anterior, D. Jerónimo y D. Modesto.

Los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales el 11 julio 2000, pactando el régimen de separación de bienes. Constan las siguientes manifestaciones: «II.—Que la sociedad conyugal formada por los comparecientes no tiene en el día de hoy bienes de carácter ganancial. III.—Y que al amparo de lo que dispone el art. 1392.4 CC, los comparecientes han resuelto modificar el régimen económico de su consorcio matrimonial, para que en adelante quede sometido al régimen de absoluta separación de bienes, [...]». En las estipulaciones, se reproducen los artículos del Código que regulan el régimen de separación de bienes.

En el mes de marzo de 2004 se dictó sentencia de separación y en el 19 de mayo de 2004 falleció sin haber otorgado testamento, siendo declarados herederos intestados sus dos hijos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante consideró probados los siguientes hechos: i) el mismo día del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, se constituye la sociedad ALICANTINA RURAL, S.L., constituida por los propios cónyuges, figurando una certificación del BBVA según la cual, a fecha 27 junio 2000, los cónyuges hicieron un ingreso en la cuenta que iba a ser de la citada sociedad, incluyendo determinadas cantidades que tenían carácter ganancial, al no haberse disuelto aun la sociedad; ii) con anterioridad a la modificación del régimen, una sentencia del juzgado de 1.^a instancia núm. 17 de Valencia, de 22 diciembre 1999, reconoció al Sr. José Enrique la propiedad de una finca que había adquirido con anterioridad.

D.^a Elsa interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Jerónimo y D. Modesto (hijos de su difunto marido) solicitando que se dictase Sentencia por la que entre otros pronunciamientos se declare la nulidad absoluta o inexistencia de la escritura de Capituciones Matrimoniales autorizada por el notario de Alicante, D. Francisco Javier Tejeiro Vidal, el 11 de julio de 2000, al número 1570 de orden de su protocolo, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a liquidar en legal forma

la sociedad legal de gananciales por los trámites establecidos en la Ley. Con carácter subsidiario solicitó la declaración de nulidad de las Capitulaciones Matrimoniales por inexistencia e ilicitud de la causa condenándoles a liquidar la sociedad de gananciales por los trámites establecidos en la Ley y, subsidiariamente de ésta, la acción de rescisión de dichas Capitulaciones Matrimoniales por lesión a mi representada con los efectos previstos en el artículo 1077 del Código Civil.

Los demandados se opusieron alegando, entre otras, la caducidad de la acción.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Alicante dictó Sentencia el 5 diciembre 2007 estimando la demanda. Después de exponer las teorías sobre la ineficacia de los negocios jurídicos, señaló lo siguiente: «en el presente procedimiento, sin necesidad de entrar en el análisis pormenorizado de la ganancialidad o privacidad de los bienes anteriores a las capitulaciones matrimoniales, otorgadas con fecha 11 julio 2000, que no discute expresamente la demandada, al mantener como motivo esencial de oposición el pacto de privacidad contenido en las mismas, procede declarar la nulidad de las mismas, y ello por cuanto que el perjuicio que la citada cláusula primera de las mismas ocasiona en el patrimonio de la actora resulta palmario, teniendo el sustento legal de tal nulidad el art. 1328 CC, al proyectar sus efectos en actuaciones futuras que materializaron tal detrimento, no pudiendo obtener la Sra. Elsa la mitad de las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por ella y por quien fue su esposo, tal y como le otorga el art. 1344 CC y sin que la contestación a la demanda aluda a que en tal calificación de los bienes como privativos, hubiera alguno que correspondiese a la demandante».

En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 13 de mayo de 2009, desestimando el recurso. Recoge los hechos que se declaran probados y concluye que la estipulación capitular denunciada, donde se reconoce que la sociedad de gananciales carecía de bienes propios en el momento del otorgamiento de los capítulos, cuando la realidad era muy distinta, «supone un desequilibrio para la esposa digno de tutela, lo que lleva a la consideración de la nulidad absoluta solicitada por la demandante y recogida en la sentencia de instancia, por carencia de causa del negocio jurídico», de modo que «la alegación del art. 1324 CC, como fundamento del recurso, debe ser igualmente desestimada, ya que [...] la confesión de los cónyuges para determinar la propiedad de los bienes que le son propios, admite prueba en contrario, como se ha producido en el presente procedimiento» a través de la prueba documental aportada por la parte actora, «que acredita la existencia de bienes adquiridos durante el matrimonio y que por tanto debieron ser reseñados en la oportuna escritura».

D. Jerónimo y D. Modesto interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente litigio versa sobre una petición de declaración de nulidad de unas capitulaciones matrimoniales. Las sentencias han declarado esta nulidad porque la manifestación de la inexistencia de bienes gananciales en el momento de

su otorgamiento fue falsa, como se deduce de la prueba presentada, por lo que debería haberse liquidado el régimen antes de proceder a la separación de bienes. En realidad, la sentencia recurrida al declarar la concurrencia de una cau-

sa falsa en las capitulaciones, está implícitamente reconociendo que este negocio fue simulado. Pero al no haberse alegado por la demandante, ahora recurrida, no ha declarado la nulidad por esta causa, sino por concurrencia de una causa falsa. Con esta explicación, deben examinarse los motivos del recurso, con la advertencia que se va a alterar su orden de examen para una mejor coherencia metodológica.

Alegan los recurrentes en casación la vulneración de los arts. 1274 y 1275 CC señalando que es erróneo que las capitulaciones carezcan de causa, porque la tienen y es onerosa. Como tal negocio tienen institucionalmente asignada causa onerosa, consistente en la modificación del régimen, por lo que es contradictorio anularlas por carencia de causa y solo pueden ser impugnadas por las partes otorgantes por ausencia o vicio del consentimiento, ya que el objeto y la causa siempre concurrirán. Por otro lado se denuncia la infracción de los arts. 1300 y 1335 CC. La sentencia recurrida declara la nulidad de un expositivo de la escritura de capítulos, que como tal no es un negocio jurídico, sino un antecedente del mismo. Ello vulnera lo establecido en los arts. 1335 y 1300 CC y no puede tener soporte en el art. 1328 CC. Solo puede declararse la validez o invalidez de los contratos o los negocios jurídicos pero no de los expositivos de la escritura pública.

Los motivos se desestiman. Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; en definitiva, es un presupuesto de eficacia, porque sin matrimonio, las capitulaciones no tienen sentido. Y ello, porque los negocios de derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa, en el sentido del art. 1261 CC, aunque las capitulaciones deban considerarse como contratos, como lo demuestra el art. 1335 CC.

El principal pacto capitular lo constituye, según el art. 1325 CC, la estipulación, modifi-

cación o sustitución del régimen económico del matrimonio. La modificación, o sustitución del régimen es el objeto y la causa de las capitulaciones, por lo que si falta, de acuerdo con el art. 1325 CC, faltarán a su vez el objeto y la causa de los capítulos. La doctrina ha discutido si este pacto tiene naturaleza onerosa o gratuita, lo que se plantea más directamente cuando la modificación se produce constante matrimonio. La conclusión más general es la que entiende que los capítulos no tienen abstractamente naturaleza onerosa o naturaleza gratuita, sino que, dado el contenido complejo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico matrimonial.

Entre los posibles pactos capitulares se encuentra la modificación del régimen, cuando se otorgan después de contraído el matrimonio. Cuando ello ocurre, según lo dispuesto en los arts. 1392.4 y 1396 CC, debe procederse a la liquidación del régimen anterior, puesto que no es posible mantener la vigencia a la vez de dos regímenes económicos distintos.

De acuerdo con la doctrina expuesta, debe confirmarse la sentencia recurrida que declaró nulas las capitulaciones matrimoniales celebradas entre los cónyuges Elsa - José Enrique, y ello, por las siguientes razones:

1.^a Las capitulaciones otorgadas contenían una declaración que ha sido probada como falsa: la de que no existían bienes gananciales. La prueba llevada a cabo demostró que al menos había dos tipos de bienes gananciales, consistentes en unos depósitos bancarios y un inmueble. La disolución sin liquidación del régimen anterior vulnera una de las reglas básicas del cambio de régimen, porque los cónyuges falsearon la realidad, manteniendo de facto el régimen de gananciales.

2.^a Las capitulaciones en sí mismas y el negocio que incluyen relativo al cambio de régimen, no tienen causa onerosa o gratuita, en el sentido que los arts. 1261 y 1274 CC otorgan a la causa. Pero al darse la circunstancia, que se ha declarado probada, de la falsedad de la declaración en relación a la existencia de bienes en el

régimen que se disolvía, se deduce la concurrencia de falsedad de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones, puesto que se expresan unas razones para el pacto de separación de bienes –la no existencia gananciales– que no coinciden con la realidad patrimonial de los cónyuges.

3.^a La falta de disolución de la sociedad de gananciales produjo el absurdo del mantenimiento de dos regímenes matrimoniales incompatibles.

En otro motivo se alega la vulneración del art. 1328 CC, por su errónea interpretación, pues a su entender, ninguna estipulación de las capitulaciones vulnera los límites del art. 1328 CC, porque se limitan a reproducir las disposiciones del Código que regulan el régimen de separación. La nulidad establecida en el art. 1328 CC no es de la totalidad de las capitulaciones matrimoniales, sino de aquellas estipulaciones que vulneren sus límites y la sentencia recurrida ha declarado en bloque la nulidad de los capítulos. La igualdad del art. 1328 CC no es una igualdad en términos económicos, sino de derechos de las personas.

El motivo se desestima. Es cierto que el art. 1328 CC establece la nulidad parcial de la cláusula que sea contraria a la igualdad de los cónyuges. Sin embargo, en la sentencia que se impugna, el definitivo argumento para declarar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales es la falta de causa, a la que se acompaña, como consecuencia de esta misma falta, la vulneración del principio de igualdad entre los cónyuges, derivado de la ocultación de la existencia de bienes gananciales. Y para ello se utiliza el art. 1328 CC, que se refiere a este principio.

También sostienen los recurrentes que se ha infracción el art. 1301 CC, porque al entender que la acción es de nulidad y no se halla sujeta a plazo, se vulnera lo establecido en dicha disposición, que contiene un plazo de caducidad de 4 años. La Sala sentenciadora ha confundido la acción ejercitada, ya que la actora pretendía en realidad que se declarara viciado el consentimiento prestado y no la ausencia de éste. Ello no es cierto porque el notario dio fe de que el consentimiento fue libre y espontáneamente emitido. Nos hallamos ante la acción de anulabilidad del art. 1301 CC, aunque se hubiera dicho que se

pretendía la nulidad absoluta. Igualmente indicaron que se han vulnerado los arts. 1309 y 1311 CC pues se han producido actos de confirmación tácita por parte de la esposa. Así, en la demanda de separación no se alude a la posible nulidad de los capítulos. Es de aplicación la doctrina de los actos propios. Por ello, en el caso de que se considerase que las capitulaciones habían adolecido de algún vicio, se habrían confirmado antes de la demanda y por tanto, se habría extinguido la acción.

Estos motivos ero se desestiman igualmente, pues en ambos motivos, los recurrentes introducen cuestiones no discutidas en la Litis o discutidas de forma distinta a como se ha planteado. Se cuestiona el tipo de ineficacia que debería haberse aplicado y, como consecuencia, el plazo para el ejercicio de la acción. La acción ejercitada fue la de nulidad y así se ha decidido en la sentencia recurrida. Debe recordarse que el art. 1335 CC establece que la invalidez de las capitulaciones «se regirá por las reglas generales de los contratos», por lo que declarada la falta de causa, se produce un defecto estructural de dicho capítulo y el tipo de ineficacia que debe ser aplicado es la nulidad. De aquí que, ejercitada esta acción y declarada la nulidad, no pueda aplicarse el plazo de caducidad establecido en el art. 1301 CC, que rige para los casos de anulabilidad, como ha reiterado esta Sala. Los recurrentes reconstruyen la acción ejercitada y pretenden montar el argumento sobre la anulabilidad que niegan, porque existió consentimiento. Pero olvidan, por no convenirles, los argumentos de la sentencia recurrida e introducen una serie de razonamientos artificiosos sobre una base falsa, lo que ocurre también con la cuestión relativa a los pretendidos actos de confirmación de las capitulaciones, efectuados, a su entender, por la esposa demandante. En este punto, introducen los recurrentes una cuestión nueva, lo que está vedado en casación (STS 112/2012, de 13 marzo y las allí citadas) y, además, no respetan el resultado de la prueba, por lo que están haciendo supuesto de la cuestión.

Por último se alega que se ha vulnerado el art. 1324 CC, puesto que la exposición segunda de la escritura de capítulos no es sino la confesión de los cónyuges de los bienes de que cada uno de ellos era titular en el momento de otor-

garlos. Es una manifestación que señala que no existen gananciales, por lo que, al afirmar la parte actora que sí existían, debió iniciar un procedimiento de liquidación de la sociedad disuelta en el momento del otorgamiento de los capítulos matrimoniales.

El motivo sexto se desestima. Según la doctrina más extendida, el art. 1324 CC recoge la antigua teoría sobre la confesión de la dote. En él, frente a la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 CC, se introduce un medio de destruir la presunción, permitiendo la confesión por parte de un cónyuge de que los bienes son propiedad del otro, facilitándose así una prueba de la autonomía de las titularidades. Sin embargo, nada de esto ocurrió en el actual litigio:

1.º No hay ninguna confesión clara de reconocimiento de que determinados bienes sean propiedad de uno o de otro. La negación de la propia existencia de bienes gananciales no puede considerarse como una confesión, porque falta el elemento esencial, es decir, el reconocimiento de un cónyuge de que los bienes son del otro.

2.º Debe recordarse que lo que se declaró fue que no había bienes gananciales.

3.º La parte que sostiene que sí había gananciales, la esposa recurrida, estaba obligada a obtener la nulidad de los capítulos para poder pedir la liquidación, porque la apariencia creada solo podía destruirse con la declaración de nulidad y para ello no es definitiva la compleja argumentación sobre la confesión.

Nulidad de la aportación de bienes gananciales a una sociedad de responsabilidad limitada efectuada por el esposo al haberse producido una extralimitación del poder otorgado en su día por la esposa en favor del esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

El matrimonio formado por D.ª Pura y D. José Daniel se regía por el régimen de gananciales. D.ª Pura había otorgado un poder general a su marido en 1997, que fue revocado en septiembre de 2000.

El 3 febrero 2000, D. José Daniel compareció ante notario y utilizando el poder conferido a su favor por su esposa en 1997, constituyó la sociedad FRAMASA 2000, S.L., a la que aportó los bienes gananciales. La sociedad se constituyó con otro socio, D. Baldomero, que aportó una cantidad de dinero. Las participaciones en dicha sociedad quedaron constituidas de la siguiente forma: 48% correspondía a cada uno de los cónyuges y un 4% a D. Baldomero.

En mayo de 2001, D.ª Pura solicitó la adopción de medidas provisionales, previas a la separación. El 16 enero 2003 se dictó sentencia de separación.

D.ª Pura interpuso demanda de juicio ordinario contra Framasa 2000, S.L., D. José Daniel y D. Baldomero, solicitando que se dictase Sentencia por la que: 1.º.— Estime que la constitución de Framasa 2000, SL y la aportación por el Sr. José Daniel a la misma del patrimonio ganancial en nombre de mi mandante, se hizo en fraude de los

derechos de la Sra. Pura, con abuso de la forma societaria y disponga la restitución al patrimonio ganancial de todas las fincas que fueron objeto de aportación a dicha mercantil, para su inclusión en el inventario del que conoce el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Murcia, Autos 1485/03. 2º.– Estime la nulidad de las aportaciones realizadas por el Sr. José Daniel en nombre mi mandante con abuso de poder y sin su consentimiento; o en su defecto, estime la rescisión de tales aportaciones por haber sido hechas por el Sr. José Daniel en fraude de los derechos de la Sra. Pura, disponiendo en cualquier caso la restitución al patrimonio ganancial de las fincas relacionadas en el hecho primero. Con carácter subsidiario se hicieron otras peticiones.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, quines se personaron en autos y se opusieron a la demanda solicitando su desestimación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia dictó Sentencia el 14 de febrero de 2008, estimando la demanda y declarando: 1.– Que la constitución de Framasa 2000, S.L. y la aportación por D. José Daniel a la misma del patrimonio ganancial en nombre de D.ª Pura se hizo en fraude de los derechos de la Sra. Pura, acordando la restitución al patrimonio ganancial de todas las fincas que fueron objeto de aportación a dicha mercantil, para su inclusión en el inventario del que conoce el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Murcia, autos 1485/03. 2.– La rescisión de la aportación de fincas gananciales a la sociedad Framasa 2000, S.L. realizada por D. José Daniel en nombre de D.ª Pura, por haber sido hecha en fraude de los derechos de Sra. Pura, procediendo la restitución al patrimonio ganancial de dichas fincas relacionadas en el fundamento de derecho primero de esta resolución. 3.– No procede efectuar pronunciamiento sobre el resto de pretensiones formuladas por la parte demandante, al haberse planteado con carácter subsidiario respecto de las anteriores.

En grado de apelación, la Sec. 1.ª, de la AP de Murcia dictó Sentencia el 25 de septiembre de 2009, confirmando la Sentencia de instancia salvo en el particular de las costas de la instancia interpuesta al Sr. Baldomero y a Framasa 2000, S.L., sobre las que no se hace especial pronunciamiento.

La entidad Framasa 2000 S.L. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El argumento fundamental de la sociedad condenada y recurrente se funda en la interpretación del art. 16.1,d) LSRL, que establecía que «una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas: [...] d) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social» y en su segundo párrafo añadía que «Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior, no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad inscrita, ni tampoco acordarse su anulación». El Texto refundido de

la Ley de Sociedades de Capital (RD-L 1/2010, de 2 julio), contiene la misma regla en el art. 56.1,g), que establece como causa de nulidad de las sociedades de responsabilidad limitada «[n] o haberse desembolsado íntegramente el capital social» y tampoco permite declarar la inexistencia, la nulidad o declararse su anulación «fuera de los casos enunciados en el apartado anterior».

El argumento principal del recurso se resume de la siguiente manera: dado que la sociedad pierde la mayor parte de su capital al haberse

rescindido la aportación efectuada por el marido con extralimitación del poder otorgado por su esposa, se produce, con efectos retroactivos, la causa de nulidad prevista en las disposiciones citadas, por quedarse la sociedad prácticamente sin capital. Por ello se habría producido una nulidad sobrevenida.

La declaración de nulidad de las sociedades de capital se basa en supuestos tasados, tal como se establece en la propia Directiva 68/151/CEE, citada como infringida. Dicha Directiva recoge en su art. 11 las causas de la nulidad de las sociedades, entre las que se encuentra «la inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al capital social mínimo desembolsado», añadiendo a continuación que «aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad». Hay que tener en cuenta que las razones de la limitación de las causas de nulidad contenidas en el texto preliminar de la propia Directiva que se declara infringida se encuentran en la protección de los terceros. Lo contenido en el transcrito art 11 de la Directiva 68/151/CEE es uno de los supuestos reconocidos en el art. 16 LSRL, con la misma finalidad y con la correspondiente redacción en su trasposición al derecho nacional, tal como exige la propia norma europea.

De aquí que los supuestos de rescisión de las aportaciones posteriores a la constitución e inscripción de las sociedades no constituyen causas de nulidad sobrevenida, sino de disolución de las sociedades en el caso que, debido a la concurrencia de este tipo de circunstancias, el capital social quede reducido por debajo del mínimo legal.

Así se ha reconocido por esta Sala en la STS 875/2007, de 23 julio, en un supuesto de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con fraude de acreedores, con cita de la STS de 10 octubre 2002, referida ésta a una sociedad anónima. La STS 875/2007 declaró que «las causas de nulidad o bien concurren en el momento de la constitución, o ya no pueden producirse con efectos retroactivos al momento de constituirse la sociedad» y añadió que «Los mismos argumentos deben aplicarse al supuesto

que ahora nos ocupa, puesto que no puede producirse una nulidad sobrevenida de la sociedad por una disminución de capital que tiene lugar por haberse hecho las aportaciones con fraude de acreedores, puesto que, además, el fraude se produjo en el momento de aportarse los bienes, que fue la constitución de la sociedad. Se puede producir una disolución por causa de disminución del capital más allá de los límites permitidos, pero no la nulidad por causa sobrevenida y con esta argumentación artificiosa, los recurrentes pretenden simplemente que una aportación realizada en fraude de acreedores, no les perjudique, por lo que debe rechazarse el primero de los motivos del recurso de casación».

De ello puede deducirse, como efectúa una parte de la doctrina, que concurren «los principios de taxatividad y de exclusión en punto a las causas de que determinan tal nulidad. En primer lugar, un principio de taxatividad o delimitación positiva de aquellas causas que puedan acarrear la nulidad de una sociedad de capital. Por otra parte, un principio de exclusión o delimitación negativa de los supuestos de hecho determinantes de la eficacia claudicante del acto constitutivo de la sociedad, en cuanto que la norma comunitaria determina la imposibilidad de declarar la nulidad —u otra situación con efectos análogos— por alguna causa distinta de las enumeradas en el propio artículo 11, 2 de la primera Directiva».

La aplicación de la doctrina anterior al presente supuesto produce las consecuencias siguientes: 1.^a Está probada la extralimitación del poder con el que el marido de la demandante constituyó la sociedad, así como la incorporación de un tercer socio, que distorsiona la legal distribución de los bienes gananciales y el daño correspondiente a la sociedad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1390 CC.; 2.^a Respecto de la causa alegada, la contenida en el art. 16. 1,d) LSRL, ya se ha argumentado que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, la rescisión de las aportaciones puede producir, o bien que la sociedad pueda seguir funcionando, porque no quede afectado el mínimo requerido, o bien que la sociedad entre en un periodo de liquidación, pero no la nulidad sobrevenida, porque lo impide el propio art. 16.2 LSRL.; 3.^a No concurrió ninguna de las causas de nulidad previstas en el art. 16 LSRL.

En consecuencia, la sociedad no puede ser su futuro una vez rescindida la aportación de los declarada nula con efectos retroactivos y será bienes gananciales. decisión de sus administradores cuál vaya a ser

UNIONES DE HECHO

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 diciembre 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 núm. 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 pro-

piedad 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 CALLE000 núm. NUM000 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 CALLE000 núm. NUM000 de Boadilla del Monte.

INCAPACIDAD

No procede la curatela y sí la tutela, sin que pueda respetarse la voluntad del incapaz de designar a su cuidadora como tutora dado que ésta tiene un interés distinto al mero cuidado y atención personal del incapaz, y el patrimonio es suficientemente importante para justificar su protección con el nombramiento de la administración pública como tutora.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de julio de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

Como consecuencia de las denuncias efectuadas el 25 de febrero de 2010 por los responsables de la agencia bancaria donde D. Obdulio tenía sus depósitos, el Juzgado de instrucción núm. 5 de Gijón abrió unas diligencias previas. El objeto de las denuncias fue que D. Obdulio había estado sacando cantidades importantes de dinero de su cuenta, ingresándolas en otra cuenta a nombre suyo y de Purificación, que le acompañaba en estos actos. Estas diligencias fueron sobreseídas.

El 19 de febrero de 2010, seis días antes de la presentación de la denuncia, D. Obdulio había otorgado un poder general en favor de D.^a Purificación. Después de la denuncia y antes de la presentación de la demanda de incapacitación por el Ministerio Fiscal, el 5 marzo 2010, D. Obdulio otorgó una escritura pública en la que, para el caso de que fuera necesario organizar una tutela respecto de sí mismo, según lo establecido en el art. 223 CC, disponía que fuera designada tutora D.^a Purificación.

D. Obdulio está afectado por un trastorno bipolar a tratamiento; dicha alteración es crónica y persistente y precisa supervisión para el cuidado de sus bienes, de modo que solo es capaz de manejar el dinero de bolsillo, al tener afectada el área de cálculo. D.^a Purificación asiste al Sr. Obdulio, con quien no tiene ningún tipo de parentesco.

Con fecha 11 de mayo de 2010 y a consecuencia de la denuncia presentada por la entidad bancaria, el Ministerio Fiscal formuló demanda promoviendo la declaración de incapacidad de D. Obdulio. El demandado se opuso.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 9 de Gijón dictó Sentencia el 21 de julio de 2010 declarando la incapacidad parcial de D. Obdulio para la disposición y administración de sus bienes, sujeto a la tutela de la Comunidad autónoma del Principado de Asturias. Argumentó lo que se resume: (a) la declaración de incapacidad debe afectar exclusivamente el cuidado y la administración de los bienes; (b) debe nombrarse tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; (c) no procede nombrar tutora a D.^a Purificación, dado el importante patrimonio de D. Obdulio, las actitudes de la citada Sra. Purificación en las visitas en que acompañó a D. Obdulio a la entidad bancaria, retirando importante sumas de dinero, que ha colocado en una cuenta conjunta con la citada cuidadora, a quien se ha otorgado un poder general y se la ha contratado como empleada del hogar, de lo que se deduce que «[...]existe en D.^a Purificación un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece D. Obdulio, y la cuantía de su patrimonio, procede para proteger su interés, designar a la administración pública tutora del mismo».

En grado de apelación, la AP de Asturias, sec. 7.^a dictó Sentencia el 29 de marzo de 2011 desestimando el recurso interpuesto por D. Obdulio. Entiende esta sentencia que (a) ha quedado acreditado el trastorno que sufre, apreciando la prueba practicada, un nuevo examen y «analizando el visionado de la grabación de la vista»; (b) desde el punto de vista económico o patrimonial, son evidentes las dificultades señaladas por el perito en cuanto a los severos límites de cálculo que padece D. Obdulio, a lo que se viene a unir su forma de ser, sin parientes y viviendo solo, lo que posibilita fáciles manipulaciones por terceros, datos determinantes a la hora de no plantear excesivas dudas sobre la necesidad de someterlo a vigilancia en este terreno económico, no así en lo personal, en el que presenta cierta autonomía; (c) entiende que el Sr. Obdulio es hábil para gobernarse a sí mismo en el terreno personal, «pero no así en el patrimonial en todas las esferas y para todo tipo de operaciones y transacciones económicas por lo que la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes deviene inevitable, por lo que se hace necesario someterlo a vigilancia en este terreno económico»; (d) dadas las circunstancias, «la tutela [es] el mecanismo de protección más idóneo en este caso, pues pese a que es capaz de manejar cantidades pequeñas de dinero, necesita una protección completa en el terreno económico que le integre y

asista su falta de capacidad en el ámbito económico», y (e) por lo que respecta al tutor, entiende que debe nombrarse a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, porque «[...]debe primar el interés superior del incapacitado, procurando designar a la persona más idónea», para salvaguardar sus bienes «de la posible influencia de terceras personas ajenas con intereses espurios, que podrían administrar su patrimonio de forma no conveniente a sus intereses y en su claro perjuicio, razones que avocan ratificar la decisión de instancia en orden a la designación de tutor».

D. Obdulio presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo denuncia la infracción, por inaplicación, de lo establecido en los arts. 215.2 y 287 CC y la doctrina de esta Sala, en la STS de 29 abril 2009. Queda acreditado por el informe del forense, que el recurrente es capaz de manejar dinero de bolsillo y algo más, pero sería recomendable que le supervisasen en este último aspecto. De acuerdo con ello, para el recurrente lo procedente es establecer una curatela en lugar de una tutela. Cita asimismo el art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Nueva York de 13 diciembre 2006 y considera que a la luz de esta disposición, la curatela es el mecanismo más idóneo para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

El motivo no se estima. Debe empezarse el análisis de este motivo con el recordatorio del Artículo 12 de la citada Convención, cuyo título es «Igual reconocimiento como persona ante la ley». El párrafo primero del art. 12 dice «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica» y a continuación señala que «2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» «[...] adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». De este modo hay que señalar que manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un sistema de protección o de apoyo, en palabras de

la propia Convención, precisamente para proteger su personalidad.

Coincidiendo con este planteamiento, los arts. 215.2 y 287 CC establecen un sistema de protección distinto de la tutela, denominado curatela, que coexiste con la incapacitación parcial. Efectivamente, el art. 760 LEC, que derogó el art. 210 CC, establece que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que haya de quedar sometido el incapacitado». En interpretación de dicho artículo, la STS 282/2009, de 28 abril declaró que «En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente

se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad».

Esta tendencia interpretativa queda incorporada a la doctrina constitucional en la STC 174/2002, de 9 octubre, que dice que «[...] La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable». De acuerdo con esta doctrina, debe concluirse que la decisión de incapacitar de forma limitada a D. Obdulio únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque:

1.^a Se ha constatado que concurre causa de incapacitación, al quedar probado y por tanto incólume en casación, que D. Obdulio está afectado por una enfermedad psíquica.

2.^a Que esta enfermedad impide a D. Obdulio gobernarse a sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 julio, que entiende que «el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses». En el presente supuesto, se ha probado que la enfermedad que padece D. Obdulio le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y operaciones económicas, que llevan a declarar «la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes», y que solo es capaz de manejar dinero de bolsillo.

3.^a Teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario de D. Obdulio, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otros del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.

El segundo motivo denuncia la infracción, por no aplicación e interpretación, de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 223 CC y el art. 234.1 CC, en relación con los arts. 10, 14, y 20.1 a) y los arts. 1, 5 y 12 de la Convención sobre

los Derechos de las Personas con Discapacidad. La tesis de la sentencia recurrida que no acepta el nombramiento de la persona designada como tutora por el sometido a tutela, se opone a la debida aplicación de los artículos que se denuncian como infringidos. Debe desterrarse la regla, de acuerdo con la cual la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, puesto que a la vista de la Convención, dicha declaración vulnera la dignidad de la persona. Según la Convención, debería haberse sometido a curatela y en cualquier caso, debe ser respetada su voluntad y preferencia puestas de manifiesto en la escritura pública otorgada en la que designaba su tutor.

El motivo se desestima. En dicho motivo se mezclan diversas cuestiones, que se van a examinar independientemente.

1.^a Con referencia al concepto de la pretendida vulneración de la dignidad de la persona por no aplicación de la Convención de Nueva York, de 2006, la STS 282/2009 ya declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.

2.^a La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el interesado debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecido en la Convención de Nueva York de 2006.

3.^a En la llamada «autotutela», el art. 223.2 CC establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, «en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»; consecuencia de ello, el art. 234. 1 CC establece un orden de prelación en el que en primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado, de acuerdo con el art. 223.2 CC. Se acepta así la figura de la denominada autotutela, que concuerda con el art. 222-4 del Código civil de Cataluña.

4.^a Sin embargo, el propio art. 234.2 CC establece que «excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del

párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio [...] del incapacitado así lo exigiere». También en el art. 222-9 CCC se da preferencia a la persona designada por el incapacitado en el acto de delación voluntaria. Sin embargo, en el propio art. 222-9.2 CCC se permite al juez prescindir de esta persona, según las circunstancias del caso, si se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al efectuar dicha delación voluntaria, o bien si se efectuó en el curso del año anterior a la declaración de incapacidad y en este caso, el art 222-10 CCC establece que la designación del tutor corresponde al juez cuando no hay persona designada o su nombramiento no es adecuado (si no escau el seu nomenament) y ello siempre que sea conveniente para los intereses de la persona menor o incapacitada (Art. 222-10.3 CCC).

De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada.

Esta circunstancia concurre en el presente procedimiento: ya se ha dicho en el FJ segundo, que la sentencia no adolece de falta de motivación en lo relativo al razonamiento que excluye nombrar tutor a la persona designada por el sometido a protección. Las mismas razones allí expuestas deben entenderse reproducidas aquí, con la finalidad de justificar la exigencia de «resolución motivada», contenida en el art. 234.1 CC para dicha exclusión.

SUCESIONES

La no liquidación previa de la sociedad de gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el caudal relicto. Si la legítima se ha lesionado en las operaciones particionales, se conceden a los legitimarios las acciones de complemento de legítima, sin que ello comporte declarar la nulidad de las operaciones particionales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2012

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Petra falleció el 8 diciembre de 2005. De su matrimonio con D. Luis Carlos tuvo tres hijos, D.ª Angelina y D. Nicolás. El otro hijo, D. Jacinto, había ya fallecido en el momento de la muerte de su madre, dejando dos hijas, D.ª Manuela y D.ª María Cristina.

En su testamento, D.ª Petra estableció las siguientes cláusulas: «PRIMERO. Deshereda a su esposo por las causas prevenidas en el número 4, del Artículo 855 del Código Civil. SEGUNDO. Lega a sus hijos Nicolás y Angelina, por parte iguales, los tercios de mejora y de libre disposición de su herencia. TERCERO. Sin perjuicio del legado anterior, instituye herederos por partes iguales a sus dos citados hijos Nicolás

y Angelina, y a sus dos nombradas nietas Manuela y María Cristina, heredando los dos primeros por cabezas, y las dos últimas por stirpe, si bien, el pago del haber que corresponda a éstas podrá hacerse en metálico». Finalmente, nombró albaceas, contadores partidores.

El patrimonio de la causante estaba formado por una participación ganancial en un solar situado en el casco urbano de Peñaranda de Bracamonte y dos fincas privativas en la misma ciudad.

El 25 abril 2007, D.^a Angelina y la albacea otorgaron escritura de división y adjudicación de los bienes hereditarios, en la que se atribuyó al hijo D. Nicolás, en pago de sus derechos hereditarios «una mitad indivisa de los derechos gananciales que pertenezcan a la causante en la finca inventariada bajo el número NUM000 Y una mitad indivisa de las fincas inventariadas bajo el número NUM001 y NUM002 ». Se producía un exceso de adjudicación de 26.460,78euros, que debería abonar en metálico a las nietas y herederas, D.^a Manuela y D.^a María Cristina. Se hacían las mismas adjudicaciones a la otra hija y heredera D.^a Angelina, con el mismo exceso y la obligación de pagar la misma cantidad a las nietas.

D.^a Manuela y D.^a María Cristina demandaron a D.^a Angelina y D. Nicolás, tíos suyos. Pidieron: a) que se declarase la nulidad e ineficacia de la partición de la herencia de su abuela, D.^a Petra, por entender que antes de efectuar la partición, debía haberse procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales y que la legítima no debía abonarse con metálico ajeno a la herencia; (b) subsidiariamente y para el caso de que no se considerase que concurrían las causas de nulidad, se procediera a la rescisión por lesión de la partición.

Los demandados contestaron oponiéndose y al mismo tiempo formularon reconvencción, en la que pidieron: (a) que se aprobasen las operaciones particionales; (b) de forma subsidiaria, que se modificaran los valores asignados a los bienes, a los efectos del cálculo de la legítima; (c) que se declarasen imputables a la herencia los gastos de entierro y funeral y peritación de bienes, declarando que dicha cantidad debía descontarse del haber hereditario en la proporción que correspondiera contribuir a los gastos conforme a la partición.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Peñaranda de Bracamonte dictó Sentencia el 11 de junio de 2009, desestimó en parte la demanda y en parte la reconvencción, con los siguientes argumentos: (a) no procedía declarar que debía haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales, porque en la partición no se adjudicó a los herederos la finca ganancial, sino «un derecho abstracto que se materializará cuando se proceda a su liquidación, por lo que la adjudicación consiste en una cuota indivisa en los bienes de la herencia, un derecho abstracto de participación en una comunidad con una cuota ideal sobre dicho bien [...]»; (b) como en el caudal relicto no existía metálico, «[...] difícilmente se puede interpretar que se le abonara a las actoras su parte en dinero de la herencia, sino que lo que la causante quiere expresar al manifestar «el pago del haber que corresponda a estas podrá hacerse en metálico» es que sus hijos abonen de su peculio propio, si es su voluntad, a sus nietas su parte»; (c) entendió que el peritaje más correcto fue el aportado por la parte actora, de acuerdo con el que había que calcular que la legítima estricta alcanza una cantidad de 43.424,05euros para cada legitimaria.

En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó Sentencia el 7 de diciembre de 2009, revocando en parte la sentencia recurrida. Los argumentos son los siguientes: (a) se confirma el razonamiento de la sentencia recurrida respecto a que no se requería la previa liquidación de los gananciales para poder proceder a la partición; (b) el contador partidor se había limitado a ejecutar la facultad de pago en metálico de la legítima concedida por la causante y permitida por la ley y ello con independencia de que se pagase con metálico extrahereditario; (c) los gastos de entierro y notaría «se integran en los gastos que la normalidad de los actos jurídicos llevados a cabo exigían a las partes desplegar la iniciativa necesaria para el logro de la adjudicación y partición, habiéndose realizado tales gastos en interés de las partes [...]».

Ambas partes interpusieron recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Liquidación de la sociedad de gananciales y partición de los bienes hereditarios

En el motivo primero del recurso se alega la infracción de los arts. 659, 661, 1056 y 1057 del Código Civil, en relación con los artículos 1261, 2, 1344, 1379, 1392 y 1396, también del Código Civil, en relación con la jurisprudencia contenida en las STS de 20-10-52, 7-12-88, 8-03-95, 22-02-97 y 17-10-02. Manifiesta que la Sala estima que no es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales porque no se adjudica un bien ganancial, sino los derechos que corresponden a la causante, y que tanto la jurisprudencia citada como los preceptos referidos como infringidos se pronuncian en sentido contrario al decidido, porque no se podrá transmitir más de lo que se tiene.

El motivo se desestima. La partición tiene como objeto las titularidades de la herencia, aunque no se dividan materialmente; por tanto, se efectúa una división jurídica, que no debe ser necesariamente una división material.

Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que hay que determinar, a los efectos del art. 659 CC, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte. En cualquier

caso, hay que tener en cuenta que entre las titularidades que integran el caudal relicto se encuentra la cuota que el causante casado ostentaba en la sociedad que se ha extinguido con su muerte (art. 1392.1 CC), de modo que como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, cuando se produce el supuesto que determina la disolución de la sociedad, se transforma en una comunidad por cuotas sobre todos y cada uno de los bienes gananciales (SSTS 523/2004, de 10 junio; 591/1998, de 19 junio, 17 febrero 1992 y 21 noviembre 1987, entre otras). Por ello, serán dichas cuotas las que formarán parte del patrimonio relicto, a pesar de que no se haya procedido a la disolución de los gananciales.

Esta regla general, sin embargo, no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto. Este supuesto concurre en el presente litigio, ya que:

1.º Existe una única finca ganancial. Los derechos que corresponden a la causante sobre esta finca, se han atribuido a los dos hijos, legatarios de los tercios de mejora y libre disposición, con la siguiente fórmula: «una mitad indivisa de los derechos gananciales que pertenezcan a la causante en la finca inventariada bajo el número 1».

2.º En virtud de la transformación de la comunidad de gananciales en comunidad por cuotas a consecuencia de la finalización de la sociedad, lo único que puede atribuirse es el derecho que la causante ostenta en dicha comunidad, que en el caso litigioso, será el que se determine en la posterior división de la comunidad subsistente entre el cónyuge superviviente y los tributarios de este derecho en la partición.

3.º Aunque no se haya partido la sociedad, se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio.

4.º Las disposiciones citadas como infringidas no se refieren a la cuestión que plantea, porque ninguna disposición en el Código civil exige la previa liquidación de los gananciales, que normalmente existirá, pero puede no coincidir con la de la herencia.

5.º Las sentencias que se aportan como infringidas no imponen esta liquidación. En efecto, en la STS de 20 octubre 1952 se efectúa al mismo tiempo la partición de ambos patrimonios; en la STS de 7 diciembre 1988 se discutía si unas casas tenían o no el carácter ganancial y no aclarado este extremo, se afirma que nadie puede disponer de lo que no tiene; en las SSTs de 8 marzo 1995, 120/1997, de 22 febrero y 968/2002, de 17 octubre se discuten problemas de liquidación de la anterior sociedad de gananciales, ya que el causante habría contraído dos matrimonios y no se había liquidado el régimen correspondiente al primero, de donde la jurisprudencia de esta Sala entiende que no se había determinado el patrimonio del difunto. Ninguna de ellas se ajusta al actual litigio, en el que la albacea contadora partidora se ha limitado a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostenten en la sociedad de gananciales, con lo que el caudal hereditario está definido.

2. Las operaciones particionales y la lesión de la legítima

En el motivo segundo las recurrentes alegan la infracción de los artículos 806, 813, 1056, 1057, 1075 y 1079 del Código Civil en relación con la doctrina del T.S. contenida en las sentencias de 20-11-90, 16-05-97, 25-11-04, entre otras. Defiende la parte recurrente que la modificación

del valor de los bienes integrantes del caudal hereditario afecta a la legítima, y que ello supone, conforme a los preceptos citados, la vulneración de la intangibilidad de la misma, lo que implica la infracción de tales preceptos, siendo la consecuencia de este perjuicio la nulidad o en su caso la anulabilidad de las operaciones particionales.

El motivo se desestima.

1.º Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el art. 813.2 CC, y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el art. 815 CC y da lugar al complemento de la legítima. Por tanto, ninguno de estas lesiones produce la nulidad. Si las recurrentes se están refiriendo a los valores de los bienes de la herencia a los efectos del cálculo de la misma, deberían haber denunciado la inaplicación del art. 815 CC y no del art. 813, por lo que se acaba de decir. Pero en cualquier caso, la intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudican. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales.

2.º La atribución de valores que perjudiquen la cuantía debida por legítima es una cuestión referida a su cálculo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 818 CC, pero no a los artículos citados como infringidos, ya que el art. 1056 CC regula la partición hecha por el testador, lo que no ha sucedido en este litigio, y lo mismo debe decirse del art. 1075 CC, que se refiere al mismo supuesto. El art. 1057 CC no contiene ninguna norma referida al cálculo de la legítima, cuando se haya facultado a una persona para ejercer las funciones de contador partidario y el art. 1079 CC obliga a adicionar los objetos o valores omitidos en la partición antes de proceder a su rescisión. De aquí se deduce que las disposiciones citadas como infringidas no tienen

ninguna relación con el aparente problema planteado en este motivo.

3.º En realidad, la cuestión la centran las recurrentes en la revisión de la prueba pericial, lo que no es posible efectuar en casación. Si la legítima se ha lesionado en las operaciones particionales, se conceden a los legitimarios las acciones de complemento de legítima, sin que ello comporte declarar la nulidad de las operaciones particionales. Así, por ejemplo, la STS de 31 mayo 1980 dijo que «El perjuicio de la legítima en la partición efectuada por el testador (art. 1075) exige la rectificación particional aunque no excediere de la cuarta parte».

4.º Las sentencias que cita la parte recurrente como infringidas no resultan aplicables a este razonamiento. Así, la de 20 noviembre 1990 resolvió un caso en el que la legitimaria denunció la omisión de determinados bienes y la infravaloración de los demás, manteniendo la sentencia citada la nulidad por los defectos detectados; la STS 1115/2004, de 21 noviembre trataba de «[...]la determinación de si, a los efectos de la nulidad solicitada en la demanda, en la confección de la partición de la herencia de D.ª Rocío, donde no intervinieron los actores como legatarios de parte alícuota bajo condición, se quebrantó o no la proporcionalidad de los lotes y se incurrió o no en error sustancial del contador partidor en la valoración de los bienes», por tanto, se trataba de un legado de parte alícuota, distinto también del actual. Finalmente, la STS 410/1997, de 16 mayo es un caso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Por los mismos argumentos, si bien referidos a la rescisión, debe desestimarse también el motivo tercero, planteado como subsidiario del anterior. En el motivo las recurrentes alegan la infracción de los artículos 1074, 1075, 1077 y 1079 todos ellos del Código Civil. Defiende que si el perjuicio a la legítima no es considerado como causa de nulidad ha de ser considerado como causa de rescisión.

3. Pago de la legítima en dinero

En el motivo cuarto alegan la infracción de los arts. 841, 842, 843 y 844 del Código Civil, y de los artículos 1056, 1061 y la doctrina del TS contenida en las Sentencias de 14-12-57, 31-03-

70, 5-06-85, 7-12-88, 8-05-89, 18-03-91, 22-02-97 y 26-04-97. Matizan las recurrentes que se infringen los preceptos referidos al imponer a los herederos que liquiden el exceso de adjudicación con bienes propios, no provenientes de lo heredado.

En realidad, el motivo está dividido en dos submotivos: el primero se refiere a la infracción de los arts. 841, 842, 843 y 844 CC, en relación con el pago en metálico de las legítimas autorizado por la causante. No se ha efectuado el pago, ni ha habido consignación y además no se ha aprobado judicialmente la partición, por lo que la petición de aprobación de las operaciones particionales era extemporánea. En el segundo submotivo se preguntan las recurrentes si la contadora partidora podía pagar con efectivo metálico ajeno a la herencia, por ser la legítima una pars hereditatis y no una pars valoris. La asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados, con la obligación de pagar las legítimas a los demás, transforma la condición de estos en la de titulares de un derecho de crédito. Esta decisión vulnera asimismo el art. 1061 CC, porque habiendo tres inmuebles en la herencia pudo respetarse el principio de equidad. No se dieron los requisitos que el art. 841 CC posibilita el pago de la legítima en metálico.

El motivo cuarto, con sus dos submotivos, se desestima.

1.º La naturaleza del pago de las legítimas en dinero. Aunque se citan como infringidos diversos artículos reguladores del pago de la legítima en dinero, en la redacción actual que fue introducida por la Ley 11/1981, de 13 mayo, en realidad la argumentación se centra en la vulneración del art. 841 CC. El art. 841 CC permite al testador autorizar al contador partidor o a los demás herederos efectuar el pago en metálico de las legítimas y ello cuando adjudique los bienes relictos a uno o varios de los descendientes, supuesto que concurre en el presente litigio. Hay que tener en cuenta que el testador solo atribuye una facultad a quienes reciben el caudal hereditario frente a quienes no lo reciben. Para que esta opción sea eficaz, se requiere que la partición en que se ejecute la opción autorizada por el testador, sea aprobada por los hijos o descendientes y

en su defecto, debe concurrir aprobación judicial (art. 843 CC).

La autorización del pago de las legítimas en dinero permite al hijo obligado a pagar a optar por atribuir bienes en lugar del dinero; esta posibilidad no se puede ejercer por los legitimarios afectados por la opción, ya que el art. 842 CC, cuya infracción se ha denunciado, establece que «cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia», lo cual excluye la denunciada infracción, porque las recurrentes pretenden que se declare que son ellas quienes están capacitadas para efectuar esta elección.

En consecuencia y para resumir lo dicho hasta aquí, los requisitos para que se produzca un pago en dinero de las legítimas son: a) que el testador lo haya autorizado; b) que estén de acuerdo en la conmutación o que se autorice judicialmente; c) que se atribuya a los autorizados el patrimonio relicto. Estos requisitos concurren por lo que es válida la cláusula que atribuye la opción a los hijos descendientes, para pagar a las otras legitimarias su legítima en dinero.

2.º La posición del legitimario afectado por la autorización de conmutar. Las recurrentes entienden que esta autorización convierte en un crédito la legítima *pars hereditatis*. Y desde el análisis puramente teórico llevan razón, porque según la doctrina, dicha autorización convierte al legitimario en un acreedor, que recibe la condición de legatario de crédito en la herencia donde esta posibilidad se ha establecido. Esta consecuencia es la que deriva de las normas que permiten esta conmutación. La configuración legal de la legítima en este caso impide la infracción del art. 841 CC, porque es la propia ley la que produce el cambio de naturaleza de la posición del legitimario en la herencia.

3.º El objeto de la conmutación. El heredero o contador partidario autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario. Es evidente que cuando el testador ha previsto la posibilidad de conmutación, ha tenido presente un interés más general que el pago de las correspondientes legítimas, como ocurre, por ejemplo, en el supuesto del art. 1056 CC.

Preservando este interés, la ley permite cambiar la cualidad con que el legitimario va a participar en la sucesión y por ello autoriza este legado de crédito. Al ser un acreedor, no se requiere que el dinero que sirve para pagar la legítima forme parte del caudal relicto, teniendo en cuenta, además, el carácter fungible del dinero.

Como conclusión de lo dicho hasta aquí, debe declararse que no se han infringido las normas que encabezan el motivo que se está examinando. Respecto a las sentencias alegadas en el fundamento de este motivo, tratan cuestiones no relacionadas con la problemática del pago en dinero, por lo que no son aplicables al caso.

4. El pago en metálico

De acuerdo con el art. 844 CC, los autorizados para efectuar el pago de las legítimas en dinero, deben comunicarlo a los afectados en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y a partir de aquí, tienen otro año de plazo para realizar el pago.

Las recurrentes dicen que este pago no se ha realizado de acuerdo con las reglas del art. 844 CC, puesto que no ha habido consignación de las cantidades ofrecidas. La prueba obrante en autos determina lo siguiente:

1.º Una vez realizada la partición, se ofreció a las nietas de la causante, ahora recurrentes, el pago de las cantidades resultantes, de acuerdo con las operaciones de cálculo llevadas a cabo por la contadora partidora y que este pago fue rechazado.

2.º Como consecuencia de la sentencia de la 1.ª instancia, se modificaron las cantidades a abonar, pero la sentencia aun no es firme porque las nietas han seguido recurriendo. Solo en el momento en que sea firme la sentencia que condena al pago de la cantidad de 43.424,05 euros a cada legitimaria, empezará a contar el segundo plazo de un año para el pago en metálico de la legítima.

5. Los gastos efectuados en interés común

El Motivo quinto alega la infracción del art. 1064 del Código Civil, con carácter subsidiario a la inadmisión de los anteriores. Dicen que no pueden estimarse gastos deducibles de la herencia los

notariales. Con ello se infringe el art. 1064 CC porque solo pueden deducirse los gastos de la partición hechos en el interés común, no los hechos en el interés particular de uno de los herederos.

El motivo se desestima. El art. 1064 CC recoge una regla general en todo este tipo de operaciones particionales: los gastos generados en interés común deben correr a cargo de los beneficiados por dicho interés. La parte recurrente entiende que los gastos notariales no son deducibles, porque no era necesario el otorgamiento del cuaderno particional en escritura pública, pero esta alegación es demasiado simple, puesto que la escritura no favoreció solo a los herederos que la otorgaron, sino a todos los interesados en la herencia, de donde debe deducirse que no se trata de un gasto generado en interés particular de uno de los herederos. Lo mismo debe concluirse en relación con el peritaje realizado para la valoración de los bienes, que era necesario para fijar la cuantía de las legítimas.

6. Los intereses de la legítima

En el motivo sexto alegan las recurrentes la infracción del art. 847 CC, también con carácter subsidiario. Manifiestan que los intereses aplicables, conforme al precepto citado, han de ser los legales.

El motivo se desestima. Es cierto que el art. 847 CC establece que desde la liquidación, el crédito de la legítima devengará el interés legal y ello es lo que ahora piden las recurrentes, que no pidieron los intereses en la demanda rectora de este pleito. Se trata, por tanto, de una nueva petición, que como tal, no puede aceptarse en casación, teniendo en cuenta, además, que las legitimarias recurrentes rechazaron en su momento el pago que les fue ofrecido, cuya aceptación no les impedía pedir el complemento de legítima, si como ocurrió, las valoraciones llevadas a cabo arrojaban un importe superior de la cantidad a percibir.

DERECHO AL HONOR

No se ha vulnerado el derecho al honor del ex esposo al haberse limitado la ex esposa a narrar, en sus respuestas en la entrevista televisiva, su experiencia personal en materia de maltrato a la mujer, con base en datos o elementos objetivizados (hubo sentencias condenatorias en juicios de faltas por lesiones), siendo veraz lo declarado lo que comporta, a su vez, ejercicio de la libertad de expresión y de información. Por otro lado, sólo reveló el nombre del ex esposo, pero no sus apellidos ni su profesión.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Hipólito interpuso demanda de protección de derecho al honor contra su ex mujer por las manifestaciones realizadas por esta en el programa televisivo «La noche de Adolfo», emitido el 11 de diciembre de 2007 por Popular Televisión, en las que afirmaba haber sufrido malos tratos. Las declaraciones enjuiciadas son las siguientes: «...tuve dos frases y dos objetivos importantes en mi vida, cuando sufrí los malos tratos. Era que nunca tenía que dar pena y que siempre se sale adelante. Yo creo que la...

¿Qué se sufre exactamente? Es una humillación tremenda... cuando te pegan, tú no tienes ninguna capacidad de reacción o por lo menos yo... a mí me ha pegado dos veces mi marido y otra vez el empleado de la Notaría porque a él, le pusieron medidas de alejamiento y yo en todas las veces siempre me he quedado parada... ¿Qué es lo que sientes? Humillación, te sientes, como ya tienes un maltrato psicológico también, te sientes que también lo mereces, dice «es que igual tiene razón Roberto, pero ya...; ... Frente a un agente de cambio y bolsa...; ...No, no puedo... yo, llegó en un momento dado..., ya cuando una vez me pegó una patada y me caí, entonces me dijo: ¡Levántate zorra! Ahí se me olvidó y le perdoné...; Sí, me empezó a pegar y...; ...No, no, sí, sí, él además en público decía, de hecho tengo en actas notariales de amigos comunes, que oían: «Te voy a dejar tirada en un arroyo», «Mi único objetivo en la vida es dejarte tirada en un arroyo...» «Vas a... todo mi dinero está empleado..., el único objetivo es que no salgas de los juzgados» y efectivamente así lo está haciendo...; Yo creo que lo primero es una vida profesional, es lo que más importa cuando sufres malos tratos, ¿por qué? Porque te encuentras destrozada...».

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 38 de Madrid dictó sentencia el 2 de marzo de 2009 desestimando la demanda. Se consideró que las expresiones enjuiciadas suponían un ejercicio legítimo de la libertad de información y expresión sobre un tema de máxima relevancia social, como es la violencia de género, en el que la demandada narraba su experiencia personal con base a elementos objetivizados, transmitiendo información veraz y sin identificar al demandante.

En grado de apelación, la Sec. 20.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 21 de abril de 2010 desestimando el recurso y confirmando la valoración jurídica realizada por la sentencia de primera instancia sobre los derechos fundamentales en colisión. Se consideró que las manifestaciones realizadas lo fueron en ejercicio de la libertad de expresión e información sobre un tema de interés social, en el que la demandada expuso su sensación de humillación en relación con su vivencia personal, sin identificar al demandante, ofreciendo datos que estaban corroborados por las pruebas practicadas.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del art. 477.2.1.º LEC se formula este motivo por infracción de los arts. 18.1 y 20.1, letras a) y d), ambos de la Constitución Española, al dar prevalencia la sentencia recurrida a los derechos a la libertad de información y de expresión de la demandada aquí recurrida frente al derecho al honor de mi representado». El motivo, se funda, en síntesis en el equivocado juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto

realizado por la Audiencia Provincial, a juicio de la parte recurrente. Manifiesta que la demandada no es una profesional de la información y que no debe gozar del plus de protección otorgado a estos profesionales; que el interés general de una cuestión ha de valorarse mediante el examen de las circunstancias concurrentes y en este sentido, los hechos por los que fue condenado el recurrente no pueden incardinarse según la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en la denominada violencia de género, por lo que ca-

recen de interés general o público al ser hechos relativos a la vida privada de la familia, y sobre personas sin proyección pública.

El motivo segundo del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del art. 477.2.1.º LEC se denuncia infracción del art. 7, apartado 3 y 7, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen». El motivo se funda, en síntesis en que la persona afectada resultó plenamente identificada en la entrevista al aparecer la imagen de la demandada de forma no velada y designar el nombre del demandante y su antigua profesión. Señala que las expresiones utilizadas son injuriosas y ofensivas al atribuir al recurrente una conducta continuada y persistente de malos tratos físicos y psicológicos carentes de prueba y al implicarle en un delito de cohecho al afirmar que le dieron la custodia de sus hijos porque «tenía dinero», sin que las expresiones utilizadas aportaran nada al fin perseguido en el programa.

Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, con el derecho al honor y la libertad de expresión e información, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC núm. 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001, 2 de junio de 2009, RC núm. 2622/2005).

Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC núm. 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que «la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son

cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto».

En relación con la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información señala el Tribunal Supremo lo siguiente:

A) El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, y a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (STC 107/1988, de 8 de junio, 105/1990 y 172/1990).

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de

los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información y expresión sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457/2006).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

C) La técnica de ponderación exige valorar también el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde el punto de vista de la información, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC núm. 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC núm. 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado;

(ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones y no se presta a una demostración de exactitud (STC 50/2010 de 4 de octubre). Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración; (iii) la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril; SSTS 18 de febrero de 2009, RC núm. 1803/04, 17 de junio de 2009, RC núm. 2185/06). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en este se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 5).

Desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas

que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor; (ii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a la conclusión de que frente a la inmisión en el honor de la parte recurrente, atendidas las circunstancias del caso, ha de prevalecer la libertad de información y expresión, y en consecuencia, no debe apreciarse la existencia de una vulneración del derecho al honor. Esta conclusión, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal, se funda en los siguientes razonamientos:

A) En el caso planteado, se produce una colisión entre la libertad de información y expresión de la parte demandada y el derecho al honor del demandante. En la entrevista enjuiciada se mezcla por un lado, el suministro de datos que pertenecen al ámbito de la libertad de información y por otro, la emisión de juicios de valor sobre la vivencia personal de la entrevistada y su visión sobre las necesidades legislativas en materia de violencia sobre la mujer. Ambos elementos aparecen entremezclados en la entrevista, siendo susceptibles de ser objeto de examen separado, aunque el elemento preponderante en toda la entrevista sea el de opinión.

Desde un punto de vista abstracto, debe considerarse como punto de partida la posición pre-

valente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la información y el derecho a la libre expresión, sin que esta prevalencia se produzca en su máxima expresión al no haberse ejercitado estos derechos por un profesional de la información, a través del cauce institucionalizado de los medios de comunicación, sino por un particular. Procede examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia media de la libertad de información y expresión puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante.

El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

Desde la perspectiva de la libertad de información:

1. Interés público

La parte recurrente niega el carácter de interés público de la materia tratada en la entrevista, por pertenecer a hechos relativos a la vida privada de la familia. La entrevista objeto de examen, fue emitida tras una entrevista a un cargo político encargado de la materia del maltrato a la mujer y a continuación de un reportaje sobre las mujeres maltratadas. En esta entrevista se ofrecía, según el presentador, la versión de una mujer que había sufrido malos tratos y que pertenecía a un estrato social diferente al que el telespectador podía pensar como perteneciente a una mujer maltratada.

El interés público de la materia es elevado y así ha sido reconocido por esta Sala en STS de 20 de julio de 2011, RC núm. 1089/2009 y STS 5 de julio de 2011, RC núm. 689/2008 en las que se señalaba que «En todo caso, el interés público del objeto de las informaciones cuestionadas deriva del interés de la sociedad en conocer y evitar hechos como los sucedidos, dados los numerosos casos de malos tratos en el ámbito familiar de los que se hacen eco los medios de comunicación de un tiempo a esta parte. Y, por tanto, la información publicada tiene relevancia social, así, los actos de maltrato físico y psicológico son una cuestión socialmente relevante y de interés para la comunidad (STS de 1 de marzo de 2011, RC n.º 924/2009)».

El interés de cuestiones como la enjuiciada que pertenecen al ámbito familiar, se produce desde el momento en el que se comete una infracción penal, que obliga como cuestión de orden público, a la intervención del Estado con todos sus mecanismos, legales, policiales y judiciales. Desde ese momento, cuestiones que pertenecen al ámbito más íntimo de la familia, deben subordinarse al interés público de la persecución penal y al interés del ciudadano en conocer este tipo de hechos que precisamente por pertenecer al ámbito familiar son en muchos casos desconocidos hasta que se producen consecuencias trágicas.

El interés se produce no solo por la materia, sino también por la excepcionalidad que supone que una mujer que ha sufrido este tipo de violencia, con independencia de su calificación jurídica, se ofrezca a dar su testimonio.

Por tanto, la prevalencia del derecho de información y expresión en el caso considerado, es de gran relevancia, dada su capacidad por su contenido, de ser susceptible de influir sobre la opinión pública libre al ofrecer un testimonio constructivo y una llamada de atención de las necesidades legislativas en la materia.

Desde este punto de vista, el grado de afectación de la libertad de información es muy relevante frente a la protección del derecho al honor.

2. Veracidad

Si bien en la entrevista realizada predomina la emisión de juicios de opinión y valor sobre los sentimientos producidos a raíz de la vivencia personal de la demandada, y por tanto, la veracidad no sería examinable, no obstante se introducen datos en los que se apoya la entrevista. Así manifiesta que su marido le pegó dos veces y que este utilizó determinadas expresiones amenazantes que constan en actas notariales. En este sentido, la valoración del elemento de veracidad llevada a cabo por la Audiencia Provincial es correcta, al constar en las actuaciones que su marido fue condenado por dos faltas de lesiones en el año 2003 y al constar también las actas notariales que recogen las expresiones oídas por terceros ajenos al procedimiento.

Desde esta perspectiva, la libertad de información debe primar sobre el honor del recurrente.

3. Proporcionalidad

Desde el punto de vista de análisis de las expresiones utilizadas en los artículos, no existe ninguna expresión que se pueda considerar ultrajante u ofensiva más allá de lo que los propios hechos denotan por sí mismos, o que esté desconectada con la idea que se transmite. El discurso utilizado fue comedido, sin utilización de expresiones insultantes o innecesarias para el mensaje transmitido y sin que de las mismas se pueda extraer imputación delictiva alguna. Esta Sala coincide también con la valoración efectuada por la sentencia de la Audiencia Provincial al considerar que la parte recurrente no llegó a ser identificada, pues la utilización del nombre de pila, no es suficiente para identificar plenamente a una persona. En todo caso, la valoración de los derechos fundamentales en colisión no se modificaría, en cuanto la afeción del derecho al honor, aunque la persona hubiera sido identificada, por las concurrencias de los elementos necesarios para considerar que se ha producido un ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de información y expresión. En este sentido, esta Sala consideró en la STS de 20 de julio de 2011, RC núm. 1089/2009 que la identificación por imagen, nombre, apellidos y edad de un acusado de un delito de lesiones y malos tratos habituales a su pareja, suponía en el caso, un ejercicio legítimo de la libertad de información.

En conclusión, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la valoración realizada por la Audiencia Provincial ha sido correcta. En el análisis de los derechos fundamentales en colisión, hay que partir de la prevalencia del derecho a la libertad de información y expresión en un Estado democrático de Derecho, prevalencia en este caso media. La entrevista realizada versaba sobre un tema de extremo interés público y social, contenía datos contrastados y no se utilizaban expresiones ultrajantes o innecesarias para el mensaje transmitido, por lo que la libertad de información y expresión fueron ejercidas de forma legítima.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

Para analizar la petición de modificación de medidas presentada por el padre en la que se solicita la custodia compartida, el punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo mediante la custodia compartida.

TSJ de Aragón, Sentencia de 27 de noviembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas**

D. José y D.^a Elvira, cónyuges, promovieron proceso de divorcio de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, en el que recayó sentencia de 15 de septiembre de 2008 (autos 961/2008), que declaró su divorcio y aprobó el convenio regulador suscrito por ambos de fecha 17 de julio de 2008. En dicho convenio se pactó que el hijo común Adrián, nacido el año 2005, quedaba bajo la custodia de la madre, se fijaba régimen de visitas con el padre, quien se comprometía a abonar mensualmente la cantidad de 300 euros, y ambos aceptaban abonar los gastos extraordinarios por mitad.

Por demanda interpuesta ante el mismo juzgado y al amparo de lo preceptuado en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, la representación procesal de D. José instó la revisión del convenio regulador postulando la custodia compartida respecto de su hijo Adrián, así como la modificación de medidas adoptadas, acompañando a su demanda Plan de Relaciones Familiares.

Tramitado el proceso, el juzgado de primera instancia dictó sentencia el 19 de diciembre de 2011 en la que estimó esencialmente la deman-

da y acordó, entre otros pronunciamientos, que el hijo común Adrián quedará bajo la custodia compartida de sus progenitores, los que ostentarán la autoridad familiar sobre el menor en lo que exceda de su ejercicio ordinario. Dicha sentencia consideraba, respecto al fondo de la cuestión planteada, lo prevenido en el art. 6.2 de la Ley 2/2010, actualmente el art. 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo CDFA), y partiendo de la consideración efectuada por la psicóloga del juzgado que «considera que es perfectamente viable en el caso que nos ocupa un reparto igualitario del tiempo de permanencia con el hijo», estimó que no hay inconveniente para fijar una custodia compartida, con las consecuencias personales y patrimoniales que de ella derivan.

Apelada la sentencia por la representación de la madre, la Audiencia Provincial, en sentencia de 2 de mayo de 2012, estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y, desestimando la demanda, declaró vigentes las medidas acordadas en la sentencia firme de divorcio de 15 de septiembre de 2008.

Frente a dicha sentencia se alza el actor, interponiendo recurso extraordinario por in-

fracción procesal y recurso de casación, ambos admitidos a trámite.

El recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo de lo preceptuado en el art. 469.1.4.º de la LEC, invocando la vulneración del art. 218.2 de la misma por falta de valoración adecuada de las pruebas, vulneración del art. 348 por vulneración errónea del dictamen pericial, vulneración del art. 316.1 2 por valoración inadecuada de la prueba de interrogatorio de parte, del art. 137 del mismo texto legal y 24 de la Constitución, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para el examen de este recurso extraordinario debemos recordar su contenido y alcance. El trámite de recurso extraordinario, tanto de infracción procesal como de casación, no constituye una tercera instancia, por lo que no puede esta Sala realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso, que es función de las instancias. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012, núm. 263/2012, recuerda que «Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del art. 469.1.2.º LEC, ya que este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia» que comprenden el procedimiento para dictarla, forma, contenido y requisitos internos de la sentencia, pero no las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, ya que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación al amparo del art. 469.1.4.º LEC cuando se funde en un error patente siempre que pueda demostrarse que, siendo manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración efectuada, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, ya que la valoración de la prueba es función de la instancia y estas se agotan en la apelación (en este sentido, sentencias 261/2011, de 20 de abril, y 577/2011, de 20 de julio)».

Así, la invocación de error en la valoración de las pruebas, tanto de la pericial como del interrogatorio de parte, no puede entenderse incluida en el ámbito y alcance de este recurso

extraordinario. Únicamente procede considerar si la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de la pericial, efectuada por el tribunal de segunda instancia, resulta arbitraria, ilógica o contraria a toda razonabilidad, pues en este caso el recurso prosperaría, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir la arbitrariedad de los poderes públicos.

Limitado así el alcance del recurso extraordinario por infracción procesal, debemos examinar el razonamiento efectuado en la sentencia recurrida, en cuanto valora la prueba pericial que se ha practicado en autos. En su fundamento tercero expresa que «la Sala aprecia importantes contradicciones en el informe psicológico practicado en el proceso (folio 182 y ss.) en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el juzgador en su resolución». Explica seguidamente que en dicho informe se atribuye al actor una actitud retraída, con dificultades en sus habilidades sociales, mientras que en la demanda el propio Sr. José funda su petición en participar activamente en los ámbitos relativos al cuidado del hijo. Señala que concurren déficits asertivos en el actor, pero no especifica qué circunstancia pueda existir en la actualidad para evitar que esa actitud pasiva cambie. Tras exponer otras consideraciones relativas al informe pericial, estima que «las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor».

La valoración efectuada respecto de la prueba pericial entra dentro de las facultades del tribunal de apelación, y no puede estimarse que sea arbitraria o contraria a la lógica. El recurso extraordinario interpuesto tiene un alcance restrictivo en cuanto a sus efectos, y en el caso examinado las consideraciones efectuadas no quedan bajo el nivel del test de razonabilidad que el Tribunal Supremo viene considerando a estos efectos, sino que se trata de un examen y valoración de la prueba pericial, en el que la Audiencia llega a conclusiones distintas de las adoptadas por la perito informante.

En consecuencia, el motivo de recurso por infracción procesal ha de ser desestimado, pro-

cediendo seguidamente al examen del recurso de casación interpuesto.

El primer motivo de este recurso invoca la infracción de lo dispuesto en el art. 80.2 del CDFA, que establece como régimen preferente el de custodia compartida. Apoya el recurso en la cita de doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida, entre otras, en las sentencias de: 15 de diciembre de 2011, recaída en recurso de casación 17/2011; 18 de abril de 2012, en recurso de casación 31/2011; y 9 de abril de 2012, en recurso de casación e infracción procesal 29/2011.

En las sentencias que se citan, esta Sala ha establecido su criterio acerca de la aplicación del precepto contenido en el art. 80.2 del CDFA, que establece como criterio legal para casos de separación conyugal en que existen hijos menores, el de custodia compartida por parte de los progenitores. Lo ha hecho considerando que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor dicho sistema, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge, relativos a la edad del menor, su arraigo social y familiar, la opinión de los menores si tienen suficiente juicio, la aptitud y voluntad de los padres y las posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ella el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor. Como expresamos en nuestra Sentencia de 18 de abril de 2012, núm. 17/2012, (recurso 31/2011), «siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará».

En el caso de autos, la Audiencia Provincial considera que la argumentación de la primera instancia descansa exclusivamente sobre la prueba pericial psicológica practicada en autos y, al estimar que existen contradicciones en

dicho informe y que no es exhaustivo al considerar las consecuencias del cambio de custodia, revoca el fallo de primera instancia y mantiene la custodia individual. Arguye, además, que no se tiene en cuenta las consecuencias que se producirán respecto a la separación del menor Adrián y su hermano de madre, de casi dos años de edad, con el que está especialmente vinculado, expresando que «no se entiende la causa que pueda motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables».

Esta argumentación revela que no se ha aplicado correctamente el precepto legal que se invoca en el motivo, y que ha sido efectivamente infringido en la sentencia de instancia. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida.

La Sala comprende que, en esta situación transitoria en la que se tramitan procesos de modificación de medidas adoptadas en sentencias de separación o divorcio, pueden producirse situaciones de cambio en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida.

Procede, en consecuencia, la estimación del motivo.

El segundo motivo del recurso de casación se interpone por infracción de lo dispuesto en el art. 80.4 del CDFA que, tras otras normas referidas a la procedencia de la custodia compartida o individual, establece que «salvo que las circunstancias lo justifiquen específicamente no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

Habiendo sido estimado el primer motivo del recurso, no es preciso entrar a considerar el segundo. No obstante, la Sala entiende necesario argumentar respecto a los razonamientos efectuados en la sentencia acerca de esta cuestión, en

cuanto son razones que condujeron a la Audiencia a revocar la sentencia de primera instancia.

En el caso de autos consta acreditado que D.^a Elvira, tras el divorcio de su cónyuge, entabló una nueva relación de pareja y ha tenido un hijo, que en la fecha de la sentencia de segunda instancia tenía casi dos años de edad. Este niño convive en el domicilio de su madre con Adrián, y la prueba pericial practicada muestra efectivamente una cordial relación fraternal, en cuanto que Adrián se muestra cariñoso y protector con su hermano, cuya presencia favorece su desarrollo y evolución, pues a través de ese rol fraterno se le fomentan pautas de responsabilidad, protección y autocontrol.

El precepto establecido en el art. 80.4 del CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviese hijos habidos con sus nuevas parejas.

No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura. En el caso de autos, el establecimiento de la custodia compartida que se demanda no será obstáculo para que el joven Adrián se relacione con su hermano de madre, tanto en el período en que corresponda a ésta la custodia, como en el que sea el padre el custodio del menor, ya que existe un plan de relaciones que incluyen visitas al progenitor no custodio, y es igualmente posible que el hermano menor pueda relacionarse con Adrián en el domicilio en el que éste viva.

Consecuencia de lo expuesto en los precedentes fundamentos ha de ser la estimación del recurso de casación, lo que da lugar a casar y anular la sentencia recurrida. Esta Sala, asumiendo la instancia, acuerda confirmar íntegramente el fallo de la sentencia recaída en primera instancia, que estimó en lo sustancial la demanda interpuesta, en cuanto aplicó correctamente las normas citadas en los precedentes fundamentos y resolvió conforme a ellas las pretensiones deducidas.

Visto el grave riesgo psicológico en el que se hallaban los menores al no haberles preservado el progenitor custodio del conflicto con la madre, predisponiéndoles contra ella, y no pudiendo otorgarse la custodia a éste última por la existencia de una orden de protección de los hijos frente a su actual pareja, se acuerda que los menores pasen a ser tutelados por la entidad pública con suspensión de la potestad parental.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 13 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Eugenia Alegret Burgués

En el segundo de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo –aunque no se cita– de lo dispuesto en el artículo 469,1, 2 Lec se dicen infringidas las normas procesales reguladoras de la sentencia por vulneración de los artículos 216 y 218 de la Lec. Sin embargo en el desarrollo del motivo lo que se alega es que existe una valoración irracional

o ilógica de las pruebas practicadas por parte del Tribunal de apelación.

Pues bien, no existe infracción alguna de los artículos que se dicen vulnerados.

El primero, art. 216 Lec 1/2000 se refiere al principio de justicia rogada, no aludiendo por tanto a la valoración de las pruebas. Además, este artículo no opera en procesos de la natu-

raleza del presente según se infiere del artículo 752 de la Lec.

Tampoco el artículo 218 de la Lec cuyo párrafo primero se refiere a la congruencia y el segundo a la motivación, ha sido infringido.

La motivación que deben contener las resoluciones judiciales ha de ser la suficiente para que pueda advertirse las razones fácticas y jurídicas que han llevado a acoger o desestimar las pretensiones objeto del pleito.

Cabe recordar al efecto la doctrina del TS expuesta en ATS de 22-2-2011 y los que en el se citan, conforme a la cual:

«... es doctrina de esta Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada, exigencia de motivación que aspira a hacer patente el sometimiento del Juez a la ley o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico, y a lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial, a la par que facilita el control de la sentencia por los Tribunales superiores, operando, por lo tanto, como garantía o elemento preventivo de la arbitrariedad (SSTC 32/96, que cita las SSTC 159/89, 109/92, 22/94 y 28/94; y también STS 20-3-97), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la «ratio decidendi» que ha determinado aquélla, o razón causal del fallo (SSTC 28/94, 153/95 y 32/96; STS 20-3-97, que cita las anteriores). «La exhaustividad de la sentencia exige se dé respuesta, además de a las pretensiones propiamente dichas, a las alegaciones sustanciales de las partes. Lo reclama el respeto debido al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional 85/2.006, de 27 de marzo «(STS 4 de marzo de 2010, recurso núm. 269/2005). Y en una línea más concreta, se ha especificado que no cabe tachar de

inmotivadas a las resoluciones judiciales por el simple hecho de aceptar la fundamentación del órgano inferior y remitirse a ella (SSTS 174/87, 24/96 y 115/96). Debe, por ello, considerarse que hay exhaustividad y motivación suficiente siempre que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador, o que a través de los argumentos o razones integrados en sus Fundamentos se evidencie la concurrencia de las citas legales acordes con ellos y con la subsiguiente parte dispositiva, o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan (SSTS 12-2-01, 25-5-01, 15-10-01, 2-11-01 y 25-2-05), sin que pueda identificarse el deber de motivación con motivación satisfactoria para la parte, debiendo distinguirla de las peculiares interpretaciones de valoración de la prueba y de la fijación de los hechos probados, y sin que pueda ampararse en la falta de motivación la revisión del acervo probatorio (STS 15-10-01)».

Basta leer la sentencia dictada para determinar que la misma se encuentra ampliamente motivada por más que el recurrente no esté conforme con la misma ya que, como se ha dicho, no cabe confundir falta de motivación con motivación no conforme con los intereses de la parte.

De otro lado, la valoración de las pruebas practicadas en la litis corresponde al Tribunal de instancia y solo a través del núm. 4 del art. 469, 1 de la Lec, por infracción del artículo 24 de la Constitución, cuando el Tribunal se hubiese desviado notoriamente de las reglas de la lógica en la apreciación probatoria, podrá ser admitido el recurso por dicho motivo.

Esta es la línea que ha venido sosteniendo reiteradamente el Tribunal Supremo en esta materia (Sentencias de fechas 12 de mayo de 2006, 28 de noviembre de 2007, con cita de las de 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 28 de julio de 2006, 29 de septiembre de 2006 y 16 de marzo de 2007, entre otras), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Consti-

tucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala, 24 de febrero y 24 de julio de 2000, 15 de marzo de 2002, entre otras muchas).

Pues bien, como quiera que el recurrente cita también en el motivo cuarto de su recuso extraordinario la infracción del art. 24 de la CE entraremos a resolver las alegaciones del recurrente sobre las tres cuestiones que se dicen irrazonablemente valoradas por el Tribunal.

La primera se refiere a la apreciación de la exploración judicial de los menores realizada por el Tribunal de apelación en la que pudo constatar el grado de sufrimiento de los menores.

Sin necesidad de entrar en disquisiciones jurídicas sobre la naturaleza de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el medio por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión, de tal modo que algún sector doctrinal entiende que el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes, lo cierto es que es un medio en el que el principio de inmediación resulta muy relevante pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado, como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc... que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas con toda su complitud en un documento escrito.

De otro lado, es claro que la Sala no basó únicamente su decisión en la exploración judicial, sino en todos los medios probatorios obrantes en las actuaciones y en las pruebas practicadas en la alzada. Puede leerse en el fundamento segundo de la sentencia lo siguiente: «De todos los hechos, informes y actuaciones judiciales que se han relacionado en el fundamento jurídico anterior, cabe concluir que estamos en presencia de un supuesto en el que la conflictividad de la ruptura de los padres está causando en los dos hijos menores graves perjuicios que de no adoptarse alguna medida concreta inmediata, pueden resultar irreparables. El sufrimiento emocional y psicológico de los dos hijos es evidente, se ha afirmado en todos los informes psicológicos aportados por uno y otro progenitor y en los in-

formes emitidos a instancia judicial y se pone de manifiesto en las conductas desarrolladas por los hijos, de impulsividad y agresividad en el hijo mayor que le genera después graves sentimientos de culpabilidad y de regresión grave en la hija menor». El propio recurrente reconoció en el escrito presentado ante la Sala de apelación de fecha 13-2-2012 (fl. 240 del rollo) que los menores se hallaban en un estado psicológico muy delicado, por lo que ninguna irracionalidad se aprecia en el juicio del Tribunal respecto de este hecho.

Se dice en segundo lugar, que el Tribunal no efectuó ninguna diligencia tendente a constatar la existencia de personas en el entorno familiar paterno o materno que pudiesen acoger a los menores con preferencia a su entrega a la Administración. Tampoco puede ser acogido este extremo. La Sala afirma que no existen estos familiares y, de hecho tampoco explicita el recurrente qué familiares, de procedencia materna o paterna, podrían haber acogido a los menores con la finalidad pretendida por la Sala, cual era la de conseguir un ambiente neutral no contaminado para reconducir la relación de los dos menores con sus padres a la normalidad, única manera de procurar a los niños un desarrollo equilibrado e integral.

Tampoco ha apreciado la Sala en forma arbitraria e irrazonable la prueba pericial de la Dra. Sofía. El Tribunal valoró, como se ha dicho, un amplio material probatorio para acordar la suspensión de la potestad parental. Es evidente que la medida adoptada es una medida drástica que ha de suponer *prima facie* un nuevo sufrimiento para los menores. No es necesario que lo manifieste la perito —que recomendó claramente modificar la situación actual tendente a una neutralidad afectiva dado el riesgo psicológico elevado en el que se hallaban los menores— para entenderlo así.

Lo que debía ponderar el Tribunal era la proporcionalidad de la medida a la situación real de los menores, de la que —no puede olvidarse— responsabilizó fundamentalmente al padre custodio a cuyo cuidado no consideró, lógicamente, adecuado quedasen los niños. La entrega de los menores a la Administración fue acordada, en consecuencia, por no estimar la Sala posible, tampoco, su entrega en aquel momento a

la madre por las circunstancias que constan en el primer fundamento de esta resolución y con la finalidad explicitada de evitar a los menores perjuicios irreparables.

Las restantes alegaciones del motivo carecen de naturaleza procesal ya que aluden a que la situación en la que se encontraban los menores no podía incluirse en ninguna de las previsiones del artículo 105 de la LDOIA.

...En el recurso de casación se dicen infringidos los artículos 102 y 105 de la Llei dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA) que entró en vigor el 3-7-2010 y el artículo 233-10.4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprobó el Libro II del Código Civil de Cataluña que lo hizo el 1 de enero de 2011, cifrando el interés casacional en la inexistencia de doctrina respecto de estos artículos.

Se dice que las situaciones que contemplan los artículos 102 y 105 de la LDOIA no son equiparables pues solo las previstas en el segundo artículo pueden dar lugar al desamparo y a la extracción de los menores de su entorno familiar, reiterando que solo a la Administración compete tal declaración por lo que la Sala de apelación no podía acordar separar a los menores de su familia biológica.

Sin perjuicio de que ninguna de las normas que se dicen infringidas se hallaba en vigor cuando se inició este procedimiento en el año 2009, lo cierto es que ambas partes están conformes en su aplicación, pues ni el recurrente denuncia la infracción de la Disposición Transitoria cuarta, 4 del Libro II del CCCAt, ni lo hace la recurrida al oponerse al recurso, discutiendo únicamente si se daban en el caso las condiciones previstas en el art. 233-10,4.

Esta Sala ha declarado ya en las STSJC núm. 23/12 y 24/12 de 16-04-2012 que la LDOIA contempla en materia de protección de menores dos situaciones diferenciadas atendiendo a la gravedad de la situación de desprotección social en la que se pueda encontrar un menor: la de riesgo y las situaciones de desamparo.

Serán situaciones de riesgo cuando a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de

forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública.

Las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. En cambio, las situaciones de desamparo, al revestir una mayor gravedad originada en el seno de la propia familia exigen la separación.

En consecuencia, partiendo del derecho de todo menor a que la protección que necesite le sea dispensada, siempre que sea posible, en su entorno familiar, social y geográfico (arts. 12.3 y 38.1 LDOIA y STSJC de 16-4-2012), en ese nuevo modelo se reserva la declaración de «desamparo» para los casos más graves de desprotección (art. 105.2 LDOIA) en los que, necesariamente, deba aplicarse en su interés y para su protección efectiva «una medida que implique la separación del su núcleo familiar» (art. 105.1 LDOIA), remitiendo los supuestos menos importantes, en los que no se contempla una eventual separación del menor de su entorno familiar (art. 102 LDOIA), a la situación de «riesgo», cuya declaración no requiere una resolución específica (art. 103 LDOIA).

Ocurre en el caso que la Sala de apelación no ha hecho uso de la normativa indicada para realizar una declaración de desamparo ni de riesgo de los dos menores hijos de los litigantes sino que constatada en el curso de procedimiento de disolución de la pareja una grave situación de afectación psicológica de los menores como consecuencia del conflicto entre sus progenitores, ha dispuesto la suspensión de la potestad parental y la entrega de funciones tutelares a la Administración. Es cierto que para ello ha mencionado algunas de las circunstancias previstas en la normativa protectora de menores, pero el precepto en el que basa la decisión es el artículo 233-10, 4 del CCCAt conforme al cual la autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.

Con la promulgación de las Leyes 14/2010 y 25/2010, el legislador trató de unificar la dispersión legislativa existente en materia de protección de menores aunque en realidad en ambos instrumentos normativos se contienen normas relativas a la materia que necesariamente deben complementarse.

El Libro II del CCCAt refuerza la autoridad del juez para adoptar medidas de protección de los menores en los procedimientos de familia incluyendo no solo la posibilidad de suspensión de la potestad parental en sede de medidas provisionales (art. 233-1,a) sino también en la de los efectos definitivos de la sentencia (art. 233-10, 4).

Es cierto que la aplicación de tales artículos debe ser necesariamente excepcional. El nuevo Libro II pretende que la separación de los progenitores afecte en la menor medida posible la vida afectiva y la rutina de los hijos, razón por la cual impone la presentación de un plan de parentalidad con el que comprometer la futura actuación de los padres en relación con los menores bajo el principio de la corresponsabilidad.

Sin embargo, si los padres anteponen sus sentimientos personales en relación con el otro miembro de la pareja y no son capaces de actuar de consuno procurando a los niños la estabilidad emocional que necesitan ante estas situaciones, preservándose del conflicto, la Ley confía a los Tribunales la decisión sobre su guarda y custodia que podrá ser conjunta o bien individual en función de las circunstancias del caso, estableciendo algunos criterios a tener en cuenta en el artículo 233-11 (uno de los cuales atiende, precisamente, a la actitud de cada uno de ellos para garantizar adecuadamente la relación con el otro). Pero si ello no resulta tampoco posible porque la actuación de los progenitores resulta gravemente perjudicial para los hijos, puede conceder la guarda a otros familiares o en su defecto a una institución con suspensión de la potestad parental.

Naturalmente esta decisión tiene carácter excepcional y solo debe ser adoptada ante una situación de grave compromiso para el interés de los menores de otorgarse la guarda a cualquiera de sus progenitores.

La referencia a la institución tutelar, en forma subsidiaria a la de otros familiares no re-

quiere de su inexistencia física sino que también opera ante la imposibilidad o inidoneidad de los miembros de la familia extensa para atender a los menores adecuadamente.

La medida ha de ser proporcionada a los fines que se pretenden.

Para ello deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias contempladas en la sentencia de apelación y que son que bajo la guarda y custodia otorgada del padre y cuando los niños solo se relacionaban con la madre en un Punt de trobada durante unas horas a la semana, bajo supervisión técnica y con un desarrollo favorable, habían evolucionado hacia una oposición frontal a su relación con la madre sin motivo o causa aparente a tenor de los informes emitidos por los especialistas del centro, con una regresión de la hija menor manifestada con retención fecal y una actitud agresiva del hijo e impulsiva hacia su madre –es muy descriptiva la agresión fría y premeditada del hijo a la madre en el Punt de trobada en fecha 15-1-2012– y con sus iguales, con un discurso aprendido y contaminado por adultos. Los informes periciales evidencian que los menores se hallan inmersos en un conflicto de lealtades donde perciben al padre como protector y la madre como la figura a odiar, quizá para demostrar lealtad al padre, advirtiendo que de mantenerse esta situación podrían ocasionarse efectos psicológicos graves para los hijos. La guarda y custodia no fue dispuesta a favor de la madre por impedirlo la orden de alejamiento respecto de su actual pareja acordada por un Juzgado penal y por necesitar los menores de ayuda psicológica y terapéutica para superar sus sentimientos contrarios a la madre. Teniendo en cuenta la fragilidad emocional de los menores de edad, es claro que el padre no ha gestionado adecuadamente la guarda que le fue conferida, razón por la cual la decisión adoptada por la Sala de apelación resulta ajustada a nuestro derecho y también al derivado de los instrumentos internacionales ratificados por España, al tener que prevalecer el superior interés del menor siempre que no se pierda de vista la finalidad transitoria o temporal expuesta en el fundamento segundo in fine de la sentencia recurrida.

Al efecto cabe recordar la doctrina del TEDH que en Sentencias de 26-11-2009 o 26-

5-2009 ha recordado que: «... en los asuntos de este tipo, el interés de los hijos debe prevalecer ante cualquier otra consideración. El Tribunal subraya sin embargo que este interés presenta un doble aspecto: de una parte, garantizar a los hijos una evolución en un entorno sano; de otra, mantener sus vínculos con su familia, salvo en los casos en que ésta se haya mostrado particularmente indigna pues romper este vínculo supone privar al niño de sus raíces. De ello resulta que el interés del hijo requiere que sólo circunstancias muy excepcionales puedan llevar a una

ruptura de una parte del vínculo familiar y que deban adoptarse todas las medidas necesarias para mantener las relaciones personales y, en su caso, reconstituir el vínculo familiar».

Por todo lo expuesto, también el recurso de casación debe ser rechazado. No obstante, esta Sala visto el grado de conflictividad existente, sugiere a los progenitores litigantes que inicien un procedimiento de mediación o las terapias educativas pertinentes para rebajar las tensiones que han desembocado en la situación actual, en interés y beneficio de sus hijos.

Se estima la demanda de modificación de medidas y se acuerda la custodia compartida por periodos de dos semanas consecutivas pues la custodia individual que se mantiene en la Sentencia de la Audiencia se basa en el informe de la trabajadora social que tan solo contiene valoraciones de su emisor obtenidas mediante meras entrevistas de los progenitores, sin mecanismos de exploración de la voluntad real del niño.

TSJ de Aragón, Sentencia de 19 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch

Las alegaciones contenidas bajo los epígrafes 1, 3 y 4 del motivo de recurso impugnan los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida que se pronunciaron sobre el establecimiento de la custodia compartida o individual en el presente caso. En resumen, entiende la parte recurrente que la decisión judicial infringió la previsión del artículo 80 del CDFA, de ser preferente la adopción de la custodia compartida de los hijos en caso de crisis matrimonial, con desatención al espíritu y finalidad de la Ley 2/2010 y del posterior CDFA.

Como ha sido ya reiterado en diversas sentencias de esta Sala (así, por ejemplo, de 1 de febrero de 2010 o de 15 de diciembre de 2011) el artículo 6 de la Ley de Aragón 2/2010, luego literalmente traspuesto en el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, ordena que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente al interés del menor. Para valorar la posible conveniencia de la custodia in-

dividual deberá el Juez tener en cuenta cuantas circunstancias de relevancia para la convivencia familiar puedan concurrir, y, especialmente, por cita expresa de tal norma, los factores de edad y arraigo social y familiar de los hijos, así como su opinión, y la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar laboral de los padres.

En consecuencia, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores debe estar a la previsión legal de preferencia del régimen de custodia compartida, puesto que la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con este tipo de custodia, de modo que la individual sólo debe acordarse cuando realmente se considere más conveniente en el caso concreto.

Por tanto, la posibilidad de adopción de la custodia individual exige una cuidadosa valoración de la prueba que la presente, en el supues-

to, como más beneficiosa para el menor en lugar de la legalmente preferente custodia compartida. De lo que no cabe sino concluir que si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, la constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

En el caso presente, la sentencia recurrida no recoge de modo expreso referencia a los factores indicados como de necesaria valoración conforme al artículo 80 del CDFA. La razón de la decisión se sustenta exclusivamente en la exposición de las afirmaciones contenidas en informe hecho por la asistente social del Instituto de Medicina Legal de Aragón, del que valora especialmente varias circunstancias recogidas por la informante: que el padre tiene un amplio régimen de visitas con flexibilidad al respecto por parte de la madre; que el menor se encuentra más unido a la madre a la que tiene como referencia; o que, siempre en opinión de la asistente social, el menor admite la separación de los padres pero muestra una cierta resistencia en el momento de separación de la madre. Con ello, tras admitir la conclusión del propio informe de que un nuevo cambio puede desestabilizar al menor, concluye que el interés del propio menor, ateniendo a su edad, junto con las circunstancias dichas, acuerda relegar la custodia compartida y mantener la custodia individual de la madre.

Asimismo, y a favor del establecimiento de la custodia individual se invoca el interés del menor de modo genérico en la sentencia recurrida.

Como se desprende de lo antes expuesto, el interés general del menor es el tenido en cuenta por el legislador cuando en el artículo 80 CDFA ordena que su mejor protección tendrá lugar mediante la custodia compartida, por lo que sólo en determinados casos concretos, y por las razones que expone la propia norma, puede excepcionarse. No existe duda alguna que el informe social que sirve de referencia directa e inmediata para la decisión judicial ha sido emitido por la profesional actuante de modo imparcial y atendiendo el interés del menor, al igual que tal ha sido el único interés que ha dirigido el dictado de la sentencia. Pero no basta con su mera invocación general para posibilitar la fijación de uno u otro sistema de

custodia, porque, por lo dicho, salvo concreción en sede jurisdiccional, conforme a las concretas circunstancias ordenadas en la ley, de que por tal interés procede la custodia individual, debe estarse al superior criterio legal de que, con carácter general, es de mejor atención para el menor la custodia compartida, y no la individual.

Pues bien, en este caso, la exposición contenida en la sentencia recurrida no recoge que existan motivos, conforme a los criterios ordenados en el repetido artículo 80 que, de modo claro, concreto, terminante y deducidos de datos contrastables, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. Porque se recogen tan sólo las valoraciones de la asistente social, obtenidas mediante meras entrevistas de los progenitores, sin mecanismos de exploración de la voluntad real del niño; y se acepta acríticamente la conclusión del propio informe social de que existe la posibilidad de que un nuevo cambio pueda desestabilizar al menor, concluyendo que esta hipótesis de futuro es muy determinante de la fijación del sistema de custodia individual.

No existe así expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador. Por ello, debe concluirse que la sentencia recurrida tuvo que establecer la custodia compartida y, al no hacerlo y mantener la individual, infringió el artículo 80.2 del CDFA. Por lo que procede casar la sentencia en lo referente a establecimiento del sistema de custodia compartida del menor.

Por la estimación del motivo de casación último tratado, deviene improcedente entrar a resolver sobre el motivo 2) del recurso de casación, por contener idéntica pretensión que la ya atendida.

Asimismo, la estimación del recurso conlleva la actuación de este Tribunal como de instancia, al tiempo de concretar el régimen de custodia compartida que ahora se establece. Con su demanda, el padre solicitó la adopción de diversas medidas reguladoras de la relación de ambos progenitores con el hijo que no han sido matizadas o contradichas por la madre. Observando de oficio las propuestas, se considera que son, con carácter general, legalmente admisibles, pero que

el mejor desenvolvimiento de la posterior convivencia aconseja modificar las siguientes:

– Medida c): No se considera oportuno fijar en esta resolución si el sistema de contribución a los gastos del hijo debe hacerse mediante manejo de cuenta bancaria mancomunada o de otro modo.

– Medida c) y d). No existen motivos que justifiquen las matizaciones que respecto de pago de gastos ordinarios y extraordinarios se reco-

gen en tales apartados, por lo que, sin perjuicio de posible futuro acuerdo de los interesados, se considera más conveniente el establecimiento del régimen legalmente previsto en el artículo 82 CDFA.

– Medida f): No se alega motivo alguno que permita considerar adecuada la prohibición de salida del territorio nacional de cualquiera de los progenitores.

VIVIENDA FAMILIA

Es ajustado a derecho atribuir el uso de la vivienda familiar (propiedad del padre) a la madre y los tres hijos hasta que alguno de los hijos adquiera independencia económica, pues aunque la madre dispone en propiedad de una vivienda, esta tiene una menor extensión lo que obligaría a los hijos a compartir las habitaciones. De todas formas, hay que tener en cuenta que la atribución del uso de la vivienda ha sido computado para minorar la pensión alimenticia que debe abonar el padre.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 12 de noviembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Eugenia Alegret Burgués**

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida deben tenerse presentes los siguientes antecedentes de carácter fáctico que resultan intangibles para esta Sala:

1.–En la demanda interpuesta por la Sra. Estefanía contra el Sr. Gines, la actora interesó que le fuese atribuido a ella y a los hijos menores el domicilio familiar sito en CALLE000, número NUM000 piso NUM001 puerta NUM002 de Lleida propiedad del Sr. Gines.

2.–En el escrito de contestación a la demanda el Sr. Gines, solicitando que los hijos quedasen bajo la guarda y custodia de la madre, pidió que le fuese atribuido a él el hogar familiar trasladándose la familia a otra vivienda, propiedad de la madre, sita en la ciudad de Lleida, DIRECCION000, núm. NUM003, NUM004 a partir de septiembre de 2010 y subsidiariamente en el mes de julio de 2012 en que finalizaba el contrato de alquiler.

3.–La vivienda familiar había sido adquirida por el Sr. Gines en el año 1996 cuando el matrimonio, contraído en el año 1992, tenía un solo hijo. Anteriormente, el matrimonio y el niño vivían en el piso de la DIRECCION000 núm. NUM003, que al ser abandonado por la familia, fue cedido a terceros en régimen de alquiler.

En el nuevo domicilio familiar nacieron la segunda y tercera hija del matrimonio.

4.–La vivienda de la DIRECCION000 tiene 90 metros cuadrados y cuenta con tres habitaciones mientras que la familiar tiene 135 metros cuadrados y cuenta con, al menos, 4 habitaciones.

5.–La sentencia de primera instancia valorando la capacidad económica de ambas partes así como las características de ambas viviendas atribuyó el uso del domicilio familiar a la madre en cuya guarda y custodia quedaban los hijos menores de edad hasta que alguno de ellos se independizase económicamente y marchase del

hogar, momento en el cual el piso propiedad de la madre, adquiriría parecidas condiciones al familiar al poder disponer entonces de una habitación para cada uno de los hijos.

De igual forma ponderó lo que la atribución del domicilio familiar comportaba en términos económicos al padre, que tenía que hacer frente al alquiler otra vivienda, para establecer la pensión alimenticia de los hijos.

6.—La sentencia fue recurrida por la defensa del Sr. Gines interesando en el suplico del recuso de apelación: «pel que fa a l'atribució de l'ús del domicili conjugal quedi limitat temporalment a un màxim de 6 anys a comptar des de la data de la sentencia dictada en primera instancia (12/11/2010)», esto es hasta el 12 de noviembre de 2016.

7.—La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Lleida estimó en parte los recursos de ambas partes y en lo que se refiere a la atribución de la vivienda familiar dispuso la limitación de su uso a favor de la madre y de los hijos hasta el momento en que cualquiera de ellos llegase a tener independencia económica, haciendo abstracción de si optaba por continuar viviendo con la madre, manteniendo la pensión alimenticia fijada al padre por la sentencia de instancia, de 810 euros al mes para los tres hijos.

8.—Dicha sentencia estimó probado que el Sr. Gines ganaba 3.900 euros al mes netos contando con unos ingresos por rendimiento del capital mobiliario por importe de 600-700 al mes, y la madre 2.800 euros netos al mes, mas 600 euros mensuales por el alquiler del piso de la DIRECCION000, fijando las necesidades de los tres hijos entre los 1.250 y 1.550 euros mensuales.

9.—Frente a dicha sentencia interpuso el Sr. Gines el presente recurso de casación en el que interesó, en el extremo que nos ocupa, que se fijase un límite claro y definido como el mes de julio de 2012 en que finalizaba el alquiler del piso de la Sra. Estefanía o alternativamente un límite máximo de 6 años a contar desde la sentencia de primera instancia, momento en el que el hijo mayor Bernat contaría con 21 años y la hija Rosa con 19.

Como quiera que el recurso se interpone por estimar el recurrente que la sentencia vulnera la

doctrina establecida por esta Sala en la STSJC 49/2009, de 3 de diciembre, y STSJC 17/2010, de 22 de abril, en cuanto a la interpretación del artículo 83,2 a) del CF conviene recordar cuál es dicha doctrina y cómo ha sido aplicada.

La vivienda familiar es la base física donde se desarrolla la vida familiar, es decir, el inmueble habitable donde conviven los miembros de la familia hasta el momento en que se produce la crisis matrimonial. Aquella en la que habitualmente reside la familia y tiene por morada o centro de su convivencia, sin que pueda confundirse con aquellas otras que la familia habita o utiliza temporal o estacionalmente (conocidas como segundas o terceras residencias) o bien con otras susceptibles de ser utilizadas también por contar con elementos aptos para servir de domicilio familiar, aunque no lo sean de presente. (STSJC 50/12, de 30 de julio, rollo 227/2011).

En la sentencia TSJC de 22-4-2010 recordamos, con cita también de la doctrina del Tribunal Supremo (STS d'11.7.2002 o 10.2.2006) que el dret a l'ús de l'habitatge familiar es caracteritzat per la provisionalitat i temporalitat, ja que després del cessament de la convivència marital i si la llei no preveu una altra cosa, l'immoble hauria de tornar al règim jurídic ordinari que lliga disposició de l'ús a la titularitat.

És per això que en els casos de crisi matrimonial la llei preveu una sèrie de regles que parteixen de la prolongació de la solidaritat conjugal o de l'interès superior de tercers (els fills menors d'edat).

D'aquesta forma, l'article 83 del Codi de família de Catalunya, en cas de desacord entre els cònjuges sobre a qui cal atribuir l'ús de l'habitatge familiar, estableix que, si hi ha fills, l'ús s'atribueix, preferentment, al cònjuge que en tingui atribuïda la guarda, mentre duri aquesta; si la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial, i si no hi ha fills, s'atribueix l'ús al cònjuge que en tingui més necessitat, tenint l'esmentada atribució caràcter temporal, mentre duri la necessitat que la va motivar, sens perjudici de pròrroga, si escau.

És clar, doncs, que la norma legal es decanta per la prestació in natura de l'obligació dels pares de subministrar habitatge als seus fills, per tal que no hagin de patir més canvis en la nova

situació, ja que, tot i ser cert que en el concepte d'aliments de l' art. 259 del CF hi ha inclòs l'habitatge, també ho és que existeix una regulació específica per al cas de la ruptura del matrimoni o de la parella en el cas d'existència de fills menors, de manera que, si hi ha fills, l'ús s'atribueix, preferentment, al cònjuge que en tingui atribuïda la guarda, mentre aquesta duri.

Es verdad que la sentencia indicada recordaba que en la anterior de 3.12.2009 habíamos afirmado también que: «Ello no supone que siempre y necesariamente la vivienda propiedad de uno de los cónyuges o miembros de la pareja deba ser atribuida al cónyuge que tenga la guardia y custodia de los hijos menores pues la ley ya establece que dicha atribución se realizara «preferentemente» por lo que pueden existir razones poderosas que comporten una excepción a la regla general como por ejemplo si el cónyuge no propietario a quien se hubiese atribuido la custodia tuviese por si mismo medios más que suficientes para cubrir las necesidades de vivienda propias y la de los hijos, mientras que la necesidad más perentoria de vivienda la tuviese el cónyuge o miembro de la pareja propietario en cuyo caso debería ser atribuida a este. De igual modo tampoco existiría obstáculo legal para instar una modificación de medidas si esta situación se diese con posterioridad a la atribución al cónyuge o miembro de la pareja custodia»

Tal criterio fue confirmado en la STSJC de 4-4-2011 en la cual se lee que:

«La limitación temporal que solicita el recurrente no opera cuando como en el supuesto de autos existe un hijo menor de edad cuya custodia queda atribuida a la Sra... y se justifica que es éste el interés más digno de protección, pues como declaramos en la STSJC 17 /2010, de 22 de abril, con cita de otras resoluciones de este Tribunal, como las SSTSJ 33/2009, de 22 Septiembre, 13/2004, de 29 Marzo, 26/2006, de 22 de Junio y 49/2009, de 3 Diciembre, la limitación temporal que pretende imponerse a la madre y a los tres hijos comporta de facto una obligación de trasladarse a otra vivienda, lo que no se corresponde ni con lo dispuesto en el art. 83. 2. a) CF ni con el interés prevalente del menor de edad, que es exclusivamente lo que debe ponderarse en el momento presente. El citado

precepto dispone que la atribución se realiza en forma «preferente» al cónyuge que tiene la guarda y custodia del menor, frente a lo cual deben existir razones poderosas que comporten una excepción a la regla general, lo que no concurre en el caso examinado mientras no se justifique la existencia de un interés más perentorio por parte del recurrente o que, tal como se recoge en la sentencia recurrida, alcanzada la mayoría de edad pueda instarse su continuidad, entonces, de conformidad con el art. 83. 2. b) CF según el criterio legal de mayor necesidad, siendo este último extremo una cuestión ajena al debate litigioso puesto que no es el supuesto examinado (incardinado en el art. 83. 2. a): atribución de la vivienda a la esposa que tiene a su custodia un menor de edad, no justificándose motivos enervantes de dicha atribución».

En consecuencia, tanto en la Sentencia 49/2009, de 3 Diciembre 2009, como en las posteriores antes relacionadas, se confirmó el criterio de que establecido que no existían criterios de excepcionalidad para atribuir la vivienda al cónyuge no custodio, la limitación temporal no era procedente si los hijos continuaban siendo menores de edad, sin perjuicio de que lo que pudiera acordarse en el supuesto de que se modificasen las circunstancias: «No hi ha, doncs, cap necessitat prevalent del Sr... que obligui el Tribunal a apartar-se de la previsió legal general, que és que en cas de conflicte d'interessos personals o patrimonials dels cònjuges sobre l'habitatge familiar l'esmentat domicili (base del que va ser el nucli familiar), amb independència de la titularitat, continuï albergant el cònjuge custodi i els fills comuns mentre siguin menors d'edat, de manera que a la crisi familiar no es vinculi un canvi forçós de domicili sense un motiu o interès superior que el justifiqui, interès que ha de valorar-se en l'actual previsió legal amb caràcter excepcional perquè es presumeix preferent el dels fills».

Es cierto que el nuevo libro II del CCCat – que no resulta de aplicación al caso– regula la cuestión con mayor flexibilidad arbitrant altres possibilitats com la subrogació de l'habitatge familiar per altres vivendes –ja admesa per aquesta Sala –o la commutació per un increment en la prestació econòmica, però això es sempre que

les necessitats dels menors quedin perfectament cobertes i sigui l'altre cònjuge el més necessitat, mantenint-se com a regla general en el supòsit de desacord entre els cònjuges la de concessió preferent de l'habitatge familiar al cònjuge custodi dels fills menors mentre duri la guarda (art. 233-20,2 y 4).

En el presente caso, la sentencia de la Audiencia, en los términos en que había quedado planteado el debate, debe ser confirmada en tanto no ha vulnerado la doctrina antes expuesta.

Es cierto que las sentencias de instancia parten de la base de que, en abstracto, el núcleo familiar mayoritario (madre y tres hijos) podrían residir en la vivienda de la DIRECCION000 pero no estima adecuado para el interés de los menores acordar el traslado, al tiempo que no aprecia tampoco que el interés más necesitado de protección sea el del padre.

Tal decisión se ajusta perfectamente a nuestra doctrina al no concurrir ninguna circunstancia excepcional que justifique la inoperancia de la regla general pues: a) el domicilio familiar es el de la CALLE000, el único que han conocido las dos hijas menores; b) tiene una dimensión mayor que el anterior, lo que permite a cada uno de los hijos contar con su propia habitación sin tener que compartirla lo que no deja de ser conveniente –si es posible, como resulta en el caso– cuando están o se encaminan hacia la ado-

lescencia; c) el padre interesó en segunda instancia –petición a la que tendríamos que ajustarnos en su caso– que el traslado a la vivienda menor se produzca dentro de 6 años, esto es cuando el hijo mayor cuente con 21 años, la segunda con 19 y la pequeña con 13 ó 14, lo que no resulta en absoluto aconsejable, siquiera sea para mantener la paz familiar; d) el padre cuenta con medios suficientes para poder obtener otra vivienda apta para sus necesidades actuales, y e) la cesión de la vivienda ya ha sido computada por las sentencias de instancia para minorar la prestación dineraria alimenticia mensual del padre por lo que no puede afirmarse que sea el único que de cobertura a las necesidades de los hijos.

Tampoco se advierte incoherencia alguna en la decisión adoptada por la Audiencia relativa a que la necesidad cesará cuando alguno de los hijos cuente con medios económicos bastantes para hacer vida independiente aunque desee permanecer en el domicilio junto con la madre, en tanto que en este caso no gozaría de la protección jurídica que sí dispensa el ordenamiento a los menores de edad o a los mayores dependientes.

En consecuencia, no estimándose que la sentencia recurrida vulnere la doctrina de esta Sala en torno a la interpretación del artículo 83,2,a) del Código de Familia, procede la desestimación del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En un juicio ordinario posterior a la liquidación, se deja sin efecto las adjudicaciones al no ser ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. Se acuerda la adjudicación del inmueble en pro indiviso.

TSJ de Aragón, Sentencia de 22 de noviembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas

El proceso de liquidación del régimen económico conyugal se regula en el artículo 810 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en caso de no lograr acuerdo, remite al trámite de los arts.

785 y siguientes. El 787, a su vez, previene en su apartado 5 que «Si no hubiere conformidad, el Tribunal oír 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. La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda».

Aunque doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada, en el caso de autos las partes y la sentencia de la Audiencia Provincial parten de esa consideración, lo que permite debatir en este juicio ordinario la cuestión en los términos en que la actora la ha planteado.

De modo que la cuestión que es objeto de la decisión jurisdiccional no es, realmente, el valor de la finca, sino la forma en que se ha de llevar a cabo, con arreglo a lo establecido en el artículo 267.1 del CDFA, la partición del haber.

La parte actora suscita dos alternativas: que el bien principal del consorcio, vivienda unifamiliar sita en el complejo URBANIZACIÓN000 de Zaragoza, sea adjudicado a los dos que fueron cónyuges, pro indiviso; o que se mantenga la adjudicación a la actora, siempre que el precio de valoración del bien sea de 480.000 euros, tal como se planteó inicialmente por dicha parte. La valoración de la vivienda unifamiliar no es, directamente, objeto del proceso, ni motivo del recurso; pero incide en la decisión a adoptar, como presupuesto de la acción que se ejercita condicionalmente. Partiendo de la valoración efectuada, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, y de que el valor de la vivienda ha de hacerse a la fecha de la liquidación, la cuestión jurídica radica en determinar si es posible obligar a una de las partes a adjudicarse el bien inmueble por el precio de tasación contra su voluntad, indemnizando a la otra por la diferencia.

El artículo 267.1 del CDFA previene que «Liquidado el patrimonio y detraídas las aventuras, el caudal remanente se dividirá y adjudicará

entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas». La división, a falta de acuerdo, ha de hacerse teniendo en cuenta el artículo 270, a cuyo tenor «A la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria».

Los artículos a que remite no resuelven la cuestión planteada. Por ello es necesario acudir supletoriamente a las normas que en el Código Civil regulan la división de la comunidad de bienes (art. 1.º 2 CDFA).

Al respecto, resultan de aplicación las siguientes: Artículo 401: Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina.

Artículo 404: Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.

Artículo 406: Serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia.

De las que, a su vez, resultan de aplicación las siguientes:

Artículo 1051: Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división.

Artículo 1061: En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

Artículo 1062: Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

En cuanto a la aplicación de este último precepto, la sentencia del TS de 10 de febrero

de 1997 ha apreciado que «El párrafo primero del art. 1062 del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros su exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo segundo de este art. 1062, aparte de la inaplicabilidad de aquél párrafo primero en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria supuesto que no es el contemplado en el art. 1062 citado».

De la aplicación al caso de las normas expresadas se extraen las siguientes consecuencias:

A) Cualquiera de las partes tiene acción para pedir la división del haber, y ha de hacerse la partición mediante reparto de los bienes, evitando en lo posible la indivisión;

B) ciertamente, y como afirma la parte recurrida, de modo general no es ajustado a derecho llevar a efecto la liquidación de un patrimonio consorcial, considerado como comunidad en mano común, convirtiéndolo en una comunidad romana o proindiviso; pero si la comunidad consorcial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esa forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común;

C) la STS de 14 de diciembre de 2007 ha establecido que resulta «plenamente aplicable al supuesto de división de cosa común la norma contenida en el artículo 1062 del Código Civil, por la remisión que a las reglas propias de la división de la herencia realiza el artículo 406, de modo que basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse, pues en tal caso resulta claro que falta el acuerdo de adjudicación a uno de ellos a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Dicha solución es además la más beneficiosa para los propios intereses de la comunidad en

orden a obtener un precio superior por el bien de propiedad común, permitiendo que en la subasta a celebrar participen, junto con los propios comuneros, licitadores extraños; sin que pueda obligarse a ningún partícipe a aceptar la adjudicación a uno del bien por una cantidad determinada, percibiendo su parte, cuando su voluntad es la de que se subaste para obtener el mayor precio posible».

Criterio que, traído al caso de autos, trae como consecuencia que no es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor.

En este caso la solución adoptada en la instancia vulnera el artículo 267 del CDFA por cuanto atribuye a la recurrente la propiedad de la vivienda unifamiliar por un precio de 600.000 euros, que no fue nunca aceptado por ella como valor del inmueble, y se la obliga así a satisfacer a su ex cónyuge una compensación en metálico que manifiesta ser desproporcionada a sus posibilidades económicas y al valor real de la finca.

Ciertamente, bastaría que se hubiera pedido la venta en pública subasta, pero las partes no han optado por esta solución, que en todo caso no está cerrada, a tenor de los arts. 404 y 1062 del Código Civil.

Por todo ello se estima el motivo. Al hacerlo, la Sala asume la instancia y estima la petición inicial de la parte actora, en cuanto a la adjudicación de la vivienda pro indiviso a ambas partes, decisión que afectará al resto de las que fueron adoptadas en la partición, que habrán de ajustarse para lograr que el conjunto del haber se reparta igualitariamente.

Al ser estimado el primer motivo del recurso no resulta necesario entrar a considerar el segundo. Procede así casar la sentencia recurrida y la Sala, asumiendo la instancia, acuerda estimar la pretensión primeramente articulada por la demandante.

PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN DE MENORES

Se decreta la nulidad de actuaciones en un proceso de oposición al desamparo al inadmitirse las pruebas testificales propuesta 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

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch**

Dictada por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales Resolución de 5 de julio de 2010, por la que resolvía apreciar la situación de desamparo de la menor Ángela y la asunción de su tutela por la entidad pública, fue presentada demanda de oposición a tal resolución por doña Silvia, madre de la menor. Tramitado el oportuno procedimiento por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza, fue dictada el día 2 de diciembre de 2011 sentencia desestimatoria de la demanda. Y recurrida tal resolución en apelación, fue desestimado el recurso por la sentencia ahora impugnada ante esta Sala, dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial el día 19 de junio de 2012.

La sentencia recurrida considera, resumidamente expuesto, que concurren en el caso circunstancias evidenciadoras de que la evolución positiva del comportamiento de la madre, teniendo en cuenta los antecedentes y altibajos anteriores, no es suficiente para asumir el indudable riesgo que habría para la menor si la recurrente recuperara la atención y cuidados de su hija, y no considera acreditado que, fuera de los periodos positivos, se encuentre la madre en condición de asumir su papel como progenitora.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial han sido interpuestos recurso por infracción procesal y de casación, por lo que, de conformidad con lo establecido en la disposición final 16.ª.1, regla 6.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede resolver en primer lugar el de infracción procesal y, caso de su desestimación, el de casación.

El recurso por infracción procesal interpuesto se articula al amparo de la previsión contenida en el artículo 469.1 apartados 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), es decir, por «Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiera podido producir indefensión» (apartado 3º) y por «Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución «(apartado 4º). Considera la parte recurrente que la vulneración de normas legales procesales con correlativo efecto de la indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución se produjo cuando, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, denegaron la admisión y práctica de la prueba testifical propuesta por la recurrente.

Según consta en las actuaciones, la demandante interesó en la vista celebrada en el Juzgado de Primera Instancia la práctica de prueba testifical de su madre, abuela de la menor acogida, D.ª Genoveva y del padre de la menor, D. Hernán.

Inadmitida tal prueba, fue de nuevo interesada su práctica en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia finalmente dictada por el Juzgado de Primera Instancia el día 2 de diciembre de 2011. Petición que fue denegada por la Audiencia Provincial al tiempo de admisión de la apelación, en auto de 12 de marzo de 2012, por reputarla innecesaria. Recurrida esta resolución, por auto de 13 de abril de 2012 fue desestimado el recurso y se rechazó la práctica

de la mentada prueba, por considerar la Sala que no era trascendente para la resolución del recurso, teniendo en cuenta el posible interés de los testigos en el litigio.

En coherencia con la fijación del objeto de la prueba a practicar, definido en el artículo 281 de la LEC por relación con los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, luego el artículo 283 de la LEC ordena en su apartado 1 la inadmisión de pruebas impertinentes por no guardar relación con el objeto del proceso. En su apartado 2 prevé igualmente la inadmisión, por su inutilidad en este caso, «de aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos». Finalmente, en su apartado 3, impide la admisión de pruebas de cualquier actividad prohibida por la ley.

Conforme a tales normas el órgano judicial debe primero valorar si, a la vista del concreto fin del litigio, la prueba propuesta por cualquiera de las partes se relaciona con los hechos objeto del proceso con la suficiente relevancia como para entenderla adecuada a la fijación de la realidad de lo sucedido. Luego, deberá considerar igualmente si la prueba de que se trate, aun relacionada con los hechos enjuiciados, puede realmente contribuir a esclarecerlos, conforme a valoración que efectuará por criterios razonables y seguros.

Esta normativa general sobre admisión de prueba encuentra en procedimientos como el actual, en que están implicados menores de edad, importantes especialidades (así, artículo 752 LEC) que tienden, en todo caso, y para mejor salvaguarda de los intereses de los menores, a la búsqueda de la realidad material. Para lo cual se flexibilizan tanto los momentos y formas de aportación de pruebas como la legitimación para su propuesta en el procedimiento. Y es que, como ya indicó sentencia 298/1993, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional por referencia a otra (STC 143/1990), en que se anuló una adopción por no oír a la madre biológica: «la importancia de los derechos e intereses en cuestión obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales que se practiquen en tales procedimientos».

Tesis sostenida después en posteriores sentencias del mismo Tribunal Constitucional, entre las que se considera destacable, por sintetizar la doctrina, la 124/2002, de 20 de mayo, cuando expone:

«En lo que interesa a este recurso de amparo, hemos declarado en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que «en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación [que], son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen» (STC 114/1997, de 16 de junio, F. 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, F. 3). Es lógico, pues, que «dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad... [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado» (STC 187/1996, de 25 de noviembre, F. 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones» (art. 9.2)».

Sentencia en la que, como conclusión se recoge: «Los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, F. 4), no se configuran como un simple conflicto en-

tre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían «ex lege» las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor. (cfr. art. 1826 LECiv)».

El criterio indicado, de exigencia de interpretación extensa de la posibilidad de acreditación en procedimiento como el presente se completa, incluso, con la posibilidad establecida por la doctrina del Tribunal Supremo, fijada de modo expresamente en sentencia de 31 de julio de 2009, de que puedan valorarse y acreditarse circunstancias posteriores el momento de inicio del procedimiento. Así, en tal resolución, el Alto Tribunal indicó:

«La jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo (SSTS 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004, 23 de mayo de 2005).

La jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían ex lege [por ley] las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2); y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama «la exclusión de la preclusividad» (SSTC 75/2005, de 4 de abril 58/2008, de 28 de abril), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.

El artículo 413 LEC, como una manifestación de este principio, consagra el principio de perpetuación de la acción (...). Este principio

tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportunidades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso (artículo 412 LEC), y la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

Esto último sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el CC ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (artículo 172.4 CC). Este precepto, como expone el Ministerio Fiscal, atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio perpetuatio actionis [perpetuación de la acción] que rige en el proceso civil. En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Conclusión de lo expuesto es, por tanto, que la clara prevalencia del interés del menor en casos como el presente exige la búsqueda de la realidad de lo acontecido y enjuiciado de la manera más completa que sea posible, atendiendo con amplitud interpretativa la posible admisión de pruebas, sean propuestas por una u otra parte, o de oficio por el tribunal e, incluso, con atención a lo sucedido con posterioridad al momento de presentación de demanda.

Al tiempo de resolver el actual recurso por infracción procesal, en que se trata de cuestión

que afecta de modo muy trascendente a una menor de edad, es necesario tener en cuenta las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales, lo que conduce a la valoración de si, en el caso presente, fue realmente permitida la exposición en el procedimiento de cuantos datos y circunstancias afectantes al menor implicado fueran relevantes para concluir, finalmente, si la situación de desamparo existía con tal intensidad como para dar lugar al acogimiento o si, en cambio, cabía entender que no existía el desamparo, o bien que su importancia no era tan grave como para la decisión de acogimiento tomada.

Las primeras de las dos pruebas cuya práctica fue denegada consistía en toma de declaración a la abuela del menor por línea materna. Según resulta del expediente administrativo tramitado que citan como referencia las sentencias de instancia, la posible situación de desamparo del menor fue observada desde el momento de su nacimiento, el día 17 de junio de 2008, lo que dio lugar a que se acordara su acogimiento el 19 de septiembre de 2008. El cambio de las circunstancias iniciales llevaron, sin embargo, a acordar el reintegro del menor con su familia el día 29 de mayo de 2009, y entre tales circunstancias se tuvo en cuenta que la abuela de la menor, además de su bisabuela, eran la familia extensa con cuyo apoyo podía contar la madre para cuidado de la niña. Se deduce así que la abuela materna, que no consta que esté afectada por toxicomanías o inmersa en ambientes marginales como sucede con la madre, es conocedora de primera mano de la situación y entorno familiar en que ella misma se encuentra, lo que, en definitiva, la configura como un testigo de relevancia máxima para fijar con certeza los hechos a valorar.

La segunda prueba cuya denegación tuvo lugar fue la testifical del padre de la niña acogida. Ciertamente, como consta con claridad en las actuaciones, su atención a la menor dista con mucho de ser mínimamente correcta. Pero es claro también que no ha estado totalmente ausente de

la vida familiar. La probada desatención que haya podido tener respecto de su hija no obsta, por tanto, a los efectos que ahora interesa, para que sí sea conocedor directo de aspectos relevantes que afectan a la niña y su entorno, por lo que, al igual que sucede con la abuela de la menor, es testigo de importancia para permitir al tribunal conocer datos de indudable trascendencia para fijar, con la claridad necesaria, si realmente es más conveniente para la niña su permanencia con la madre o su acogimiento por otra familia.

En consecuencia, respecto de ambas pruebas testificales se dan las circunstancias legal y jurisprudencialmente sentadas para considerarlas necesarias, por ser de plena relevancia para conocer, a favor de la mejor defensa del interés de la menor, su situación real, incluso lo que pueda haber acontecido después de iniciado el procedimiento. La omisión de su práctica en el procedimiento seguido ante la Audiencia Provincial supuso así la privación injustificada de acceso a la plena tutela judicial, y con efecto de posible indefensión por falta del mayor conocimiento posible de los hechos a enjuiciar.

Se dan, por tanto, los requerimientos exigidos por el artículo 469.1 motivos 3.º y 4.º de la LEC para la estimación del recurso por infracción procesal que ha sido formulado, incluida la necesaria actividad de la parte afectada interesando la subsanación de la falta cometida que ordena el artículo 460.3 de la LEC, lo que conlleva la reposición de actuaciones desde el momento anterior al dictado del auto de 12 de Marzo de 2012 en el rollo de apelación, que se anula, al igual que todas las actuaciones posteriores y la sentencia recurrida, debiendo la Audiencia Provincial practicar las pruebas que fueron denegadas y continuar con la tramitación del recurso de apelación hasta dictar nueva sentencia con arreglo a derecho.

Estimado el recurso por infracción procesal, deviene improcedente resolver sobre el recurso de casación igualmente presentado.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

Tras el divorcio no procede requerir al padre para que informe a la madre de las citas médicas a las que tenga que acudir con el menor, pues no puede pretender la madre que ambos padres deban de acompañarlo en las visitas al médico.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 18 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández

En el concreto supuesto que enjuiciamos, la representación procesal de D.^a Lidia, interpelo judicialmente la ejecución de la sentencia de divorcio de fecha 12 de noviembre de 2010, en cuya virtud se sanciona el convenio regulador de los efectos de la crisis suscrito por los litigantes el anterior día 9 de septiembre, en el que se pacto un sistema de guarda y custodia compartida alternativa por semanas respecto del menor Lucas, hijo común, postulando aquella cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, así como otras que dice incumplidas por el otro progenitor, concluyendo el escrito generador del proceso con el suplico de que fuera este requerido de cumplimiento de la patria potestad compartida, y en concreto:

1.º–Informe de las citas médicas del menor con antelación suficiente a la madre a fin de que pueda acudir a acompañarle.

2.º–Entrega de la medicación recetada por el médico y de instrucciones del tratamiento en su caso, si el menor ha acudido solo con el padre.

3.º–Cumpla el tratamiento médico de prevención de catarros suscrito por la pediatra D.^a Zulima.

4.º–Informe y entregue copia de las circulares sobre las actividades extraescolares del menor.

5.º–Permita visitar al menor en el domicilio en el que se encuentre en caso de enfermedad del menor.

6.º–Entregue a la Sra. Lidia copia de las facturas de Sanitas incluida la información sobre los profesionales o servicios médicos a los que acude el menor.

7.º–Facilite un duplicado de la tarjeta de Sanitas a la madre y en caso de no ser posible, se la entregue cada vez que el menor se encuentre en su compañía.

8.º–Proceda a firmar aquellos documentos que sean necesarios para que la Sra. Lidia tenga pleno acceso a la cuenta del Santander en la que se ingresa mensualmente la pensión de alimentos.

9.º–Informe a la madre donde se encuentra el menor en los periodos vacacionales, debiendo comunicar tanto dirección como teléfono.

La oposición deducida de contrario resultado desestimada en virtud de auto de fecha 28 de septiembre de 2011, en el que se acuerda mantener el requerimiento ordenado a 8 de julio de 2011, para el adecuado ejercicio de la custodia compartida sobre el menor, debiendo posibilitar la asistencia materna a las citas y revisiones médicas del niño y demás información solicitada.

Frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por la representación procesal del ejecutado D. Maximino, interesando su revocación para que se dejen sin efecto los requerimientos acordados, reproduciendo los argumentos contenidos en su escrito de oposición y añadiendo que la misma conducta que la adversa le imputa atribuyéndole incumplimientos, se observa en la recurrida tras el dictado del dissenido.

A la vista de los antecedentes fácticos, examinadas detenidamente las actuaciones, es factible anticipar la procedencia de la estimación parcial del recurso para, revocando el auto apelado, dejar sin efecto los requerimientos ordenados en cuanto a las solicitudes de la demandante contenidas en los números 1.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y parcialmente el número 9.º, no así en los restantes.

Por lo que respecta a las citas médicas, no puede pretender la recurrida, una vez producido el divorcio, se continúe acudiendo a la consulta por ambos ex consortes acompañando simultáneamente al niño, de la misma manera que se hacía constante la convivencia pacífica, por lo que ha de dejarse sin efecto en este aspecto el requerimiento, que, en otro orden de cosas, es marginal al título de ejecución, pues en sus estrictos términos no lo contempla.

Procede mantener el requerimiento acordado en los aspectos números 2.º y 3.º, en cuanto, al ir referidos a cuestiones propias del ejercicio de la patria potestad, cualquiera que sea la vía procedimental por el que venga encauzada la solicitud, una vez concedida autorización, no es el pronunciamiento recurrible en méritos a lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, sin perjuicio de que se acomode la instrucción y la prevención al marco de lo que es razonable, excluyendo las cuestiones de sentido común, como pueda ser la relativa al modo en el que debe lavarse un ojo (folio 34 de autos), o a la administración de un simple calmante en patologías que no presentan mínima gravedad (apiretal para un dolor puntual, a título de ejemplo, de haberse comprobado en anteriores tomas que no se derivaba de ello problema alguno), o la visita a un podólogo.

Se ha de revocar el dissenido en lo que afecta al número 4.º, toda vez que las circulares en

cuestión podrán ser solicitadas directamente por la madre en el centro, como titular de la patria potestad igual que el padre, y como esta guardadora en sistema compartida alternativa.

Se ha de mantener el requerimiento de la solicitud número 5.º como expresamente convenida en el punto d) de la cláusula tercera del convenio regulador suscrito por los litigantes a 9 de septiembre de 2010, si bien precisando que la visita en tal caso, habrá de producirse en un horario razonable, y siempre que no se perturbe la paz del menor Lucas, hijo común de los litigantes.

Procede la revocación respecto del número 6.º, al implicar una impropia intromisión de la madre en las funciones parentales de la contraparte, y lo mismo cabe decir respecto del duplicado de la tarjeta de Sanitas, y firma de documentos de acceso a cuenta bancaria, sin perjuicio de que aquellos se interesen directamente por la madre de la propia entidad. Ninguno de estos aspectos se comprenden en el título de la presente ejecución, que en sus estrictos términos no los contempla.

Finalmente en orden a la comunicación del número de teléfono, le consta a la madre cumplidamente, y así se acredita de contrario con la documentación que aporta a su escrito de oposición a la ejecución despachada, por lo que también en este punto se estima el recurso, no así en lo que afecta a dirección de estancias vacacionales, que deberá ser comunicada, sin que quepa aducir derecho a la intimidad, que ya la parte se represento a la hora de suscribir el convenio regulador de los efectos de su divorcio.

Todo ello sin perjuicio de que para lo sucesivo, las cuestiones relativas a la patria potestad, se sometan por las partes a consideración de la Juez «a quo» para su examen y autorización, por la vía del artículo 156 del Código Civil, en el marco de un proceso de jurisdicción voluntaria, al ser la patria potestad de ejercicio conjunto, por lo que, cualquier discrepancia entre los progenitores deberá ser resuelta en dicha vía, sin posibilidad de recurso, y no en sede de un juicio de ejecución de título judicial, especial y sumario, en el que las cuestiones suscitadas carecen de trascendencia, suficiente rigor y entidad.

En efecto, no pueden ser aquí en su totalidad atendidas las numerosas quejas y recriminaciones que plantea la demandante, en un juicio de ejecución de título judicial, siendo conveniente que las partes limen asperezas y acerquen posturas, en interés y beneficio de su hijo, menor por completo normal y no afectado de patología seria alguna, respecto del cual las informaciones han de versar sobre asuntos de trascendencia, más allá de lo cotidiano en el orden común, como es el caso de una visita al podólogo o una revisión odontológica rutinaria, sin que, como se ha dicho y reitera, sea dable exigir presencia conjunta en la misma de ambos progenitores, como acontecía en tiempos de convivencia pací-

ca, evitando continuas injerencias de cualquiera de ellos en la esfera íntima del entorno del otro.

Por lo expuesto, no se comparte totalmente el criterio de la Juez «a quo», siendo procedente la anunciada estimación parcial del recurso, con revocación, también en parte, del auto apelado, para dejar sin efecto algunos de los requerimientos realizados al ejecutado, cuales son los antes dichos, sin perjuicio de que las partes, en coyuntura de desacuerdo sobre los aspectos relativos al menor que versen sobre patria potestad, acudan a la Juez, quien, después de oír a ambos, y en su caso al niño si tuviera suficiente juicio, atribuya sin ulterior recurso a uno u otro la facultad de decidir (artículo 156 del Código Civil).

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

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Carnerero Parra**

El principal pronunciamiento que se impugna por la parte recurrente es el del mantenimiento de la patria potestad compartida, al entender que concurren circunstancias suficientes para que opere la privación de tal derecho para el padre, por su desatención económica y afectiva hacia su hija prácticamente desde su nacimiento.

Se plantea un primer problema de naturaleza procesal, pues esa petición no se contenía en el escrito de demanda de la hoy apelante, solicitando exclusivamente en el apartado fáctico séptimo, al que se remitía el suplico final, la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre, pero sin petición relativa a la patria potestad que, por ley, ha de ejercerse de manera conjunta por los dos progenitores. Aunque en el acto de la vista la parte demandante alegó que ello se debió a un error material, interesando su subsanación en ese momento, de modo que la patria potestad se le atribuyese en exclusiva; la juzgadora en su resolución rechaza la posibilidad de

acceder a ello porque «...tal pedimento en el acto del juicio es extemporáneo, en cuanto supone una alteración sustancial de las pretensiones de la demanda, o al menos de una de ellas, lo que aparece proscrito por el art. 426 LEC, que lo único que permite es hacer alegaciones complementarias en relación a lo expuesto de contrario o hacer alguna aclaración de sus pretensiones o rectificar extremos secundarios, sin alterar éstas, ni sus fundamentos». Este motivo desestimatorio no ha sido objeto de una impugnación expresa en el recurso de apelación; lo que ya de por sí supondría un óbice procesal para cambiar el fallo judicial.

No obstante, y con ser cierto el argumento judicial, que ni siquiera se alteraría por la falta de rigurosidad que rige en los procesos de familia, dado que no existen hechos ni alegaciones nuevas entre el escrito de demanda y el acto del juicio; es lo cierto que estamos ante cuestiones de orden público en las que, por su naturaleza, tampoco son vinculantes las

posiciones de las partes para el tribunal resolutorio, al tener que primar sobre todo el interés de lo que resulte mejor para el menor, por lo que ha sido acertada la posición de la jueza a quo de entrar a resolver sobre el fondo del planteamiento.

Y en este sentido, también se comparten los razonamientos que le conducen a no adoptar una medida tan restrictiva y perjudicial, no sólo para el demandado, sino también para su hija. Aun cuando declare como probado que el padre se ha desentendido económica y afectivamente de su hija, no existe prueba de que el interés de ésta aconseje que se acuerde la privación de sus facultades de patria potestad, no existiendo constancia de en qué medida le causa un perjuicio a la menor que su padre siga ostentando la patria potestad sobre la misma.

Es más, lo que se ha probado es que esa falta de atención ha derivado de un problema de drogadicción en el que ha estado metido el Sr. Juan Manuel durante ese tiempo; pero existiendo prueba, a la que se ha dado crédito por la Juzgadora, de su voluntad de superación con éxito actual. No sólo se produce un cambio de circunstancias y de actitud del padre al acreditarse que lleva bastante tiempo sin consumir drogas, sino también por el cumplimiento que ha venido haciendo recientemente de sus obligaciones afectivas y económicas hacia su hija.

En consecuencia, asumiendo los fundamentos de la sentencia, no procede en esta resolución excluir del ejercicio de la patria potestad al padre de la menor, por cuanto no concurren en la actualidad las causas excepcionales que justifiquen su necesidad.

GUARDA Y CUSTODIA

Las relaciones entre los padres no parecen las más adecuadas para establecer la custodia compartida habida cuenta de las serias desavenencias que presentan. No en vano, consta que durante el proceso de ruptura se vieron envueltos en un procedimiento ante el Juzgado de Violencia y que vivieron un episodio de tensión considerable como consecuencia de la decisión de cambio de centro escolar de las menores.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Durban Sicilia**

La sentencia de apelada establece las medidas que han de regir las relaciones entre los litigantes y sus hijas menores de edad tras la ruptura de la convivencia de los primeros. En particular, establece que ambos progenitores seguirán ejerciendo de manera compartida la patria potestad sobre sus dos hijas menores de edad (nacidas el NUM003 –2004); que la madre asumirá la guarda y custodia y que el padre se relacionará con los menores mediante el régimen de visitas que al efecto detalla. De igual modo, dispone que el padre contribuirá al sostenimiento de las menores mediante el pago de 200 euros al mes por cada una de ellas, más el

cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios. Finalmente, atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar a las menores y a la madre custodia.

Frente a la misma se alza el recurso del demandado, D. Gervasio, alegando error en la apreciación e interpretación de la prueba e interesando su revocación en lo que atañe a la denegación de la guarda y custodia compartida y, de manera subsidiaria, en lo concerniente al uso y disfrute de la vivienda familiar. Por su parte, la actora, D.ª Eufrasia, y el Ministerio Fiscal interesan la confirmación de la resolución apelada.

Vistas las alegaciones del recurso, hemos de recordar que la acogida del error valorativo exige que aparezca evidenciado de modo directo, patente e inequívoco y sin necesidad de acudir a la formulación de hipótesis, conjeturas o deducciones. Ello es así porque la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que, si bien pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza –principio dispositivo y de rogación–, en forma alguna pueden tratar de imponerlas a los juzgadores (STS de 23-9-96), ya que no es lícito sustituir la valoración de toda prueba que realiza el Juzgado de instancia por la valoración interesada que pueda realizar la parte recurrente (STS de 7-10-97). Y, si bien la apelación transfiere al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, la misma debe quedar reducida a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez «a quo» de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

Así, se plantea en el presente litigio el problema de determinar si la sentencia de primera instancia evidencia de modo directo, patente e inequívoco un error de valoración de las pruebas practicadas. Es decir, si la valoración del Juez de instancia es errónea, ilógica o conculca preceptos legales o, en fin, si ha existido un ataque manifiesto a las reglas del derecho o de la lógica y la motivación de la sentencia recurrida es manifiestamente anómala o absurda en todo aquello que es de relevancia para lo que es objeto del proceso.

Partiendo de estas premisas, el examen de las actuaciones pone de manifiesto a juicio de este Tribunal que, sin grandes esfuerzos deductivos, la respuesta a los interrogantes apuntados es clara y evidente: la sentencia que ahora se recurre contiene una motivación probatoria lógica, razonable y adecuada a derecho, por lo que debe mantenerse el criterio sentado por la Juez a quo, conforme a lo que seguidamente se razona.

El artículo 92 del Código Civil establece en su apartado 5, como regla general, que la guarda y custodia compartida sólo puede ser acordada

cuando exista acuerdo entre las partes. Excepcionalmente, el apartado 8 permite constituirla sin dicho acuerdo, a instancia de una de las partes, «fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, que ha declarado inconstitucional la exigencia de que el informe emitido al efecto por el Ministerio Fiscal sea favorable, insiste en el carácter excepcional de la previsión contenida en este último apartado. Además, tras recordar que «el legislador del año 2005 (...) ha autorizado al Juez para que, a pesar de la oposición de uno de los progenitores (y, por tanto, con quiebra del principio general de pacto que inspira la reforma), pueda imponer la custodia compartida», insiste en que la decisión debe estar presidida por el interés del menor (favor filii). En sus propias palabras, «una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional», de manera que «debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor».

Partiendo de estas consideraciones, es obvio que la pretensión del recurrente no puede prosperar. Las relaciones entre los padres (artículo 92.6 CC) no parecen las más adecuadas para establecer la guarda y custodia compartida, a la vista de las posiciones defendidas en el procedimiento y de las serias desavenencias que presentan. No en vano, consta que durante el proceso de ruptura se vieron envueltos en un procedimiento ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer (como documento número 3 de la demanda se aporta una orden de protección). Consta igualmente que vivieron un episodio de tensión considerable como consecuencia de la decisión de cambio de centro escolar de las menores, según la documental aportada con el recurso.

Por otra parte, no se ha practicado prueba pericial consistente en dictamen de especialistas (prueba a la que expresamente alude –por su evidente interés– el artículo 92.9 CC) que sugiera la conveniencia de optar por la guarda y custodia compartida en interés de las menores.

En estas circunstancias, la Sala comparte el criterio de la juzgadora de instancia al rechazar

la pretensión de establecer una guarda y custodia compartida, sin perjuicio de que en el futuro se pueda volver a plantear la cuestión ante un cambio de las circunstancias.

La petición alternativa de que se atribuya al Sr. Gervasio el uso y disfrute de la vivienda familiar tampoco puede ser acogida en esta alza-

da. Con independencia de que la Sra. Eufrasia disponga o no de otras viviendas (de su familia, según se alega) y de que la vivienda atribuida sea propiedad exclusiva del Sr. Gervasio, el artículo 96 del Código Civil es determinante: en defecto de acuerdo, el uso y disfrute de la vivienda familiar corresponde a los menores y al progenitor en cuya compañía queden.

Una modificación legislativa no es un cambio fáctico que incida en las que las medidas que en su día se acordaron y ha resultado probado que la situación de la menor, actualmente de 9 años de edad, es positiva, y que la custodia materna se ha desarrollado sin incidencias, por lo que no procede establecer la custodia compartida.

AP Tarragona, Sec. 1.^a, Sentencia de 21 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor**

Se interpone recurso de apelación por el actor en que solicita la revocación de la sentencia de la instancia, que no da lugar a la modificación de medidas, o subsidiariamente, de fijar la guarda en el padre, se establezca distinto régimen de visitas, y pensión de alimentos.

El apelante insiste en esta alzada en sostener su pretensión en que se modifiquen las medidas definitivas acordadas en sentencia de fecha 18 de septiembre de 2009 (autos núm. 538/2009) en el que se estableció de común acuerdo por los litigantes que la hija común, actualmente de 9 años de edad, permaneciese bajo la custodia de la madre, y con un régimen de visitas los fines de semana alternos, dos tardes intersemanales, y vacaciones escolares por mitad, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudieran llegar los padres sobre estos extremos.

La pretensión modificativa se basa en la vigencia de una nueva regulación en la materia, Llei 25/2010, del 29 de julio, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la

familia, que pasa a establecer la custodia compartida como criterio de atribución de la misma en un sentido diferente al regulado con anterioridad, e invocando resoluciones de este tribunal en que se acuerda dicha modalidad.

El recurso debe ser rechazado ya que un cambio legislativo no es un cambio fáctico que incida respecto de la situación en la que fueron acordadas las medidas que ahora se pretenden modificar y ha resultado probado en autos que la situación de la menor, actualmente de 9 años de edad es positiva, el sistema acordado por los padres se ha desarrollado sin incidencias y que entre ambos existen diferencias, no por el hecho de la crisis en su relación, sino en la forma y criterios de educación de la hija, que como bien pone de manifiesto la sentencia recurrida dificultan el correcto desarrollo de la custodia compartida, como también lo dificulta la escasa aptitud del padre para atender a la menor y su falta de disponibilidad material para ello, lo que hace, en interés de la menor, que se mantenga el régimen fijado en su día.

Respecto de las discrepancias en el estilo educativo, no pueden minimizarse sus consecuencias, pues estas discrepancias pueden estar entorpeciendo un desarrollo psicosocial adecuado por parte de los menores: Hay indicadores de una posible dificultad por parte del padre para hacer cumplir normas y poner límites a los menores, así como para ayudarles a que aprendan su importancia, aspecto que puede afectar negativamente a su desarrollo psicosocial, pro lo que debe descartarse la custodia compartida.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 17 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

La sentencia es recurrida por la representación del demandante, que insiste en las razones alegadas en su demanda y manifiesta que en materia educativa las diferencias que el perito psicólogo aprecia referente a la diferencia de sistemas educativos entre los progenitores (mas permisivo el del padre), no pueden ser motivo para privar al padre de la custodia compartida, alegando que ambos sistemas son válidos. Insistió también en la modificación de sus circunstancias económicas.

La demandada y el Ministerio Fiscal pidieron la confirmación.

Para resolver la pretensión del recurrente referente a la custodia compartida, debe tenerse en cuenta que el art. 92 CC dispone que, cuando no haya acuerdo en los progenitores, se puede acordar este tipo de custodia solo cuando así se proteja adecuadamente el interés del menor. El TS tiene declarado, por ejemplo en sentencia de 1.10.10, que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, que debe basarse en razones objetivas; En la posterior sentencia de 25 de abril de 2011 indica «... las decisiones tomadas hasta el momento para la guarda y custodia de la menor hija de la recurrente pueden ser modificadas cuando se demuestre que resulta conveniente al interés de la niña un régimen u otro de visitas y guarda y custodia, puesto que en este punto la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por esta Sala en sentencias recientes (ver

SSTS 31 julio y 28 septiembre 2009, 11 marzo y 1 octubre 2010 y 11 febrero 2011, entre otras)».

Nada obsta a que, habiéndose dispuesto la custodia materna, pudiese modificarse la misma, estableciendo una custodia compartida, en interés de los hijos menores, si se acreditan circunstancias nuevas que indiquen que el interés del hijo menor está mejor atendido con este sistema de custodia.

Sin embargo, la prueba practicada en el procedimiento, más allá del lógico deseo del progenitor, no permiten dar respaldo a la posición del demandante, pues los resultados del informe pericial, en el que se basó fundamentalmente la decisión de instancia son claros. Respecto de las discrepancias en el estilo educativo, no pueden minimizarse sus consecuencias, como pretende el progenitor, pues señala el perito que estas discrepancias pueden estar entorpeciendo un desarrollo psicosocial adecuado por parte de los menores. En su informe se indica que el progenitor ha mostrado una capacidad adecuada para satisfacer las necesidades afectivas y de ocio de los menores, pero hay indicadores de una posible dificultad por su parte para hacer cumplir normas y poner límites a los menores, así como para ayudarles a que aprendan su importancia, aspecto que puede afectar negativamente a su desarrollo psicosocial. Por parte del progenitor hay tendencia a un estilo parental con características permisiva y por parte de la progenitora tendencia a un estilo parental inductivo y algo restrictivo, posiblemente, por las conductas de desobediencia y escasa atención a las normas por parte del hijo de mas edad (11 años), exis-

tiendo una discrepancia muy importancia entre ambos estilos, que han requerido diversas intervenciones psicosociales, sin éxito. Por otra parte, se apreciaron por el perito indicadores de que la motivación del progenitor podría obedecer al deseo de estar mas tiempo con sus hijos y por otra parte, con aspectos que no parecer tener que ver con el interés superior de los menores. Además, el perito indicó (y es un aspecto muy importante a tener en cuenta) que los menores

presentan cierta desadaptación principalmente a nivel personal, lo que requiere la mayor estabilidad familiar posible. El informe pericial fue claro y contundente en cuanto descartar la custodia compartida como opción, al no darse condiciones para que pueda funcionar y favorecer el desarrollo psicosocial de los hijos y puede reforzar sus conductas de desobediencia. En consecuencia, procede mantener la sentencia en este punto.

No puede reputarse el traslado de lugar de residencia de innecesario o caprichoso dadas las circunstancias personales de la madre que sólo tenía como vínculo de unión con Sevilla a su marido teniendo toda su familia en Santander, contando en esta ciudad con apoyo familiar y de amistades que le ha permitido tener ofertas de trabajo y acceder al mercado laboral, encontrándose los menores integrados en esta ciudad.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 17 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

Con relación a la atribución de la guarda y custodia de los menores hemos de tener en consideración, que, como hemos declarado en reiteradas ocasiones, cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores del matrimonio ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para el menor («favor filii»), y por lo tanto prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores, pues así lo dispone el artículo 92 del Código Civil, norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad respecto de los hijos. En este sentido declara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 2003 que en estos supuestos a lo que ha de atenderse es al mayor beneficio del menor, al que, en los casos de crisis y separación de sus padres, se les coloca en una posición difícil de optar por uno u otro, por lo que, a falta de acuerdo común, la Ley traspasa al Juez la siempre difícil solución de decidir cual de los progenitores ha de asumir el cuidado y custodia (artículo 159). En el presente caso, tras el

examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala sino confirmar el criterio de la sentencia apelada, teniendo en cuentas las circunstancias personales de los progenitores que se describen en los diversos informes periciales aportados y aún cuando pueda ingerirse de ellos que ambos progenitores son personas idóneas para el ejercicio de la guarda y custodia de sus hijos, el informe del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados es contundente al concluir que es la madre quien exhibe una mejor capacidad e idoneidad para el afrontamiento de las responsabilidades parentales», por lo que el examen de los informes aportados aconseja que la guarda y custodia de la menor sea ejercida por la madre, como de hecho viene haciendo desde la separación de hecho de los cónyuges sin que pueda estimarse acreditada circunstancia alguna que justifique un cambio en esta medida.

Por lo que respecta al cambio de domicilio de los menores por traslado de la madre a la ciudad de Santander, es cierto que el interés personal de los padres y el ejercicio del derecho

de libre elección del lugar de residencia debe ceder frente al interés superior de los menores que se verían perjudicados por el alejamiento físico respecto de su padre y de la familia paterna, por lo que habrá de determinarse si el cambio de residencia puede reputarse de innecesario o caprichoso y si los perjuicios derivados del mismo aconsejan un cambio en la atribución de la guarda y custodia de los menores. En el presente caso, como perfectamente se declara en la sentencia apelada no puede reputarse el traslado de lugar de residencia de innecesario o caprichoso dadas las circunstancias personales de la Sra. María Rosa que sólo tenía como vínculo de unión con Sevilla a su marido teniendo toda su familia en Santander, contando en esta ciudad con apoyo familiar y de amistades que le ha permitido tener ofertas de trabajo y acceder al mercado laboral, encontrándose los menores integrados en esta ciudad como consta en los informes del centro escolar aportados en esta segunda instancia, y en el informe del equipo psicosocial que concluye afirmando que «el cambio de domicilio en principio no parece que pueda suponer ningún perjuicio especial para

los pequeños más allá de los propios a cualquier traslado de domicilio» así como que «no parece que los menores se encuentren traumatizados por el traslado a Santander ni parece tampoco que la figura paterna haya sufrido un innecesario ni caprichos el cambio de residencia familiar ni que causa a los menores un perjuicio que pudiera determinar un cambio en la atribución de la guarda y custodia que igualmente supondría un alejamiento de los menores respecto de su madre, procede la desestimación de este motivo del recurso interpuesto, confirmando igualmente el pronunciamiento relativo al régimen de visitas y comunicaciones del padre con los menores que dada la distancia entre los lugares de residencia se limita a los fines de semana alternos además de los puentes escolares que lógicamente habrán de referirse a los festivos en la Comunidad Autónoma de Cantabria en los que los menores tendrán vacaciones escolares pero habrá de tenerse en cuenta, así como respecto del horario en las visitas de fines de semana, la posibilidad de cumplimiento en función de las obligaciones laborales del progenitor, debiendo comunicarlo con la suficiente antelación.

No hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre pues es la figura de referencia, tiene un superior vínculo afectivo con sus hijos, se ha implicado en un porcentaje muy superior en las cuestiones diarias de los menores y es una madre favorecedora de la relación paterno-filial.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 12 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García -España**

Respecto de la custodia compartida debe recordarse que la Ley de Custodia Compartida Valenciana, que entró en vigor el 5-5-2011, fue suspendida con fecha 4-7-2011, alzándose la suspensión el día 3-12-2011, con lo cual, desde el día 4 de julio hasta el día 3 de diciembre del año 2011 no podía aplicarse, lo que implica que al interponerse la demanda que dio lugar a los presentes autos —el 12-4-2011— al no estar en vigor no podía aplicarse la citada ley, y, en consecuencia, debe dilucidarse la petición de custo-

dia compartida por las normas del Código Civil, pero no por las de la Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana.

Así las cosas, en el caso de autos, respecto de la citada custodia compartida debe recordarse que la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que aparece publicada en el BOE núm. 163, de 9 de julio, contiene novedades sustanciales, algunas de ellas controvertidas, en materia de

Derecho de Familia, entre las que se encuentra la posibilidad de acordar la custodia compartida, bien los propios cónyuges en el convenio regulador de los efectos de su ruptura, lo cual no es una novedad en absoluto, bien el Juez al tener que resolver en caso de desacuerdo de los cónyuges siempre que sea solicitado por uno de éstos, lo cual tampoco constituye una novedad, pues en efecto ha debido resolver siempre que se le ha solicitado, otra cosa distinta es el contenido de su resolución, que en efecto y en caso de desacuerdo de los cónyuges ha sido siempre desfavorable a su establecimiento, por lo menos por lo que a esta Sala se refiere. En consecuencia, no constituye, pues, novedad real, pero sí lo constituye el que se regule legalmente como forma alternativa de custodia, pues lo cierto es que el Código Civil hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia ha sido creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes.

En todo caso, la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos. En este sentido, mientras el número 5 del art. 92 establece el que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su número 8 establece el que aún sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias: 1.º Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal; 2.º Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, 3.º De la misma forma que cuando es solicita por ambos cónyuges el Juez antes de acordarla, de oficio o a instancia de parte podrá recabar el dictamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida (art. 92.9). Finalmente se denegará siempre la custodia compartida cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e in-

demnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Asimismo, en el caso de autos, debe decirse que el desarrollo argumental de dicho motivo y la correlativa oposición al mismo por parte de la esposa, hace poner de relieve la siempre complejidad que revisten las cuestiones como las suscitadas que exige partir de los presupuestos axiológicos en los supuestos de crisis matrimonial. Con este sentido ha de acudirse al párrafo 2 del art. 92 CC. que establece que, las medidas judiciales como el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos». Dicho beneficio para los menores ha de entenderse, en relación a la determinación de la guarda y custodia, con el interés judicialmente protegible en que ésta era atribuida al progenitor con el que conviven habitualmente y cuya convivencia les permita un mejor desarrollo psico-afectivo, por un lado, y socio escolar, por otro. Instrumentándose el régimen de visitas, como un mecanismo complementario para dicho desarrollo integral, mediante el mantenimiento de las relaciones afectivas que unen a los hijos menores con el progenitor con el que no conviven en el domicilio familiar.

De lo expuesto, cabe afirmar que dicho interés constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés de los menores no siempre tiene que coincidir con lo que estos consideren que es mejor para ellos, también lo es que es al juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cual es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés.

En definitiva, a la hora de decidir a cual de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que

han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya dijo la s. TS 9-3-89, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad», pronunciándose en el mismo sentido las ss. TS 5-10-78, 11-10-91 y 12-2-92, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante, «favor filie» (arts. 92, 103, 154, 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas, «siempre en beneficio de los hijos», como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados.

Principio este, igualmente reconocido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia, como son: La Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29-5-87 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que, «en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos...» y el Consejo de Europa en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños, de 1980, basa su contenido en que, «la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés de los niños».

Pues bien este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico –derecho francés, son besoin

de paix, de stabilité, de tranquillité...c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre aupremier rang»— o al amplio concepto de bienestar aplicando el, «Wellfare principle» anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor.

Ahora bien en el ámbito de los procesos familiares habrá de ser el juez por imperativo legal, y en cuanto a los criterios a seguir, habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importante, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor.

A la vista de la anterior doctrina no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre no solo por el contundente informe del gabinete obrante en autos sino, asimismo, por cuanto, de lo actuado, se desprende que la madre la figura de referencia, tiene un superior vínculo afectivo con sus hijos, se ha implicado en un porcentaje muy superior en las cuestiones diarias de los menores, y es una madre favorecedora de la relación paterno-filial, y ello considerando probados, en esencia, los siguientes hechos:

- a) La principal figura de referencia para los menores y con quien tienen el vínculo afectivo primario es su madre (perito judicial).
- b) El progenitor que más implicado ha estado en las cuestiones relativas al menor ha sido la

madre, explicado por la lógica de que nacieron el NUM000 -2001 y el NUM001 -2007 los padres se separaron de hecho en agosto de 2010, contando los menores 8 años el mayor y 3 el pequeño.

c) La madre desde que nacieron sus hijos ha sido la persona que más se ocupaba del día a día de ellos, y ha estado mucho más tiempo con sus hijos.

d) Los menores, desde la separación de sus padres, han estado conviviendo con la madre y han asumido su situación personal, a lo que la madre le ha ayudado mucho, encontrándose muy estables a nivel emocional (perito judicial).

Todo ello lleva a la Sala a mantener la sentencia de instancia respecto a la custodia al ser lo más conveniente para los hijos.

En el entorno paterno han alcanzado los hijos el grado adecuado de estabilidad doméstica, encontrándose cómodos en esta unidad de convivencia y adaptados en su entorno residencial, sin referir problemas de relación. El deseo del mayor de los hijos es continuar conviviendo con el padre, y la hija menor en modo alguno siente rechazo a la figura paterna, por lo que el mero hecho de que sienta añoranza ante la falta de convivencia con la madre, no determina sin más que se conceda la custodia a la madre.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 11 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández

Valorando convenientemente la prueba practicada, es lo cierto que no existe ningún motivo para revocar el pronunciamiento relativo a la custodia, según viene establecido en la sentencia apelada, y otorgada al padre.

Las razones en las que se funda la recurrente no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia, cuya valoración de la prueba propuesta y practicada, además de obtenida a través del principio de inmediación, del que solo participa la Sala limitadamente mediante el examen del soporte audiovisual que documenta la vista celebrada en las actuaciones a 8 de julio de 2011, no ha sido desvirtuada y es compartida en esta alzada, en atención a que en el supuesto de autos se revela que en el entorno paterno han alcanzado los hijos el grado adecuado de estabilidad doméstica, encontrándose cómodos en esta unidad de convivencia y adaptados en su entorno residencial, sin referir problemas de relación con su grupo de iguales, ni detectarse carencias en este ambiente, más allá de rasgos de tristeza que derivan de la propia situación de crisis familiar.

Con esta opción de custodia en modo alguno se descalifica a la recurrente como madre, en

quien reconocemos igual capacidad que en el padre para el ejercicio responsable de cuantas funciones conlleva la guarda, ni para adoptar tal decisión se tiene en cuenta la tensión que preside la relación interprogenitores y la conflictiva penal, que en nada ha de proyectarse hacia los hijos, simplemente se trata de seleccionar la alternativa de guarda más adecuada para ellos, evidenciándose en este supuesto que lo es la paterna, a la vista de las pruebas practicadas en la instancia.

En el padre, adulto por completo normalizado psicológicamente, e implicado en el cuidado de sus hijos, tampoco se evidencian indicadores negativos ni patologías, ni ha incurrido en negligencias o descuidos en los cuidados que prodiga a los hijos, sin que la recurrente alegue, no decimos ya acredite, perjuicio o perturbación que para los menores derive de la permanencia en el entorno paterno, que cuenta además con la indudable ventaja que reporta la ayuda de parientes extensos, abuela materna de Víctor y Celia, con otra más adicional que deriva de la mayor disponibilidad horaria del padre, a diferencia de la madre, por las características de los puestos de

trabajo que cada uno desempeña, dados los turnos rotativos que ha de realizar D.^a Nuria.

En el supuesto de autos se ha emitido dictamen pericial psicosocial a 5 de mayo de 2011, por las profesionales Psicóloga y Trabajadora Social integrantes del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, el que obra a los folios 330 a 338 de autos, Tomo II, en el que se recomienda, como más beneficioso a los menores, mantener la guarda y custodia paterna.

Meritado informe fue ratificado en el curso de la vista, en la que la Psicóloga que lo suscribió puso de manifiesto el deseo del mayor de los hijos de continuar conviviendo con el padre, con quien se muestra más cercano y a quien reconoce como figura de autoridad y referencia, percibiendo en él un estilo educativo afectivo, por ello, presentando Víctor un adecuado desarrollo evolutivo, su voluntad no debe ser contrariada sin razones serias y de peso que lo justifiquen, en cuanto pudiera vivir el cambio como una imposición judicial no deseada, lo que es improcedente y contraproducente, debiendo seguirse la recomendación del Código de no separar a los hermanos, problemática esta ni siquiera suscitada, y cuando Celia en modo alguno siente rechazo a la figura paterna, por lo que el mero hecho de que sienta añoranza ante la falta de convivencia con la madre y perciba a esta más implicada en su educación y cuidado, no determina sin más a estimar el recurso, pues ningún riesgo o perturbación supone para ella la custodia paterna.

No es dable, en otro orden de cosas, variar ahora el sistema de guarda en función de conjeturas de futuro incierto, atendemos al presente y a lo previsible en lo inmediato, en lo próximo a corto y medio plazo, sin perjuicio de que se acuda al proceso de modificación de medidas por los cauces procedimentales del artículo 775 de la

Lec, de alterarse sustancialmente las circunstancias y acreditarse beneficioso a los hijos un cambio de guarda, ya compartida alternativa, a la que las peritos informan ha de tenderse, ya incluso exclusiva para la madre, si ello se evidencia más beneficioso, cuando los hijos en el momento presentan un adecuado nivel de adaptación post-ruptura conviviendo con el padre, desconociéndose cual fuera a ser la situación y proceso de adaptación al cambio, procurando que a Víctor y Celia les afecte mínimamente la crisis matrimonial, y que su vida continúe de la manera más parecida a como era antes de la ruptura de sus padres, por resultar para ellos lo más beneficioso, dando preferencia a su interés, dejándoles al margen de la tensión que preside la relación de los padres, tensión en la que no se les puede ni debe involucrar.

En definitiva, carecemos de toda razón para sustituir el criterio objetivo e imparcial de la Juez «a quo», por el subjetivo e interesado de la parte, lo que conduce a la desestimación del motivo principal de recurso, con confirmación de la disidencia en el aspecto relativo a la custodia, al ser modulado, cauteloso y prudente, máxime cuando ello, no supone pérdida de la relación afectiva, vínculo y apego de los hijos y su madre, que queda adecuadamente garantizado a través de los contactos amplios que con la misma se mantienen, lo que permite afirmar que en la práctica, en el devenir diario de su vida, cuentan con la presencia por igual de uno y otro progenitor, por más que los repartos de tiempo no sean al 50 % entre los dos.

La desestimación de la pretensión de guarda, hace decaer por derivación cuantas a la misma hubiere anudado la recurrente, como visitas a favor del padre, o pensiones de alimentos a su cargo, sin que respecto de ellas proceda pronunciamiento alguno.

Debe respetarse la decisión del menor de trece años de convivir con su padre, lo cual constituye un cambio de circunstancias, sin que haya base para calificar esas manifestaciones de un simple capricho cuya acogida pudiera perjudicarle sino que, por el contrario, se manifiesta esa voluntad de una forma reflexiva y seria.

AP Málaga, Sec. 6.^a, Sentencia de 3 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María de la Soledad Jurado Rodríguez

Se inicia la presente litis mediante demanda formulada por D. Narciso el 1 Septiembre 2010 en la que solicita que, con modificación de las medidas acordadas en convenio regulador suscrito el 26 Septiembre 2005 y aprobado en sentencia de divorcio dictada el 27 Diciembre 2005, se otorgue al demandante la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, Guillermo, de doce años en ese momento, y que desde el divorcio de los progenitores había permanecido bajo la guardia y custodia de la madre, fundamentando tal modificación en ser ese el deseo del menor, pretensión que es estimada por la sentencia de instancia de 5 de Abril de 2011 al considerar acreditado que, estando ambos progenitores capacitados para cuidar de su hijo, el firme deseo de éste es vivir junto a su padre, habiendo quedado acreditado también que en ese entorno el menor va a estar atendido perfectamente. Frente a esta sentencia interpone recurso de apelación la demandada, madre del menor, a fin de que se dicte sentencia revocando la de instancia no accediendo al cambio de guarda y custodia a favor del padre, pretensión que fundamenta en la indebida aplicación del artículo 90 CC en relación con el artículo 217 LEC toda vez que no ha habido cambio sustancial alguno en la circunstancias existentes cuando se produjo el divorcio de los litigantes, requisito ineludible para que proceda la modificación de medidas obedeciendo mas bien su solicitud a un capricho del menor fomentado por el padre, basando la sentencia recurrida la estimación de la demanda tan solo en la prueba de exploración del menor, yendo la medida adoptada en perjuicio del hijo por los cambios radicales que conlleva en cuanto a entorno familiar, colegio y amigos, además de suponer una separación de su hermana mayor.

Tiene reiterado esta Sala que el carácter tuitivo y protector de los menores que posee nuestra legislación civil, hace que dentro de su concreto ámbito no rijan los principios dispositivos, de aportación de parte y de justicia rogada, rectores de las relaciones jurídico privadas pero inaplicables a estos supuestos, por eso, la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (artículos 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla «ex officio» a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en

cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado, y este carácter de la legislación española se acomoda a la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, en cuyo articulado parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño —expresión ésta que se repite reiteradamente a lo largo del texto—, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que «su preocupación fundamental será el interés superior del niño», declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. Tales criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y en esta línea de «favor filii», está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, teniéndose en cuenta que el artículo 92 del Código Civil establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, siendo ésta la única norma a la que ha de atenderse a la hora de atribuir la custodia a uno u otro progenitor.

Partiendo de estos principios, constituye ya criterio de esta Sala que no todo parecer o deseo de un menor de edad puede calificarse de capricho, y que como tal, no merece ser atendido, criterio que también se recoge en nuestras normas positivas cuando el artículo 92. 2 del Código Civil impone al Juez la obligación de velar por el cumplimiento del derecho de los niños a ser

oídos antes de adoptar cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que no hacen mas que recoger los principios de la citada Convención sobre los Derechos del Niño en cuyo artículo 12 no solo dispone el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, sino que también se proclama que deben tenerse en cuenta las opiniones del niño, y que con ese fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. En el caso enjuiciado, el menor plantea que su voluntad es la de irse a vivir con su padre manteniendo con su madre relaciones dentro de un régimen de visitas, lo que manifiesta a presencia judicial en la exploración practicada el 31 Marzo 2011, contando 13 años, y esta voluntad

del menor, además de deber ser respetada, constituye un cambio de circunstancias que justifica el cambio de medida solicitada en la demanda formulada en ese sentido por el padre del menor, sin que haya base para calificar esas manifestaciones de un simple capricho cuya acogida pudiera perjudicarle sino que, por el contrario, se manifiesta esa voluntad de una forma reflexiva y seria, por lo que supondría una infracción al ya expuesto principio favor filli obligar al niño a vivir separado de su padre, procediendo por ello la confirmación de la sentencia recurrida pues esta conclusión no queda desvirtuada por las resoluciones judiciales que ambas partes aportan en la tramitación del recurso al referirse a juicios de faltas o procedimientos de ejecución que no acreditan mas allá que la falta de entendimiento entre los progenitores ante el cambio de guarda y custodia del hijo.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se fija el régimen de visitas solicitado únicamente por el M. Fiscal a pesar de que el padre fue condenado por violencia de género.

AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Santisteban Ruiz

Conforme se expone en el escrito de interposición del recurso de apelación el único motivo de impugnación se refiere a error en la valoración de la prueba en relación con el régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia del padre don Balbino en relación con su hija Camino, nacida el día NUM001 de 2001, por cuanto que la misma tenía 11 años de edad y podría haber sido preguntada respecto de la relación o régimen de visitas para con su padre, que no había sido pedida ni por la parte actora ni por la demandada, sino por el Ministerio Público y sin contar con la opinión de la menor ni con el informe del equipo psicosocial, por lo que tratándose no de un proceso de divorcio común, sino de una situación de violencia doméstica, debían agotarse las mayores atenciones y precauciones posibles, sin que

el desarrollo de la personalidad y la referencia paterna en el presente caso pudiesen justificar la medida, ya que esta última no era un modelo de figura paterna a seguir.

Este régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia fue interesado por el Ministerio Fiscal en atención a la edad de la hija menor, que justificaba su participación en el proceso, habiéndose interesado un régimen de visitas progresivo a llevar a cabo en el PUNTO de ENCUENTRO con informes del mismo.

Vista la contestación a la demanda formulada por la representación de don Balbino, folios 419 y siguientes, ciertamente de manera concreta no se interesó ese régimen de visitas fijado la sentencia de instancia, aunque en el suplico de la demanda, folio 46 y folio 47, en relación con

el régimen de visitas se determinaba: guarda y custodia, respecto de las mismas no se oponían en relación con la demanda, en tanto en cuanto las menores siguiesen en situación de la guarda y custodia con la madre (primer punto del suplico de la demanda, folio 8), aunque la patria potestad había de ejercerse conjuntamente (en relación con el punto segundo del suplico de la demanda, folio 8), mientras que en el hecho segundo literalmente se exponía: «Desde entonces, la esposa ha estado viviendo en compañía de las hijas del matrimonio.

Todo ello por cuanto que el demandado fue condenado mediante Sentencia de fecha 3 de marzo de 2011 por un delito de Violencia sobre la mujer, a la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad 56 días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año y un día, prohibición de acercamiento a menos de 200 metros de Rosa, de su persona, domicilio, lugar de trabajo y lugares frecuentados, y de comunicarse con la misma por cualquier medio durante 18 meses, a computar desde el Auto de 4 de enero de 2010, Y otro delito de Violencia Doméstica a la pena de Trabajos en beneficio de la comunidad 56 días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año y un día, prohibición de acercamiento a menos de 200 metros de Marí Juana y de Camino, de su persona, domicilio, y lugares frecuentados, y de comunicarse con las mismas por cualquier medio durante 6 meses, a computar desde el Art de 4 de enero de 2010. Se adjunta la citada Sentencia como documento n» 4.

Ni que decir tiene que las hijas no quieren volver a estar en compañía de su padre, y de hecho no lo han estado, ni han querido estarlo desde que se produjo la denuncia. Por este motivo esta parte entiende que no es conveniente el establecimiento de régimen de visitas alguno, máxime si tenemos en cuenta la avanzada edad de las menores que ya tienen capacidad de decidir por sí mismas».

Por ello el Juzgador de instancia, en atención a la petición efectuada por el Ministerio Público, resolvió en su sentencia, y en relación con el régimen de visitas, en el sentido expuesto en su fallo en el punto tercero del mismo, anteriormente indicado.

En relación con ese punto tercero del suplico de la sentencia dictada por el Juzgador a quo en el segundo fundamento de derecho, folios 124,125 y 126, literalmente se exponía: «SEGUNDO.— De entre estas medidas no existe controversia sobre la atribución del domicilio familiar y el régimen de guarda y custodia de las menores hijas del matrimonio. y conviene recordar en cuanto al régimen de visitas, que, a la hora de adoptar medidas como la que nos ocupa, no puede atenderse con carácter primordial a los deseos o comodidades de los padres, sino al beneficio y estabilidad emocional de los menores, en aplicación del principio de «favor filii», que exige adoptar todas las decisiones relativas a los hijos en beneficio de estos, incluso aún cuando no hubieran sido expresamente pedidas por las partes, conforme declaran, entre otras, las SSTS de 27 de enero de 1998 y 2 de mayo de 1983. En parecidos términos, la STS de 17 de septiembre de 1996 señaló que el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al Juzgador, a todos los poderes públicos e incluso a los padres y ciudadanos de manera que han de adoptarse a aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias, según se desprende de la LO. 1/1996 que recoge el espíritu de las convenciones internacionales que vinculan a España (Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), interés del menor que debe prevalecer sobre un ejercicio «a fortiori» de la patria potestad, como apuntó la STS de 23 de febrero de 1999. Igualmente la STS de 2 de julio de 2001 reitera la consideración que ha de otorgarse al particular interés del menor. Por su parte, la STS de 17 de julio de 1995 afirma que, en interpretación de los artículos 92 y 94 del Código Civil, tales preceptos vienen a establecer unas facultades discrecionales del Juez para decretar las medidas que estime más oportunas en beneficio del menor, facultad únicamente limitada por aquellas circunstancias que demuestren un perjuicio evidente y grave, para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional de aquel. Se ha de recordar también que el régimen de visitas es una continuación o reanudación de la relación paterno filial «evitando la ruptura por falta de convivencia

de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos» (STS 9 de octubre de 1992), en cuanto deben ser conciliados distintos intereses protegibles, como son el del relativo al mantenimiento de la relación materno o paterno-filial (que se acrecienta y desarrolla a través del mutuo contacto), el derecho al desarrollo integral del menor (que se enriquece con dicho contacto), y el derecho de ese progenitor no conviviente a que se ponga en peligro esa relación debido a injerencias nacidas de las irreconciliables posturas de enfrentamiento que surgen entre aquellos como consecuencia de su separación fáctica.

En este caso, es evidente que el entorno materno y paterno y la profunda aversión que se tienen entre sí los cónyuges han impedido cualquier contacto del padre con las menores, teniendo en cuenta también que existió una condena del padre por malos tratos a las menores. Una vez concluido el periodo de alejamiento que le fue impuesto no se ha propiciado este encuentro, sin que el padre haya promovido la fijación de un régimen de visitas para con él o para con la familia paterna, y siendo evidente que la madre tampoco quiere este contacto, habiendo generado con su actitud un rechazo en las menores a la figura paterna. No obstante y conforme se solicita por el Ministerio Fiscal es conveniente que al menos la hija menor Camino tenga la posibilidad de recuperar la figura paterna y por ello se establece un régimen de visitas conforme al cual la menor Camino estará en compañía de su padre durante dos horas a la semana, a elección del padre, en el Punto de Encuentro familiar, quien supervisará las visitas y emitirá informes periódicos de su evolución cada tres meses, pudiéndose ampliar estos contactos a partir de los informes recibidos. La hija mayor podrá comunicarse libremente con el padre en función de su edad».

En relación con el régimen de visitas y conforme a lo dispuesto los artículos 92 y 94 del Código Civil, se hace referencia a la doctrina de el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a la cual se entiende que «El Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el artículo 8 implica el derecho de un padre a medidas adecuadas para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades internas de adoptarlas (ver, por ejemplo, Sentencias Ignac-

colo-Zenide contra Rumania [TEDH 2000, 14], núm. 31679/1996, ap. 94, TEDH 2000-1; Nuutinen contra Finlandia [TEDH 2000, 147], núm. 32842/1996, ap. 127, TEDH 200011). Sin embargo, la obligación para las autoridades internas de adoptar medidas a este respecto no es absoluta. La naturaleza y el alcance de éstas dependen de las circunstancias de cada caso, pero Iij: comprensión y cooperación del conjunto de personas afectadas constituyen siempre un factor importante. Aunque las autoridades deben esforzarse en facilitar dicha colaboración, la obligación para ellas de recurrir a la coerción en la materia no puede ser sino limitada: deben tener en cuenta los intereses, derechos y las libertades de estas mismas personas, y concretamente la supremacía de los intereses del niño y de los derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio. En la hipótesis de que los contactos con los padres corran' el riesgo de amenazar estos intereses o vulnerar estos derechos, corresponde a las autoridades internas velar por el equilibrio justo entre ellos (Sentencia 19naccolo-Zenide [TEDH 2000 14], previamente citada, ap. 94). (STEDH 29 abril 2003 [TEDH 2003, 15]).

Por tanto, es necesario conciliar el interés del menor con el derecho del progenitor en relación con el régimen de visitas, estando éste subordinado a aquél y siempre en beneficio del menor, de modo que este puede ser limitado o incluso suspendido si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejaran, o si se incumpliesen grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial (STS 21 julio 1993). También, debe tenerse en cuenta que una cosa es la difícil situación de la pareja, y otra muy distinta la situación en relación con los hijos menores, siendo ésta la que determina, en todo caso, y siempre en beneficio del menor, la suspensión o limitación del régimen de visitas y a determinar en cada caso concreto (STS 19 octubre 1992 y 12 febrero 1992, en este sentido).

Por otra parte y en cuanto a la necesidad o conveniencia de haber oído a la menor durante el procedimiento, tiene que tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 770. 4.ª LEC, únicamente es obligado oír al hijo/a menor cuando se trate de mayores de 12 años, de modo que en el caso, habiéndose celebrado la

audiencia o juicio oral en fecha 17 de mayo de 2012 y, a su vez, habiendo nacido la hija menor Camino el día NUM001 de 2001 (certificado folio 14), en la fecha indicada de celebración del juicio oral no tenía aun esa edad de 12 años.

Conforme a todo lo expuesto, procede rechazar la impugnación planteada en el recurso de apelación, por cuanto que resulta ajustada la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador a quo, y el pronunciamiento que en el mismo hace en su resolución, en relación con el régimen de visitas, pues en el mismo, visitas del padre Balbino con la hija menor Camino, se ha

acordado en su resolución que tendrá una duración semanal de dos horas, a decisión del padre, en el punto de encuentro familiar, que deberá supervisar las visitas y emitir informes periódicos sobre la evolución cada tres meses, pudiéndose así ampliar estos contactos a partir de los informes recibidos, o también, incluso, interesar, si tales informes fuesen negativos una modificación de ese régimen.

En definitiva, se mantiene la sentencia de instancia, cuya fundamentación se da por reproducida la presente y se desestima recurso de apelación.

Mientras la menor no alcance un grado de madurez suficiente y pueda restablecerse un adecuado sistema de estancias con su padre, el régimen de visitas ha de quedar suspendido. No se está juzgando ni valorando la orientación sexual del progenitor paterno ni la actividad ocupacional que desarrolla, pues la relaciones paterno-filiales son ajenas a la transexualidad del padre y a su dedicación a la prostitución ocasional, pero sí se está procurando evitar riesgos serios y concretos para la menor e imponerle un indeseado régimen de visitas que le provoca ansiedad, angustia, confusión e inseguridad.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Damian Álvarez García**

Mientras la menor Sofía, nacida en NUM000 de 1998, no alcance un grado de madurez suficiente y pueda restablecerse un adecuado sistema de estancias con su padre, el régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio ha de quedar suspendido, que no suprimido, en beneficio del interés prioritario de la hija común de los litigantes, pues su mantenimiento puede afectar negativamente al normal y equilibrado desarrollo psicológico, afectivo y emocional de Sofía. No se está juzgando ni valorando la orientación sexual del progenitor paterno ni la actividad ocupacional que desarrolla, pues la relaciones paterno-filiales son ajenas a la transexualidad del Sr. Pelayo y a su dedicación a la prostitución ocasional, pero sí se está procurando evitar riesgos serios y concretos para la menor y tratando de no imponerle un indeseado régimen de visitas, que le provoca ansiedad, angustia, confusión e

inseguridad. La supresión total e indefinida del sistema de comunicación y estancias de la menor con su padre puede resultar aparentemente desproporcionada y excesiva, pero su interrupción transitoria está justificada suficientemente en aras del interés superior de la propia menor y de la necesidad de evitarle trastornos emocionales de difícil reversibilidad.

La psicoterapia de Sofía iniciada en Suiza por la psicóloga Sra. Alicia debía continuar en España, según se indica tanto en la sentencia del Tribunal de Lugano que decretó el divorcio consensual de los litigantes, como en el propio convenio regulador de los efectos de la disolución del matrimonio. Dicha continuación de la psicoterapia se lleva a cabo en España desde Octubre de 2008 por la psicoterapeuta Sra. Justa – de cuya objetividad no hay motivos para dudar –, cuyo informe, fechado el 28 de Mayo de 2010

y obrante en las actuaciones, constituye la base sustentadora de la modificación de la medida atinente al régimen de visitas paterno-filiales, pues en él se indica que, cuando el padre anuncia su visita mensual, la menor, ya adolescente, se vuelve insegura, ansiosa, confusa y angustiada, y se recomienda, que hasta que no alcance madurez y recursos propios para defenderse adecuadamente, no mantener el régimen de visitas con su progenitor paterno.

En definitiva, es la inestabilidad emocional que Sofía sufre el motivo justificador de la suspensión del régimen de visitas, pues la menor no tiene por qué soportar la turbación que su padre le ocasiona, ni compartir los periodos vacacionales con la actual pareja del mismo, también transexual, como tampoco asumir el riesgo de una alteración de su salud emocional y del desarrollo de su personalidad, en atención a su edad y a la etapa evolutiva en que se halla, que derive de los problemas personales que pueda padecer

su padre, incluidos los dimanantes de la decisión libre y consciente de ejercer la actividad de acompañante o escort con una variada oferta de servicios, y de experimentar un cambio o transformación física y mental de sexo. No se trata, pues, de discriminar al padre, sino de proteger los intereses de una menor en edad adolescente.

Aunque en el informe de la Doctora Eva María, designada por el Tribunal Helvético, se indique que el estado de Sofía fue tenido en consideración por dicho órgano judicial, lo cierto es que no resulta suficientemente acreditado que la sentencia de divorcio tomara en cuenta la actividad profesional de prostitución o de masajista sexual que, como escort o acompañante de lujo, desarrollaba el Sr. Pelayo, habida cuenta de que, en el acuerdo –convenio homologado por el Juzgado de Lugano, tan sólo se alude a la «seria turbación» que experimentó la relación conyugal de los litigantes, sin que se aclare o especifique la naturaleza, sentido y significado de dicha turbación.

Estando justificado por motivos laborales el cambio de domicilio de la madre, y teniendo en cuenta que la menor solo tiene 8 años, no se accede a la petición del padre de que el lugar de recogida y entrega sea un punto intermedio entre las ciudades donde residen ambos, pues la madre puede tener problemas para el desplazamiento.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luís Aurelio Sanz Acosta**

Entrando en el primer motivo de apelación, que denuncia error en la valoración de la prueba al no estimarse que la entrega y recogida de la menor Mar, –nacida el día NUM002 de 2004 y, por tanto, contando en la actualidad con 8 años de edad– sea en un punto intermedio de encuentro entre las localidades de residencia de ambos progenitores, debemos recordar que la pretensión modificadora que se ejercita en el proceso está relacionada con el hecho de haberse producido el cambio de domicilio de D.ª María Rosa por razones laborales, desde la localidad de Sierra de Fuentes a Madrid.

Como viene diciendo esta Audiencia Provincial, debe ser respetada la valoración probatoria

de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que apa-

rezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Por otro lado, esta Audiencia, de forma constante y en términos generales, viene manteniendo que «la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos».

La demandante interesaba la supresión del régimen de visitas diario y que continúe el establecido para los fines de semana y vacaciones,

con entrega y recogida de la menor en el domicilio de la esposa. D. José, a la luz de este hecho, interesó el cambio de guarda y custodia de la hija, con fijación a favor de la madre de un régimen de visitas igual al que venía ostentando el padre y que la entrega y recogida de la menor se produjera en el domicilio paterno, sito en la localidad de Sierra de Fuentes. Sin embargo, en la vista, el demandado modificó sus pretensiones, mostrando su conformidad sobre que la guarda y custodia de la hija se atribuyera a la madre, pese al cambio de domicilio, e igualmente se mostró a favor del régimen de visitas de un mes en verano y mitad de las vacaciones de Semana Santa y Navidad, aunque se opuso al desplazamiento que le era exigido por la otra parte para recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno. A este respecto, interesó que el desplazamiento se realizará por la menor en autobús, abonando ambos progenitores el mismo o, subsidiariamente, que se produjera en un punto intermedio.

El Ministerio Fiscal se mostró conforme en cuanto a que se fijará un lugar de entrega para las visitas intermedio, equidistante entre los domicilios paterno y materno.

La sentencia, sobre este particular del lugar de recogida y entrega, partiendo del hecho innegable del cambio de domicilio de la madre a Madrid por razones laborales, accede a la supresión del régimen de visitas intersemanal por impracticable, sin perjuicio de que el padre pueda visitar a su hija cuando entre semana viaje a Madrid y lo comunique a la madre con antelación, como han admitido las partes.

La juez, además, establece que respecto del régimen de visitas del fin de semana alterno, el horario será el indicado por las partes y señala en cuanto al lugar de entrega y recogida de la menor, que se realizará en el domicilio de la misma, que es el materno, pues si bien se ha producido una variación en el domicilio de la madre, este estaba justificado y, además se ha acreditado que la madre puede tener problemas para el desplazamiento por motivo de su horario laboral, por lo que sería muy difícil para ella el desplazamiento de la menor al domicilio del padre o a un punto intermedio entre ambos domicilios. Considera que el padre podía disfrutar del régimen de visitas de fin de semana alternos en Madrid, por cuanto sus padres y hermana viven en dicha

localidad, lo que contribuiría al desarrollo de la menor y además no puede olvidarse que el domicilio de la empresa en la que trabaja el padre tiene su sede en Madrid.

En el recurso de apelación se rechaza esta decisión de la juzgadora, insistiendo en que lo más razonable es el establecimiento de un punto intermedio de entrega y recogida, que sería la localidad de Oropesa, a medio camino entre las residencias de ambos progenitores, indicando que en todo caso, el desplazamiento también podrían efectuarlo los abuelos maternos. Por otro lado, indica el apelante que no mantiene buena relación con sus padres, por lo que la solución de que el régimen de visitas de fin de semana se desarrolle en el domicilio de los abuelos paternos no es posible. Por otro lado, no es verdad que trabaje en Madrid, puesto que desarrolla su labor de comercial desde su domicilio en Sierra de las Fuentes, responsabilizándose de la zona de Extremadura, aunque sea cierto que la sede social de la empresa esté en Madrid. Se advierte, por otro lado, del manifiesto peligro de un accidente de carretera tanto para él como para su hija, al obligársele a realizar 1.200 kilómetros en un periodo de dos días. Por último, señala que es doctrina jurisprudencial que en supuestos como el de autos se establezca un punto intermedio de encuentro para la entrega y recogida del menor.

La apelada interesa la confirmación de la sentencia en este punto, insistiendo que el establecimiento del punto intermedio de recogida y

entrega es contrario al principio del «favor filii», dada la edad de la menor y teniendo en cuenta la disponibilidad horaria del padre y su capacidad económica, ello al margen de contar con posible residencia en Madrid.

Pues bien, analizados todos los argumentos expuestos por las partes, esta Sala debe confirmar el criterio de la juzgadora de la primera instancia, manteniendo que sea el padre el que se desplace en el régimen de visitas de fines de semana alternos a Madrid, dada la corta edad de la hija, la disponibilidad del padre para efectuar esos dos desplazamientos al mes y las dificultades de desplazamiento para la madre en función de sus circunstancias laborales. Aun cuando este Tribunal no ha fijado un criterio uniforme relativo al régimen de recogida y entrega de los menores cuando los progenitores residen en distintos lugares, al ser cuestión muy ligada a cada supuesto concreto, sí ha señalado, en su sentencia de 10 de octubre de 2011 que, en principio, la regla general es que el progenitor no custodio y a favor del cual se establece el régimen de visitas, sea quien se desplace tanto para recoger como para reintegrar a los hijos al domicilio donde residan, corriendo con los gastos de tales desplazamientos, siendo excepcional el criterio contrario.

Como decimos, las circunstancias del caso, en especial la corta edad de la menor, obligan a mantener esa tesis general en este supuesto y, por tanto, a desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida.

VIVIENDA FAMILIAR

Debe respetarse el acuerdo que suscribieron los cónyuges en cuanto a que el esposo se haría cargo en su integridad de los vencimientos del préstamo hipotecario sin perjuicio del posterior derecho de reintegro, acuerdo que adoptaron en atención a la falta de ingresos de la esposa para sumir el pago. La circunstancia de que ahora perciba unos 700 euros al mes por su trabajo no es causa suficiente para modificar lo acordado, cuando en el propio convenio se preveía que la esposa pudiera acceder a un trabajo.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 21 de diciembre 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 e impugna todos los pronunciamientos incluidas la condena en costas y señala que los ingresos no han mejorado pero que sus gastos se han triplicado y recuerda la situación precaria que padece.

Por su parte Doña Elisabeth se pide que se declare conforme a derecho la resolución impugnada y se alega entre otras razones que se prevé expresamente que la pensión se extinguirá cuando la esposa acceda a un empleo estable, con contrato indefinido o de duración superior a un año y con un salario superior al mínimo interprofesional y significa que el propio CR confirma su carácter de deuda ganancial al prever que, por asumir el esposo el pago íntegro de los vencimientos, conserva su derecho de reintegro de las cantidades abonadas correspondientes a la esposa.

Se discute en esta alzada la desestimación de la demanda en la que se había pedido la modificación del pago de la cuota del préstamo hipotecario del domicilio conyugal declarando la obligación de la sociedad conyugal en el préstamo hipotecario del domicilio conyugal, y por tanto de ambos litigantes al 50%, y solicita se modifique la obligación del pago de los gastos de comunidad adjudicándolos a quien hace uso de la vivienda, es decir a la demandada, así como se declare la extinción de la pensión compensatoria señalada a favor de ella con efectos retroactivos desde la presentación de la demanda por haber desaparecido el desequilibrio económico que la generó

...Y en lo que se refiere al Régimen económico matrimonial «los cónyuges acuerdan por medio de este documento la adjudicación y liquidación de los bienes que componen la sociedad de gananciales que se realizará de la siguiente forma:

Respecto a la vivienda conyugal, sita en Valdemoro (Madrid), Avd. DIRECCION000, núm. NUM000, Bloque NUM001, NUM002, ambos cónyuges acuerdan ponerla a la venta y repartir las ganancias que se obtengan una vez deducida la carga que se describe a continuación.

Sobre dicha vivienda pesa la carga del préstamo hipotecario, núm. de crédito NUM003,

suscrito con la Caixa que los cónyuges acuerdan asumir al 50 %. No obstante dada la falta de ingresos de la esposa el esposo asume el pago íntegro de los vencimientos de dicho préstamo conservando su derecho de reintegro de las cantidades abonadas correspondientes a la esposa.

Se acuerda que el precio de salida para la venta se fija en 228.385 euros.

Dicho precio se revisará al alza o a la baja según las circunstancias del mercado inmobiliario, si en el plazo de un año no se ha producido su venta.

Las cantidades que se perciban en concepto de arras o señal se repartirán al 50 % entre los cónyuges. En la misma proporción se repartirán los gastos e impuestos que graven la venta de la vivienda.

El plazo máximo para dejar la vivienda libre y expedita será el de tres meses desde la firma del contrato de arras o señal de la compraventa.

Hasta que se produzca la venta, ambos cónyuges abonarán al 50 % todos los gastos inherentes a la propiedad (IBI, Comunidad, derramas, etc.).

II.—Don Marco Antonio es titular de diferentes participaciones de naturaleza ganancial en las empresas ECOGABARSA, SL., Exclusivas Ecogabarsa SL y representaciones hosteleras Madrileñas SL.

Ambas partes acuerdan la atribución de la plena propiedad de dichas participaciones al esposo, quedando la esposa totalmente desvinculada de dichas mercantiles.

Como contraprestación, el Sr. Marco Antonio asume la obligación de abonar de forma exclusiva el préstamo hipotecario número NUM004, suscrito con la entidad La Caixa que grava la vivienda conyugal sita en ... El citado préstamo fue solicitado por los esposos para la adquisición de las participaciones que ahora se adjudican en su totalidad al esposo por lo que éste renuncia a cualquier compensación que le pudiera corresponder por los pagos previos de dicho préstamo que se hayan realizado con dinero ganancial».

Tales datos evidencian la corrección de lo resuelto en la primera instancia habida cuenta que

no ha quedado acreditado el cambio que se propugna, siendo así que los presupuestos y estipulaciones fijadas en la sentencia aprobatoria del CR contemplaban ya que las medidas –en torno al pago de la hipoteca– se adoptaban por causa de la inexistencia de recursos por parte de la ahora apelada, debiendo recordar a estos efectos que la cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los arts. 90 y 91 «in fine» del CC, en lo que concierne a la pensión de alimentos, según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que no concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la sentencia dictada en anterior pleito matrimonial.

Y es lo cierto que no existen cambios esenciales, no previstos por las partes en aquel convenio regulador, transcurridos apenas un año desde aquel entonces, por cuanto si bien es cierto que la ahora recurrida trabaja, –declarando en este sentido la interesada en el acto de la vista oral que percibe 700 euros al mes– no lo es menos que tal posibilidad ya se contempla en el propio convenio al significar que «Sobre dicha vivienda pesa la carga del préstamo hipotecario, núm. de crédito NUM003, suscrito con la Caixa que los cónyuges acuerdan asumir al 50 %. No obstante dada la falta de ingresos de la esposa el esposo asume el pago íntegro de los vencimientos de dicho préstamo conservando su derecho de reintegro de las cantidades abonadas correspondientes a la esposa», de modo que no procede sino la aplicación de lo convenio en los

términos que las partes acordaron, sin que quepa establecer otras medidas por cuanto las propias partes ya fijaron específicamente y en su momento, para tal circunstancia, lo que estimaron procedente reseñando que ello se hacía por causa de la ausencia de recursos de la ahora apelada, lo que determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida si bien por la motivación que aquí se contiene, significando, en este sentido, que los pagos de la hipoteca habrán de realizarse por lo tanto como convinieron las partes con carácter general una vez superada la circunstancia coyuntural de la ausencia de recursos de la ex esposa, lo que por otra parte es plenamente coincidente con la doctrina del TS establecida entre otras en la sentencia de 28 de marzo de 2011 que al respecto establece que –En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2.º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC–.

De conformidad con lo establecido en aquellos preceptos no cabe por ello estimar la demanda presentada matizando exclusivamente la sentencia en el sentido anteriormente indicado en cuanto al pago de la hipoteca que habrá de realizarse conforme dispusieron las partes con carácter general.

Tampoco cabe entender cambio esencial respecto de las circunstancias tenidas en cuenta en lo que se refiere al pago de otras partidas o conceptos y por lo que ahora importa, la comunidad de propietarios, dado que la interpretación o aplicación del CR no deja lugar a dudas y no procede sino la ejecución en sus esenciales términos y es que dicha carga se asumía por ambos al 50 % hasta que no se procediera a la venta del inmueble circunstancia no concurrente en la actualidad, lo que conduce también en este punto a rechazar este motivo de apelación.

En función de que la esposa tiene mayores dificultades para acceder a una vivienda se le atribuye el uso de la vivienda familiar hasta la independencia de la hija, no siendo obstáculo para esta decisión que se haya acordado la custodia compartida.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 20 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Pilar Manzana Laguarda

La prueba practicada en la alzada, que fue denegada indebidamente, ha permitido concluir la distinta capacidad económica de las partes, si bien el progenitor al tiempo de la demanda se encontraba en activo trabajando en una empresa de transporte por el que se le abonaban alrededor de 1.700 euros mensuales, actualmente se encuentra en el paro pero sus percepciones alcanzan los 1.200 euros, frente a ello la esposa obtiene el subsidio de 426 euros. Con esos datos debe acordarse conforme a la proporción solicitada por el Ministerio Fiscal y lo dispuesto en el art. 7 de la Ley autonómica una pensión alimenticia a cargo del progenitor de 150 euros mensuales, todos los meses, que deberá ingresar en la cuenta designada al efecto.

En cuanto a la vivienda de conformidad con el art. 6.1 de la ley procede su atribución a la esposa por tener mayores dificultades de acceso a una vivienda que el esposo, dado que existe una sola vivienda en proindiviso (folio 74), y se procura así el interés de la menor, por lo menos en los periodos de convivencia con ella dado que el domicilio de los abuelos maternos se encuentra en Torrente, localidad distinta a Valencia donde la menor acude al colegio. Dicha atribución tendrá carácter temporal hasta la independencia de la menor.

Finalmente en cuanto a la pensión compensatoria tiene declarado el Tribunal Supremo, por ejemplo sentencias de fechas 3 de octubre de 2011, 19 de enero 2010, 4 noviembre de 2010 y 14 de

febrero de 2011 que, respecto de los requisitos para su concesión y cuantía, los factores que enumera el art. 97 CC tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. Para fijar la pensión compensatoria conforme al art. 97 del C. Civil deben tenerse presentes las siguientes circunstancias: 1.^a) los acuerdos a los que hubieren llegado los cónyuges; 2.^a) la edad y estado de salud; 3.^a) la cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo; 4.^a) la dedicación pasada y futura a la familia; 5.^o) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.^a) la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.^a) la pérdida eventual de un derecho de pensión; 8.^a) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9.^a) cualquier otra circunstancia relevante. En el caso de autos si bien la convivencia es anterior al matrimonio, la esposa ha trabajado durante ella, las circunstancias económicas de las partes no permiten calibrar la existencia del desequilibrio en los términos interesados habida cuenta de ella atribución del uso de la vivienda que viene así a compensar la diferente situación económica de ellos progenitores.

La circunstancia de que los hijos mayores de edad ocupen también la vivienda, no es motivo para apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el proceso de desahucio por precario iniciado por los propietarios del inmueble.

AP Málaga, Sec. 5.^a, Sentencia de 18 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Inmaculada Melero Claudio

Frente a la resolución pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de los de Torremolinos, se alza la apelante DOÑA Noelia, alegando los siguientes motivos de impugnación:

1.º—Se vuelve a insistir como cuestión previa la falta de litisconsorcio pasivo necesario por cuanto los actores no dirigen su demanda contra los verdaderos ocupantes del inmueble, D. Álvaro y Don Conrado, mayores de edad, e independientes económicamente de sus padres, siendo éstos los que sí tienen la residencia de forma continuada en la domicilio de la C/ CALLE000.

2.º—Que la vivienda objeto del procedimiento es un bien que, aunque figura a nombre de los actores en el Registro de la Propiedad, forma parte de la masa hereditaria de la madre del actor y de la recurrente.

La Sala, en uso de la función revisora que le es propia (artículo 456 LEC), examinado que ha sido el contenido de las actuaciones y a tenor de las alegaciones de la parte apelante contenidas en su escrito de formalización del recurso de apelación, acepta los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia apelada, motivación que se considera suficiente y que ha de darse por reproducida a los efectos de su confirmación, por no quedar aquella desvirtuada por las alegaciones de la litigante apelante.

Como se ha dicho se insiste en esta alzada sobre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, toda vez que considera la recurrente que, al habitar su hijos mayores de edad e independientes económicamente de sus padres, en la vivienda de litis, deben ser llamados al presente procedimiento.

También debe ser rechazada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de nuevo planteada en esta alzada, pues la misma es del todo punto improsperable, pues no cabe ignorar que es pacífica doctrina jurisprudencial la que expresa que el litisconsorcio pasivo, como una manifestación del fenómeno de pluralidad de partes en el proceso, merece el calificativo de necesario cuando la pretensión actuada de-

ba ser propuesta imprescindiblemente frente a varios sujetos, bien por así establecerlo una norma positiva, bien por imponerlo la naturaleza de la relación jurídico-material discutida —contractual o extracontractual— que exige que en el proceso estén presentes todos los que tengan un interés directo legítimo y personal en dicha relación para evitar su rescindibilidad y la posibilidad de resoluciones contradictorias respecto de ella, amén de carentes de eficacia frente a quien debiendo haber sido llamado no lo ha sido, o de imposible ejecución por afectar a personas que por no haber sido traídas al proceso no han sido oídas y vencidas en juicio, lo que, en definitiva, conduce a afirmar que cuando la resolución que se dicte en un pleito no produce excepción de cosa juzgada frente a la persona que se estime debió ser llamada a la litis, ni riesgo de que se le condene sin ser oída, no se da la situación de litisconsorcio pasivo necesario. Pero es que además, ha de señalarse que en los supuestos de pérdida de validez, ineficacia o falta del título posesorio, como en el presente caso, no es preciso dirigirse contra todos y cada uno de los miembros que componen la familia, al ser la condición de precarista de los ocupantes de la vivienda lo que determina el lanzamiento de los coposeedores del inmueble, sin que la situación de mera tolerancia, que no afecta a la posesión (como se establece en el artículo 444 CC) haga necesaria la llamada al proceso. Por el contrario, esa posesión indivisa que fundamenta el litisconsorcio pasivo necesario no existe en el precario, en el que precisamente falta el derecho a poseer y no cabe hablar en buena técnica jurídica de posesión en común o coposesión. Y el Tribunal Supremo ha sido muy claro al manifestar en la reciente Sentencia de 13 de octubre de 2010: «...En el presente caso, en el que se ejercita una acción de desahucio por precario, resulta innecesario demandar a todos y cada uno de los que habitan en la vivienda de forma más o menos estable, sino a quien se irroga la titularidad de la posesión, siendo las consecuencias de la sentencia en relación con los demás miembros de la familia un efecto reflejo...».

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos ordinarios que se generen durante la convivencia con cada progenitor deben ser cubiertos por aquél en cuya compañía esté la menor, debiendo ser atendidos los gastos de devengo no periódico pero ordinarios (por ejemplo gastos escolares, de material, libros, de vestido y calzado etc.) por la progenitora que recibe la pensión de alimentos.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 27 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

La sentencia recurrida declaró el divorcio de los litigantes y estableció como medidas la guarda y custodia compartida de la hija menor común, nacida el día NUM002.2008, sin hacer atribución del uso del domicilio familiar, propiedad del progenitor y estableciendo una pensión de alimentos a cargo del progenitor de 300 euros mensuales, actualizable anualmente conforme al IPC.

El progenitor recurre la sentencia por disconformidad con la cuantía establecida para la pensión de alimentos, alegando que es excesiva. En primer lugar indica que la sentencia aparece defectuosamente motivada, al no indicar pormenorizadamente como han de satisfacerse los gastos ordinarios de la menor. Ha de decirse que no hay obstáculo legal para que se establezca una pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores cuando se establece un sistema de custodia compartida. Y en la sentencia se razona adecuadamente las razones por las que se fijó la cantidad de 300 euros mensuales a cargo del progenitor, en atención a las circunstancias concurrentes, diferencia de ingresos de los progenitores, con indicación concreta de lo percibido por éstos (los de la esposa fueron aclarados por auto posterior) y no ser posible la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa a la hija al haber sido alquilada por el progenitor a un

tercero, por lo que debe rechazarse la alegación de defectuosa motivación, no existiendo vulneración de lo dispuesto en el art. 218 LEC. Tampoco se aprecia la vulneración de la Ley 5/2011, de 1 de abril, dado que en el art. 7 de la misma se dispone que, en defecto de pacto de convivencia familiar, «la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deben satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención de los hijos e hijas menores. 2. Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores».

La omisión de pronunciamiento concreto sobre el modo de atención de los gastos ordinarios que le alega debe sobreentenderse en el sentido de que los gastos ordinarios que se generen durante la convivencia con cada progenitor deben ser cubiertos por el progenitor en cuya compañía esté la menor, debiendo ser atendidos los gastos de devengo no periódico pero ordinarios (por ejemplo gastos escolares, de material, libros, de vestido y calzado etc.) por la progenitora que recibe la pensión de alimento pudiendo el recurrente haber solicitado aclaración de la sentencia, conforme a lo previsto en el art. 215 LEC, si bien no existe inconveniente en hacerlo en la presente.

El gasto de comedor no puede considerarse gasto extraordinario dada su condición ordinaria que motiva que se integre en el concepto de pensión alimenticia mensual, en atención a su carácter previsible y periódico.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 26 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

Se impugna la sentencia por el apelado en torno exclusivamente al gasto de comedor que se incluye entre los gastos extraordinarios.

Tal cuestión ha de ser resuelta conforme al concepto de gasto extraordinario, y entre otras este Tribunal ya ha dicho en resolución de 6 de octubre de 1998, que: «En, consecuencia y con carácter de generalización habremos de considerar en relación con la cuestión hoy controvertida que los gastos extraordinarios en la vida de los hijos son aquéllos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de ser vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo super-

fluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista.

Y todo ello sin perjuicio de lo que las partes, cual acaece en una litis matrimonial, puedan considerar extraordinario, modificando o matizando el referido concepto genérico, a través de sus propios actos (artículo 7.º del CC.), o de la pactación formulada al amparo del artículo 90 del CC., y sobre la base genérica del principio de respeto a la autonomía de la voluntad privada que consagra el artículo 1255 del referido texto legal».

Y por ello es claro que el gasto de comedor no puede considerarse gasto extraordinario dado su condición ordinaria a integrarse en el concepto de pensión alimenticia mensual, en atención a su carácter previsible y periódico razones que determinan la revocación de la sentencia recurrida.

Respetando los pactos a los que llegaron los cónyuges en un convenio extrajudicial se fija la misma pensión que establecieron en su día, si bien aplicando las correspondientes actualizaciones desde la fecha en que se firmó.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor

Traen causa las presentes actuaciones del convenio de fecha 5 de noviembre de 2003 en el que entre otras estipulaciones el demandado Sr. Celso se comprometió a abonar por cada uno de los hijos habidos durante la relación con la actora la cantidad de 240 Euros mensuales. La parte actora interesó en su escrito de demanda que se procediera a dictar sentencia por la que se recogieran los pactos estipulados en su día, si bien el Juzgador a quo fija el importe de los alimentos a satisfacer en la cantidad de 250 Euros/mes, sin proceder a la correspondiente actualización del importe inicialmente pactado.

Nos encontramos con un convenio extrajudicial suscrito por las partes para regular los efectos derivados del cese de la convivencia, que si bien no constituye ni tiene la naturaleza del contemplado en el artículo 90 del Código Civil y 77 del Código de Familia de Cataluña, ante la

falta de aprobación judicial, conditio iuris de su eficacia, no es menos cierto que se trata de un negocio jurídico de derecho de familia, que aún no encontrarse inmerso en el proceso consensuado de separación, ni divorcio o nulidad del matrimonio del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o de ruptura de una convivencia more uxorio, tiene plena eficacia entre las partes en materia dispositiva para las mismas, en base al principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, y siempre que concurren los elementos esenciales de consentimiento, objeto y causa del artículo 1261 del Código Civil.

En este sentido se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial, de las que son fiel exponente las SS. del T.S. de 22 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998, 15 de febrero de 2002, entre otras muchas. Tal convenio vino rigiendo

desde su firma hasta que el demandado dejó de cumplir por lo que la parte interesa su aprobación judicial, que debe comprender en principio la cláusula de alimentos a satisfacer a favor de los hijos menores de edad que el Juzgador modifica sin atender a ningún cambio de circunstancias e ignorando, como se dice en la propia Sentencia recurrida, cual es la real si-

tuación económica de los progenitores, por lo que es evidente que ante la ausencia de prueba sobre esta materia y en orden a respetar los pactos establecidos por los progenitores en su día debe fijar la cantidad de 275 Euros/mes para cada uno de los hijos, por ser esta la correspondiente a las actualizaciones de la pensión en su día pactada.

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

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Morillo-Velarde Pérez**

En el último motivo del recurso se cuestiona el importe de la pensión alimenticia establecida en la sentencia recurrida, de ciento cincuenta euros.

Se invoca el error en la valoración probatoria, en la medida en que, pese a considerar el juzgador que al margen de la prestación por desempleo pudiera percibir ingresos de otras actividades, fruto de la economía sumergida, no se ha hecho valer esta situación en contra del apelado y se ha fijado la pensión en la cantidad considerada jurisprudencialmente como mínimo vital.

Además, aduciendo no haber sabido antes de la adquisición de un vehículo, presentó con el escrito de interposición del recurso de apelación documentos acreditativos de tal hecho, así como de haber emprendido un costoso viaje a Nueva Zelanda que pudieran denotar la existencia de signos de una posición económica superior a la constatada en la instancia.

En este punto hemos de advertir, por lo que al primer razonamiento se refiere, que la incertidumbre del Juez a quo se basa en la falta de constatación de los ingresos ciertos del recurren-

te y la imposibilidad de calcularlos para poder obtener una idea fidedigna de aquellos ingresos, cuya carencia probatoria en principio habría de perjudicar a quien afirma ser superiores; pero admitida la flexibilidad con que el artículo 752.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la introducción de hechos nuevos relevantes para la decisión de los asuntos relacionados en el artículo 748, hemos de darle forzosamente la razón porque, aunque se trata de un vehículo de ocasión valorado en cuatro mil quinientos euros según el contrato de compraventa, la adquisición del mismo no solamente comporta el desembolso económico representado por el precio, sino su mantenimiento (revisiones, averías) y abono de impuestos y primas de seguro obligatorio que evidentemente sugieren una capacidad económica mayor de la tenida en cuenta en la instancia y que determina, desde luego, que la pensión alimenticia deba ser fijada en la cantidad de trescientos euros, con estimación del recurso en este punto, siendo innecesario ya analizar la disputa a propósito de quién sufragara los gastos de aquel viaje que se ha producido en esta segunda instancia.

Los gastos extraescolares de clases de tenis, informática y teatro no son necesarios y menos aún en situación de crisis económica.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 12 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Conocida la razón de ser de la presente alzada; en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron a la representación legal de doña Virtudes a apelar la resolución de instancia; cabe decir en este momento, del estudio de las actuaciones, que la solución a dar para resolver el presente recurso de apelación es sencilla, de simple entendimiento, y por ello y por compartirse el criterio y lo argumentado por el órgano judicial «a quo», no será preciso ya que nos extendamos en mayores argumentaciones jurídicas para, con desestimación del recurso confirmar el auto de instancia apelado de 3 de abril de 2012. En efecto, nunca puede admitirse como gastos extraordinarios los académicos, que son ordinarios y si la edad de la hija es variable y con ella también son variables los gastos para ello existe la cláusula de revisión en atención a la carestía de la vida que es el IPC que publique el INE; pero, se insiste, los gastos académicos son ordinarios del art.

142 del CC Los gastos extraescolares de clases de tenis, informática y teatro; se coincide en que no son necesarios; menos en situación de crisis, tampoco son extraordinarios si se contratan para que tengan una periodicidad prefijada. Por ello es importante el conocimiento y consentimiento de la otra parte para que si hay acuerdo vinculen a las partes al 50% por virtud de lo dispuesto en el art. 1091 del CC pues lo acordado por las partes sería para ellos ley y deberían cumplirlo a su tenor. Algo que se contrata nunca sería extraordinario pero por el acuerdo de las partes les obligaría, por ello de la importancia del conocimiento y consentimiento de ambas partes. Se comparte igualmente lo resuelto por el órgano judicial «a quo» en cuanto a los gastos del seguro del domicilio familiar; y gastos de seguro médico y de la importancia del acuerdo previo y expreso por lo que decíamos antes. Y si, finalmente, son extraordinarios los gastos relativos a las gafas y medicamentos.

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

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz

La sentencia que ha regulado el ejercicio de las responsabilidades parentales respecto al hijo menor de los litigantes, Oscar (nacido el 20.11.2006), y ha establecido un régimen de ejercicio conjunto y compartido de las respon-

sabilidades parentales es recurrida por la madre del menor, señora Mercedes, demandada en el litigio, únicamente en cuanto a la medida relativa a la distribución de la carga alimenticia que ha sido fijada de forma que cada progenitor se

hace cargo de los gastos del niño cuando lo tenga en su compañía, y en la aportación de una cantidad de 150 euros mensuales cada progenitor para gastos extraordinarios. Solicita, en consecuencia, que se deje sin efecto tal medida y que se modifique la cuantía con la que cada uno de los litigantes ha de subvenir a las necesidades del hijo. Así mismo solicita que se retrotraiga la prestación con cargo al padre a la fecha de la sentencia de primera instancia.

La parte demandada y el Ministerio Fiscal ha interesado la confirmación íntegra de la sentencia de primera instancia.

Por lo se refiere a la modalidad de custodia, se debe resaltar que la parte recurrente manifestó en sede de recurso su conformidad con la custodia compartida establecida, y concretó su pretensión revocatoria en la forma de distribución de los gastos alimenticios del hijo.

La tesis de la sentencia de primera instancia no puede ser compartida por este tribunal, pues se basa en la afirmación de que, al repartirse igualitariamente la estancia del hijo con cada uno de sus progenitores, en forma compartida, lo lógico (sic) es que cada uno pague los gastos del mismo cuando esté en su compañía, y únicamente se regule la atención de los gastos extraordinarios.

El criterio expresado es contrario a la doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la distribución de los alimentos entre los progenitores, que ha sido recogida por el artículo 233-10.3 del CCCat en el sentido de que 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.

En el caso de autos ha quedado acreditado que el actor percibe unos ingresos de 1.300 euros por su trabajo más otros 750 euros de alquileres, mientras que la madre únicamente tiene como ingresos una prestación por desempleo que no alcanza los 900 euros al mes. Aun siendo cierto que el apelado ha de hacer frente a im-

portantes obligaciones asumidas, lo cierto es que tiene mayor capacidad económica que la madre, por lo que la distribución de los alimentos se ha de realizar ponderando tal circunstancia.

Por otra parte, la previsión de una aportación de cada progenitor de 150 euros a una cuenta común para atender los gastos extraordinarios tampoco está justificada, puesto que tales gastos son imprevisibles y podrían requerir una mayor o menor aportación, según su naturaleza y cuantía.

En consecuencia con lo anterior, procede realizar una distribución distinta de la carga alimenticia, de tal forma que cada progenitor atenderá con carácter mínimo los gastos de manutención y habitación cuando tenga al niño en su compañía, e ingresará en una cuenta común una cantidad para los gastos básicos de educación, vestido y sanidad que para el padre será de 200 euros al mes, y de 100 la madre. Esta cuenta deberá ser administrada por la madre, que rendirá cuentas anualmente al otro progenitor. La referida cifra se incrementará a partir del 1.1.2014 cada primero de año con el IPC del ejercicio anterior. Además de tales aportaciones, los gastos extraordinarios del menor, es decir, los que se produzcan de forma imprevisible y sean necesarios, serán soportados por ambos progenitores por mitad; y los gastos extraescolares deberán ser consensuados, tanto por lo que se refiere a su concertación como a la forma y distribución del pago de los mismos.

No procede la retroacción de los efectos fecha anterior a la presente resolución, por cuanto en derecho de familia, al existir medidas previas, provisionales y definitivas, rige el principio de que la regulación de las medidas es directamente ejecutiva y que la resolución posterior deroga la anterior desde la fecha en la que es pronunciada, sin que se aprecien causas extraordinarias que pudieran justificar otra decisión.

No obstante lo anterior, las cantidades devengadas en la cuenta común se entenderán que lo han sido en concepto de alimentos ordinarios y destinadas a tal efecto a los capítulos referidos de educación, vestido y sanidad del menor, bajo la administración de la madre.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al hacerse cargo de forma personal la ex esposa de la atención del hijo mayor incapacitado, con una minusvalía del 88%, no puede exigírsele que realice un trabajo por lo que no procede extinguir la pensión compensatoria.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez

La sentencia es recurrida por el demandante, insistiendo en sus pretensiones y en que sus únicos ingresos son los provenientes de su pensión de jubilación, debiendo la pensión de alimentos del hijos reducirse en razón de la reducción de ingresos del progenitor y extinguirse la pensión compensatoria de la esposa.

Empezando por esta ultima pretensión, ha de decirse que si bien consta que la esposa, nacida en el año 1951, tiene cotizaciones que, parece ser, le permitirán obtener pensión de jubilación cuando alcance la edad ordinaria de jubilación, no tiene reconocido este derecho en la actualidad y es quien se ocupa (y se ha ocupado) del hijo común, incapacitado, constando así ya en el convenio regulador, y continua en la actualidad, tratándose de una persona de 36 años afectado de una gran invalidez (minusvalía del 88% reconocida en el año 1989 con carácter permanente) y con diagnostico de encefalopatía y síndrome de Lenox, acreditándose que necesita apoyos generalizados en los procesos de la vida diaria como aseo, comida, etc y continua supervisión debido al cuadro epiléptico, sufriendo crisis epilépticas frecuentes y alteración conductal con lento deterioro global de su estado, lo que requiere gran dedicación de la progenitora y ser movido por dos personas según se recogió ya en el convenio regulador estando deteriorado su estado en la actualidad, por lo que es improcedente exigir a la esposa

que trabaje, teniendo en cuenta que los años en que lo hizo fue en empresas del esposo o en que este tenía participación mayoritaria, lo que suponía una flexibilidad en horarios y jornada y que permitían atender sus ocupaciones familiares derivadas de la atención de dicho hijo y de la familia, que no puede esperarse en otros ambientes laborales. Además, tal dedicación existe aunque el hijo acuda regularmente al centro de día para personas con parálisis cerebral suscribiendo la Sala todas las acertadas consideraciones que en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida se contienen respecto a esta pretensión, incluida la relativa a que el demandante limitó en el convenio regulador su participación en el cuidado del hijo a dos horas semanales, con el consiguiente ahorro de gastos, al no tenerlo en su compañía. Por otra parte, no puede ser obligada la demandada a solicitar una pensión de jubilación anticipada (a los 60 años), aun en el supuesto de que tuviese derecho a su reconocimiento, lo que le supondría probablemente una reducción en la cuantía de la pensión, tratándose de un acto voluntario no exigible. Debe, por tanto, rechazarse la pretensión de extinción de la pensión compensatoria, confirmando la sentencia en este punto, sin perjuicio de que pueda solicitarse la extinción o reducción de la pensión compensatoria si la demandada obtiene una pensión de jubilación de la Seguridad Social.

La pensión compensatoria no puede considerarse como una cuasi jubilación a temprana edad que resuelva el problema económico con carácter permanente al cónyuge que recibe la pensión. La esposa lleva trabajado veintidós años y ambos cuentan con ingresos y recursos propios, careciendo de trascendencia suficiente para fijar la pensión que durante algún tiempo tuviese que pedir la reducción de jornada para atender al hijo.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

Y se discute asimismo la pensión compensatoria.

De la interpretación del párrafo primero del art. 97 del Código Civil se deduce el sentido de que la pensión compensatoria está encaminada a conservar por parte del cónyuge más desfavorecido, el nivel de vida del que éste gozaba durante el matrimonio. No se trata de una pensión alimenticia en sentido estricto; sin embargo, de alguna manera se aproxima a los alimentos, ya que los criterios de determinación que se ofrecen al Juez se basan en no pequeña medida, en circunstancias que se refieren a las necesidades de uno y otro cónyuge.

De esta forma el cónyuge que tiene derecho a pensión ha de estar desfavorecido al ser su posición posterior al matrimonio considerablemente inferior a la que gozaba durante el mismo, siendo razonable que se reciba pensión por quien la necesite y mientras se necesite, siendo cierto que en los preceptos del código civil no se impone la obligación de intentar mejorar la fortuna a través del trabajo o del acceso a una superior cualificación, si bien no parece inferirse de la regulación legal, máxime tras la reforma operada en el citado artículo, una especie de derecho adquirido a mantener la posición económica que se obtuvo con el matrimonio, a costa del otro cónyuge. En la práctica, ello puede suponer, una cuasi jubilación a temprana edad, al tener resuelto el problema económico con carácter permanente el cónyuge que recibe la pensión.

Dicho lo cual, no pude dejar de valorarse lo anteriormente examinado en cuanto a los ingre-

sos del ahora apelado, quien sufraga la cobertura de sus necesidades de alojamiento fuera del hogar familiar con el abono del alquiler indicado, y lo que se señalado con relación al trabajo de la recurrente.

En efecto la ahora apelante en aquel mismo acto de la vista oral puso de manifiesto que en realidad llevaba 22 años trabajando y explica que siguió trabajando hasta que nació el niño con una reducción de jornada hasta que el niño tenga 8 años y refiere que pierde 500 euros todos los meses y más, y contesta en cuanto a su jornada laboral que ella terminaría a las 8 de la tarde y que el niño sale a las 4 del colegio, respondiendo que hay que cuidarle porque es todavía menor pero no aclara que tiene ninguna enfermedad, aclarando que su horario actual es de 9 de la mañana hasta las 14 horas concluyendo que trabaja en Madrid y que vive en Torreldones.

Todos los datos expuestos no permiten concluir en la pertinencia de aquella pretensión si tenemos en cuenta que ambas partes cuentan con ingresos y recursos propios estando la ex esposa plenamente incorporada al mercado laboral no siendo la finalidad de esta institución compensatoria equilibrar economías diversas de forma que los ingresos de quien ahora recurre permiten a la misma atender en condiciones dignas sus propias atenciones de forma autónoma e independiente todo lo cual conduce a confirmar la sentencia recurrida y a desestimar este motivo de apelación.

Si la empresa que administra el esposo dejase de abonar a la esposa el sueldo que actualmente percibe, se incrementará la cuantía de la pensión compensatoria hasta los 3.000 euros que se han establecido en la sentencia.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez

En el presente caso consta que la esposa percibe mensualmente la cantidad de 1.524 euros de la mercantil Inverjilco SL, en la que el esposo tiene el 99% de las participaciones desde el año 2000, empresa en la que figura en alta antes como familiar colabora y ahora como trabajadora por cuenta ajena, aunque no ha habido efectiva prestación de servicios.

Es indiscutible, e indiscutido, que la ruptura de la relación entre los litigantes provoca una situación de desequilibrio económico en perjuicio de la esposa. En el presente caso el desequilibrio es muy pronunciado puesto que el esposo tiene un nivel económico excepcionalmente elevado, que permitió a la familia disfrutar de toda clase de lujos y comodidades que derivaban de los ingresos del esposo, que no se acredita se hayan visto disminuidos de forma significativa al pasar éste a la situación de jubilación. Como datos a tener en cuenta, indicativos del nivel que disfrutaba la demandante con anterioridad a la ruptura de hecho de la pareja, podemos señalar las compras de ropa para ella de enero a diciembre de 2009 por importe de 19.894 euros, lo que supone un promedio mensual de 1.657 euros (folios 497 y siguientes, de enero a junio de 2009 de 12.472 euros, con un promedio mensual de 2.078 euros, gastos en establecimiento de perfumería de 7.521 euros de agosto de 2007 a abril de 2009, con promedio mensual de 358 euros. Es decir, la esposa gastaba mensualmente en ropa y perfumería mas de 2.000 euros. Hay otros elementos indicativos del nivel de vida de la familia: compras de joyas, viajes a Baqueira de 27 de enero a uno de febrero con un coste de hotel de 2.649 euros, el regalo por el esposo a un familiar de la esposa de un viaje a Kenia de una semana con un coste de 9.172 euros etc. Consta también que el domicilio familiar, lujoso, esta ricamente amueblado y decorado, con cuadros de valor, obras de arte etc.

El nivel de gastos exigido para mantener dicho nivel de vida en la familia no se corresponde con los ingresos declarados por el esposo a nivel tributario en su declaración de la renta, en la que no figuran los rendimientos derivados de la participación en sociedades que tiene el esposo. Así, en la declaración de renta del año 2008 la base imponible es de 130.190 euros que, en neto, suponen 90.178 euros, con un promedio mensual de 7.515 euros mensuales. En la declaración de renta del año 2010 constan unas percepciones por trabajo del esposo en bruto de 121.404 euros que deducidas retención y gastos, quedan en 75.364 euros que suponen un promedio mensual de 6.280 euros. Por ello debe estimarse que el nivel de ingresos del esposo es muy superior al que consta en la información de la Agencia Tributaria, derivado de la tenencia y disfrute de participaciones en la mercantil INVERJILCO S.L., con un capital de 1.911.180 euros, y un patrimonio neto de 3.978.074 euros, siendo esta sociedad titular de una larga serie de inmuebles, algunos en lugares de alto precio en Valencia que se relacionan en escrito de recurso de apelación. Además, esta sociedad tiene el 45% de la mercantil Transunión S.A., dedicada a la actividades anexas al transporte marítimo, con un capital social de 1.000.000 euros, siendo el esposo administrador solidario, constando que INVERJILCO S.L. tiene participación en varias sociedades, según se indica en la sentencia recurrida, hechos todos ellos no discutidos. Respecto de las propiedades a su nombre consta que es propietario de un chalet en la urbanización Los Monasterios de Valencia, tasado en 1.337.742 euros, constando que satisface mensualmente una cuota hipotecaria de 3.725 euros.

La demandante, dispone que la vivienda que constituyó el domicilio familiar valorada en 1.242.300 euros y dos plazas de garaje y los in-

gresos mencionados (1.524 euros mensuales) y abona dos préstamos con un coste mensual de 363,80 euros 705,13 euros.

El impugnante alega que la demandante es titular de la vivienda que constituía el domicilio familiar y el ajuar de la misma que le fue adjudicada en la liquidación de la sociedad de gananciales, así como tres plazas de garaje (subsisten dos) lo que, en su parecer debe tener una influencia decisiva para reducir la pensión compensatoria. No puede aceptarse el argumento. La liquidación de la sociedad de gananciales realizada en el año 1992 solo provocó la concreción en determinados bienes del haber ganancial generado durante el matrimonio, habiendo recibido también el esposo la parte que le correspondía mediante la adjudicación de participaciones sociales de cuatro mercantiles y un inmueble que constituía el domicilio social de dos de ellas, según alega.

Atendido el conjunto de circunstancias mencionadas y la magnitud del desequilibrio económico en las posiciones de los cónyuges, que concurre a pesar de que el esposo haya pasado a percibir pensión de jubilación en cuantía de 1.143 mensuales, no puede establecerse una pensión compensatoria inferior a la fijada por el Juzgado, cuya sentencia debe ser ratificada en este punto, pues la cantidad establecida en la sentencia por pensión compensatoria se estima adecuada teniendo en cuenta, que la esposa viene percibiendo un sueldo mensual de la mercantil INVERJILCO S.L., en la que el esposo tiene, como se dijo, el 99% de las participaciones.

Procede acoger la pretensión que había formulado la demandante de que para el caso de la mercantil INVERJILCO, S.A. en la que la demandante figura de alta y percibe 1.524 euros mensuales fuese despedida, es decir, dejase de percibir ingresos procedentes de tal mercantil, se incremente la cuantía de la pensión compensatoria en igual importe que el dejado de percibir, siendo improcedente el establecimiento de una obligación a cargo de tercero que no es parte en el procedimiento. La pretensión del esposo de que no se haga depender la cuantía de la pensión compensatoria de un hecho futuro, como el cese por voluntad de la mercantil de la relación con la Sra. Valle y el dejar de percibir ingresos de ella misma, no puede prosperar, pues no es un supuesto equiparable a aquellos en que el cónyuge tiene retribuciones salariales de un tercero completamente ajeno a la relación entre los cónyuges, dado que en este caso el esposo es el socio mayoritario (casi único) de la mercantil empleadora, por lo que tendría en sus manos provocar un descenso de los ingresos de la Sra. Valle a su voluntad, tras dictarse la sentencia, solución a todas luces indeseable, no siendo esta sede judicial la competente para determinar el tipo de relación jurídica que mantiene la Sra. Valle con tal mercantil y los eventuales derechos que pudiesen corresponderle en el caso de que dicha relación jurídica se rescindiese por voluntad de la mercantil, no siendo un supuesto equiparable al contemplado en la STS de 19.10.2011, dado que no se hace depender el nacimiento del derecho a la pensión de la pérdida del empleo o remuneración.

No puede establecerse limite temporal a la pensión compensatoria dado que si bien es cierto la reciente reincorporación de la esposa al mercado laboral, del que llevaba apartada desde el año en que contrajo matrimonio, hay que tener en cuenta que los contratos son de eventuales por lo que su situación laboral no goza de estabilidad.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 11 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en esta alzada asimismo la pensión compensatoria instando la interesada más im-

porte en su determinación económica y que no se limite temporalmente.

De la interpretación del párrafo primero del art. 97 del Código Civil se deduce el sentido de que la pensión compensatoria está encaminada a conservar por parte del cónyuge más desfavorecido, el nivel de vida del que éste gozaba durante el matrimonio. No se trata de una pensión alimenticia en sentido estricto; sin embargo, de alguna manera se aproxima a los alimentos, ya que los criterios de determinación que se ofrecen al Juez se basan en no pequeña medida, en circunstancias que se refieren a las necesidades de uno y otro cónyuge.

De esta forma el cónyuge que tiene derecho a pensión ha de estar desfavorecido al ser su posición posterior al matrimonio considerablemente inferior a la que gozaba durante el mismo, siendo razonable que se reciba pensión por quien la necesite y mientras se necesite, siendo cierto que en los preceptos del código civil no se impone la obligación de intentar mejorar la fortuna a través del trabajo o del acceso a una superior cualificación, si bien no parece inferirse de la regulación legal, máxime tras la reforma operada en el citado artículo, una especie de derecho adquirido a mantener la posición económica que se obtuvo con el matrimonio, a costa del otro cónyuge. En la práctica, ello puede suponer, una cuasi jubilación a temprana edad, al tener resuelto el problema económico con carácter permanente el cónyuge que recibe la pensión.

Dicho lo cual, no pude dejar de valorarse la posición económica de la ahora apelante quien cuenta con los ingresos que se han valorado anteriormente lo que no permite incrementar el importe de la pensión ya fijada en la sentencia que se apela si pensamos que el mecanismo de la pensión compensatoria no es un instrumento para igualar economías dispares sino para paliar el desequilibrio que la separación produce, objetivo que la Sala entiende se cumple y cubre en sus exigencias sustantivas con la concesión de aquella cuantía, lo que conlleva el rechazo de este motivo de apelación.

Procede sin embargo atender la petición de suprimir el límite temporal de la pensión compensatoria si tenemos en cuenta la reciente –relativamente– reincorporación de la recurrente al mercado laboral, del que llevaba apartada desde el año en que contrajo matrimonio, y teniendo en cuenta además que sus contratos en el régimen de eventualidad, si bien no se han interrumpido no gozan de la estabilidad y continuidad del trabajo que desarrolla el interesado lo que conduce a estimar este motivo de apelación y a revocar la sentencia recurrida disponiendo y declarando que la pensión compensatoria se concede, sin perjuicio en su caso de la aplicación de los artículos 100 y 101 del CC., si se dan las condiciones para ello –sin límite temporal previo–.

CUESTIONES PROCESALES

Aún siendo absolutoria la sentencia dictada en el proceso penal, al no ser firme, la competencia para el conocimiento del proceso civil corresponde el Juzgado de Violencia.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 20 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La existencia de proceso penal derivado de actos de violencia sobre la mujer, no culminado por sobreseimiento de carácter libre o por sentencia absolutoria que hubiese adquirido firmeza, determinan la competencia de los Juzgados espe-

cializados de Violencia sobre la Mujer para el conocimiento de las causas civiles sobre nulidad, separación o divorcio matrimonial o procesos declarativos sobre guarda y custodia y demás de menores de edad nacidos en el seno de rela-

ción extramatrimonial, a tenor de lo preceptuado en el artículo 87 ter de la L.O.P.J.

La extinción de la responsabilidad criminal por sentencia absolutoria firme o por sobreseimiento libre, determinará que los procesos civiles entablados entre las partes, después de la culminación de tal manera de la causa penal, serán de competencia del Juzgado de Familia.

En el caso sometido a la consideración jurisdiccional de ésta Sala, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, de 19 de junio de 2012, la causa penal incoada no obstante

haberse dictado sentencia definitiva de carácter absolutoria, pende de su debida firmeza, no concurrente en el supuesto examinado al haberse interpuesto recurso de apelación. El principio de seguridad jurídica exige la firmeza de la sentencia penal para determinar la extinción de la responsabilidad criminal, y en su consecuencia la falta de firmeza de la sentencia dictada en el proceso sobre Violencia sobre la Mujer, conduce a entender competente al Juzgado especializado para el conocimiento del proceso civil que se ha instado antes de causa extintiva de la responsabilidad penal, a tenor de las prescripciones del artículo 49 bis de la LEC y 87 ter de la LOPJ.

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

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Morillo-Velarde Pérez**

El último motivo del recurso impugna el pronunciamiento relativo a las costas, invocando el carácter especial del derecho de familia como criterio que en la jurisprudencia menor justifica la inaplicación del criterio del vencimiento objetivo.

No obstante, en la doctrina de esta Sala, este criterio prevalente del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene su vigencia en los asuntos de derecho de familia en los que fundamentalmente se debaten cuestiones vinculadas a

pronunciamientos de carácter económico, como es el caso, en que está en juego la necesidad de la vivienda y su coste, y en el que no existe ningún interés del Estado en juego por ser todos los intervinientes mayores de edad; y más aún cuando de modificación de medidas se trata, en que la necesidad del procedimiento judicial es menor que en aquellos casos en que se ha de acudir a los tribunales para obtener una decisión sobre el vínculo conyugal y las medidas subsiguientes a la misma.

Se inadmite a trámite las medidas solicitadas por el padre al amparo del 158 del CC ante el cambio de domicilio de la madre e hijos, ya que está pendiente de celebrarse la comparecencia de medidas provisionales del divorcio instado por el padre.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 12 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María José de la Vega Llanes**

Frente a la resolución de instancia que inadmite a trámite la demanda sobre medidas cautelares interpuesta al amparo del art. 158 del CC se interpone el presente recurso de apelación que entendemos debe ser estimado.

La inadmisión del Juzgado se basa en que las medidas del art. 158 del CC tiene carácter de permanencia y que resultan innecesarias a la vista de que estaba indicado un procedimiento de divorcio pendiente de la inmediata y próxima

celebración de la vista de medidas provisionales, faltando el carácter de urgencia. La decisión del Juzgado es aceptada en esta alzada.

Las medidas solicitadas hacen referencia al cambio de domicilio de los tres hijos menores que han pasado a residir junto con su madre a Barcelona decisión que se comunica al padre quien ante tal comunicación se iniciado ya el procedimiento de divorcio y estando señalada la vista de medidas provisionales solicita que se aperciba a la madre y que no se cambie el domicilio sino es con autorización judicial por el perjuicio que puede entrañar para los menores. Teniendo en cuenta la cuestión planteada, el momento en que se plantea y las demás circunstancias como son las económicas etc. en unión de que no aprecia la existencia aparente de un perjuicio que deba ser evitado sin mayor dilación, sino que su tema que debe ser ponderado al estar íntimamente relacionado con la guarda y custodia no hay base alguna para adoptar medidas al amparo del art. 158 del CC, con carácter de urgencia sino previa valoración del conjunto de circunstancias que permitan tener en cuenta cual es el interés protegible de los menores.

El art. 39,2 CE EDL1978/3879, dentro del capítulo relativo a los principios rectores de la política social y económica, dispone que «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos...» estableciendo en su número 4.º que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Siguiendo este mandato constitucional, el legislador español ha ideado diversos instrumentos para proteger adecuadamente a los menores. Entre otros, debe citarse el art. 158 CC EDL1889/1, que fue introducido por la Ley 30/1981, de 13 mayo EDL1981/2897, modificado por la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor EDL1996/13744 y más recientemente por la LO 9/2002, de 10 diciembre, sobre sustracción de menores EDL2002/52044. Conforme a este precepto, el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pa-

riente o del Ministerio Fiscal, puede adoptar una serie de medidas que recoge expresamente así como «en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». Se configura así un sistema que permite de forma inmediata, ágil y eficaz que se adopten las medidas necesarias para proteger el superior interés del menor. Así lo explica la Exposición de Motivos de la LO 1/96, de Protección Jurídica del Menor EDL1996/13744, indicando que «En definitiva, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquéllos».

Estas medidas pueden adoptarse en cualquier procedimiento, civil o penal, o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tal y como se recoge en el precepto que estamos examinando. Se indica en la Exposición de Motivos que «Respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código Civil en el art. 158, se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda, y se establece la posibilidad de que el Juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal».

Se entiende el art. 158 del CC prevé un instrumento de protección de carácter subsidiario, residual, que solo podrá utilizarse fuera del procedimiento específico en el que se están ventilando los intereses del menor cuando concurra una situación de peligro para el menor o una situación de urgencia en el que posponer la adopción de las medidas produciría un perjuicio irreparable para el menor, carácter residual o urgente que no concurre en el presente caso cuando ciertamente ya se estaba en fase de medidas provisionales del procedimiento de divorcio.

Debe admitirse a trámite la demanda de divorcio ya que aunque se firmó un acuerdo previo de los contrayentes para el futuro divorcio ante los juzgados de Tánger no consta que se haya disuelto el matrimonio.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 11 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho**

El recurso de apelación se interpone contra el Auto de 18 de julio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Mataró, por el que se inadmite la demanda de divorcio interpuesta por Don Mario contra Doña Piedad.

El recurso se funda en la petición de que se revoque dicho Auto y se admita la demanda de divorcio, ya que el matrimonio entre los litigantes aún existe, sin que judicialmente se haya acordado su disolución. Al respecto debe indicarse que con la demanda de divorcio se presentaron los documentos 7 y 8, relativos a la voluntad de las partes de solicitar el divorcio ante los juzgados de Tánger. No obstante, del examen de dichos documentos se deduce que el documento núm. 7 se trata de una petición de permiso para instar

el divorcio, mientras que el documento núm. 7 se trata de un acuerdo previo de los contrayentes para un futuro divorcio de mutuo acuerdo, pero de dichos documentos no se deduce que se haya extinguido el matrimonio por divorcio, razón por la que debe acordarse la admisión de la demanda a trámite, sin perjuicio de que en el curso del proceso se demuestre la situación existente entre los litigantes en el aspecto matrimonial. En conclusión debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el Auto de 18 de julio de 2011, dictado por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Mataró, acordando que debe dictar resolución admitiendo a trámite la demanda de divorcio instada por Don Mario contra Doña Piedad.

Se desestima las medidas solicitadas por la madre, por vía del art. 158 del CC, para modificar el régimen de visitas ante la negativa de la hija de irse con el padre.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 4 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

En el escrito rector del procedimiento que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, la Sra. Marina expone a la consideración judicial que la hija común de litigantes se niega a ir con el padre en los períodos asignados al mismo, según el régimen de visitas sancionado en anteriores procedimientos, por lo que, invocando el artículo 158 del Código Civil, suplica del Juzgado que acuerde lo siguiente:

La exploración de la menor a fin de indagar sobre las motivaciones de la misma acerca de

su negativa a visitar al padre, o pernoctar con el mismo.

La emisión de un informe por el Equipo Psicossocial adscrito al juzgado acerca de las razones de dicha situación.

Que, en tanto se emita dicho informe, las entregas y recogidas de la menor por el padre se efectúen en un Punto de Encuentro Familiar.

Que, para el inminente período vacacional (verano de 2011), se disponga que la menor permanezca por semanas alternas con cada progenitor.

Se pone fin a dicho procedimiento, tras su tramitación conforme a la normativa procesal de aplicación al caso, mediante Auto de 11 de julio de 2011 que desestima las pretensiones deducidas.

Y contra dicho criterio decisorio se alza la citada litigante, solicitando de la Sala que, con revocación parcial del mismo, se acuerde que las entregas y recogidas de la menor se lleven a efecto en un Punto de Encuentro Familiar.

La parte apelada, en el trámite del artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega que, al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y de conformidad con lo prevenido en los artículos 156 y 158 del Código Civil, contra el auto resolutorio del mismo no cabe recurso alguno, lo que debe determinar la desestimación del ahora formulado, sin entrar en el análisis de fondo de la cuestión suscitada. Con carácter subsidiario, y de ser rechazada tal objeción procesal, se interesa la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Cierto es, según expone la dirección Letrada del apelado, que la decisión dirimente del Juez respecto de las discrepancias surgidas en el ejercicio de la patria potestad entre los progenitores de un menor, no es susceptible de recurso alguno, conforme previene el artículo 156 del Código Civil.

Sin embargo, las previsiones de dicho precepto no pueden hacerse extensivas a supuestos como el que nos ocupa, en el que las medidas interesadas por la actora no tienen encaje en las antedichas previsiones legales, afectando, por el contrario, a la regulación del régimen de visitas preestablecido en favor del progenitor no custodio, y respecto del que se alega que está afectando negativamente a la común descendiente, lo que, a tenor de lo postulado, debe determinar la activación de los mecanismos jurídicos de protección contemplados en el artículo 158 del Código Civil.

Tramitada dicha solicitud conforme a las normas sobre jurisdicción voluntaria, parece necesario recordar que, a tenor de lo prevenido en los artículos 1811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aún vigentes en esta materia, las resoluciones dictadas en tal entorno procesal son susceptibles de recurso de apelación.

Por ello, y siendo acorde a tales previsiones la decisión del Órgano a quo de admitir a trámite el recurso que hoy se somete a nuestra consideración, ha de decaer el inconsistente obstáculo formal que esgrime el apelado, determinando que deba entrarse en el fondo de la cuestión suscitada.

Previene el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

La proyección de tales previsiones a la estrategia diseñada por la hoy recurrente en el curso del procedimiento podría determinar, en principio y por sí sola, el rechazo de la novedosa pretensión que articula al evacuar el trámite del artículo 458 L.E.C., en cuanto la intervención del PEF que interesa para mediar en las entregas y recogidas de la menor tenía, en su planteamiento inicial, un carácter transitorio, esto es en tanto se emitiera informe por el Equipo Psicossocial, mientras que ahora se postula tal medida al margen de dicho condicionante.

Y aunque el principio del favor filii nos permite prescindir de dichas exigencias procesales de carácter general, la pretensión al efecto articulada se encuentra necesariamente abocada a su rechazo por razones de fondo, en cuanto las situaciones referidas en el escrito rector del procedimiento, acerca de la negativa de la menor a marchar con su padre, han tenido un carácter puntual, y no parece ser ajena dicha actitud de la menor a la influencia del entorno materno, reproduciendo ahora, si bien con distinto alcance, intentos de impedir, o restringir, las comunicaciones de la menor con el padre, hasta el punto de presentar contra este último denuncia por abusos sexuales en la persona de la hija, siendo finalmente sobrepasada la causa penal al efecto entablada. De otro lado, mal se entiende la solicitud deducida en el escrito rector del procedimiento sobre el fraccionamiento de los períodos vacacionales cuando, según se esgrime, la menor se niega radicalmente a ir con el padre y pernoctar en su entorno.

En el escrito de formalización del recurso, presentado una vez transcurridos casi tres meses desde que se dictó el Auto impugnado, no se hace

referencia alguna a nuevos incidentes en relación con las entregas y reintegros de la menor para el cumplimiento del régimen de visitas, exponiendo el Sr. Franco, a través de su dirección Letrada y en el trámite del artículo 461 L.E.C., que, desde entonces, ha podido recoger a la niña a la salida del colegio de manera normalizada, no existiendo en la actualidad conflicto alguno al respecto con el entorno familiar materno, ninguno de cuyos integrantes se ha personado, en tales ocasiones, en las inmediaciones del centro escolar.

Y siendo ello así, la postulada intervención del PEF supondría un injustificado retroceso en

la normalización de las relaciones paterno-filiales, cuando no un impedimento, de mayor o menor extensión temporal, dado el colapso que está sufriendo dicho servicio a causa de la crisis económica, con la consiguiente reducción de centros destinados a tal fin.

En consecuencia, no se ofrecen a nuestra consideración motivos hábiles en derecho que justifiquen la activación judicial de los mecanismos de protección que contemplan los artículos 94 y 158 del Código Civil, lo que determina, por su manifiesta inconsistencia, el rechazo del petitum revocatorio articulado.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

El ingreso que efectuó el padre por importe de 12.000 euros no tenía la finalidad de atender pensiones alimenticias futuras, sino abonar préstamos comunes.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 28 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en esta alzada la continuación de la ejecución alegando el pago de todas las cantidades reclamadas y aludiendo expresamente al ingreso realizado en el 28 de abril de 2008 por importe de 12.000 euros que se argumenta correspondían al abono anticipado de futuras pensiones para el supuesto de probables impagos posteriores dada la difícil situación económica que se atravesaba.

Pero tales extremos no quedan cumplidamente acreditados en los términos del artículo 217 de la LEC; antes al contrario, la prueba practicada en la primera instancia pone de manifiesto que el ingreso de referencia no tenía por finalidad saldar deudas pasadas y futuras relacionadas con la obligación del pago de la pensión alimenticia que aquí se reclaman.

Y ello por varias razones; tal y como se prueba en autos las partes litigantes en fechas inmediatamente anteriores al ingreso cuya razón o finalidad se cuestiona, firman unos pactos por los que acuerdan que suscriben un préstamo destinado a

cancelar deudas correspondientes a la sociedad de gananciales y entre cuyas estipulaciones se establece que el ahora apelante entrega a la interesada una cantidad de 10.000 euros. Si bien las cantidades, fechas y datos accesorios arrojan pequeñas diferencias, aquellos acuerdos ofrecen razón bastante y así se documenta para aquella imposición.

Y es así que, además, el resto de los ingresos del año 2008, entre ellos el de 31 de octubre de 2008 de 520 euros tienen como lectura concreta y así aparecen claramente identificados en el concepto de aquella imposición como manutención mensual, al igual que los de los meses de enero, abril, julio y agosto del mismo año, y otros tales como los de los meses de abril, agosto u octubre del año 2009, —siendo otras imposiciones de cantidades iguales o similares a los anteriores, forma y configuración específica en su denominación que, sin embargo, se omiten y no se expresan de forma alguna en la imposición e ingreso discutido de fecha 28 de abril de 2008 por importe de 12.000 euros que no contiene en

el documento de autenticación mención de ninguna clase sobre la causa de aquel ingreso.

No puede por ello entenderse que dicho ingreso obedecía a la razón que alega el recurrente

máxime si tenemos en cuenta que en tales fechas ni lejanamente las cantidades adeudadas por el demandada se correspondían con la importante suma global finalmente ingresada.

Dado que el importe de la tasación de costas y de la liquidación de intereses que debía abonar la demandada era consecuencia directa de la reclamación de la deuda alimenticia antes expuesta es de aplicación el artículo 608 de la L.E.C.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 21 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva interpuesta por la representación de Don Juan Manuel el 17 de Diciembre de 2009 contra Doña Cecilia, en la que se pedía despachar ejecución por la cantidad de 1.470 euros más la cantidad de 441 euros presupuestados para intereses y costas. El principal se reclamaba en concepto de pensión alimenticia adeudada de Junio a Diciembre de 2009. Dicha demanda tiene como título ejecutivo el auto de medidas provisionales de 29 de Mayo de 2009 y la sentencia de modificación de medidas de 1 de Septiembre de 2009, confirmada por la sentencia de esta sección de 8 de Julio de 2010 que fijan una pensión a favor del hijo Carlos Daniel de 210 euros mensuales a cargo de la demandada. Dicha demanda tuvo una respuesta positiva en el auto despachando ejecución de 11 de Febrero de 2010, en el que se declaró embargado 350 euros de la pensión que la demandada percibe de la Dirección Provincial de Toledo del I.N.S.S. La diligencia de ordenación de 10 de Septiembre de 2010 tuvo por satisfecho el principal reclamando. Esto se consideró también en el auto de 10 de Noviembre de 2010 que

rechazo la ampliación de la ejecución. El decreto de 4 de Febrero de 2011 aprobó la tasación de costas practicada por importe de 569'14 euros y la liquidación de intereses por importe de 81'32 euros y estando consignada en la cuenta de consignaciones la cantidad de 441 euros acordó remitir oficio a la Dirección Provincial de Toledo del I.N.S.S. a fin de que continúen el embargo hasta el pago de la cantidad de 209'46 euros, lo que fue efectuado. Dado que el importe de la tasación de costas y de la liquidación de intereses que debía abonar la demandada era consecuencia directa de la reclamación de la deuda alimenticia antes expuesta es de aplicación el artículo 608 de la L.E.C. que establece que «lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos» y por lo tanto el recurso de apelación debe rechazarse.

En el convenio regulador se estableció la obligación de pago de una cantidad, pero sujeta a plazo. En consecuencia el día a quo para aplicar la caducidad de la acción ejecutiva es el cumplimiento del plazo y no la fecha en que se firmó el convenio regulador.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 21 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Myriam Sambola Cabrer

El auto que declara caducada la acción ejecutiva derivada del título consistente en sentencia de divorcio consensuado de fecha 24 de abril de 2006 y deniega el despacho de la ejecución instada por el Sr. Gaspar quien combate la caducidad apreciada al amparo del artículo 518 LEC.

La sentencia de 24 de abril de 2006 aprobó convenio regulador en el que se contenía entre otras medidas y a los efectos que aquí interesan que «según se acordó en el convenio de separación se ha procedido a la transmisión en favor de la esposa de la mitad indivisa de la vivienda conyugal sita en Sant Cugat del Vallés, CALLE000, núm. NUM000 NUM000 NUM001. Queda en vigor la cláusula que contemplaba el pago de 22.537,95 euros condicionado a que se materialice la venta a terceros de la vivienda por importe superior o igual a 348.587,02 euros. En cualquier caso, alcanzada la edad de 25 años del hijo común Arnau, aunque no se haya materializado la venta a terceros del inmueble, se hará pago a D. Gaspar de dicha cantidad. «.

Efectivamente conforme a lo previsto en el artículo 518 LEC, el inicio de la actividad ejecutiva derivada de un título judicial está sometido a un plazo de caducidad de cinco años siguientes a la firmeza de la resolución. El auto apelado atiende al «dies a quo» establecido en el precepto referido prescindiendo de la obligación a plazo establecida en la cláusula sexta del convenio regulador aprobado judicialmente por el título ejecutivo. Sin embargo, el plazo de cinco

años para el ejercicio de la acción de ejecución no puede operar al margen de la naturaleza de la obligación de hacer que el título judicial contiene y que en este caso es una obligación a plazo. Las obligaciones a plazo sólo pueden ser exigibles cuando el día llegue, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1125 del Código Civil. Consecuentemente si se acoge la tesis mantenida en el auto apelado ninguna obligación de esta naturaleza con plazo superior a cinco años contenida en título judicial podría ser objeto de ejecución. Acompaña el ejecutante para integrar el título, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 550 LEC, documentación suficiente acreditativa del cumplimiento del plazo señalado para la exigibilidad de la obligación asumida por la Sra. África en el convenio aprobado por el título judicial cuya ejecución se demanda y consistente en la venta a terceros de la vivienda que fuera familiar, operada en julio de 2010. El «dies a quo» para el cómputo del plazo de cinco años debe computarse desde que se ha producido la venta por ser el momento de eficacia contractual de la obligación contraída y dado que la demanda de ejecución ha sido presentada el 28 de julio de 2011 no puede apreciarse la caducidad de la acción ejercitada. En consecuencia, procede, con estimación del recurso, revocar el auto dictado por el juzgado de instancia quien deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 551 LEC, dando a la demanda el curso previsto en la ley.

No puede reclamar un cónyuge intereses de demora de la cantidad que se estableció en el convenio regulador al no pactarse expresamente.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 19 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González**

Conocida la razón de ser de la presente alzada, en la extensión y términos antes dichos por la expresión del motivo que llevo a la representación legal de don Serafín, a apelar la sentencia de instancia; cabe decir en este momento del estudio de las actuaciones, que la solución a dar para resolver el presente recurso de apelación

es sencilla, de simple entendimiento; y por ello no es preciso que nos extendamos en mayores argumentaciones jurídicas para con estimación del recurso, revocar el auto de instancia apelado de 15 de febrero de 2012. En efecto, en el presente caso no deben sumarse para incrementar el principal reclamando con la presente de-

manda ejecutiva de 17.929,5 euros; los intereses moratorios del art. 1101 del CC desde la fecha del Convenio Regulador de la separación de 20 de octubre de 2006 aprobado por sentencia de separación de fecha 25 de enero de 2007, por cuanto dicha indemnización o intereses deben nacer o presuponen un contrato. En el caso el Convenio Regulador citado de 20 de octubre de 2006 (folio 25 vuelto) cláusula sexta, no se pactaron los intereses o indemnización moratoria del art. 1101 del C.Civil, luego no pueden pedirse para incrementar el principal desde el incumplimiento del Convenio Regulador; pues, se insiste y terminamos, debieron pactarse ex-

presamente por las partes; (*vid.* S.S.T.S de 20 de enero de 1983; los daños y perjuicios por la demora, deben probarse en proceso ordinario; y no incrementarse en un ejecutivo; (*vid.* S.S.T.S 24 de julio de 1987, 23 de marzo de 1992; y 30 de junio de 1999).

Si es lo procedente restar del principal reclamado en el presente proceso ejecutivo los intereses moratorios del art. 1101 del C.C.; procede en este punto la estimación de la oposición por plus petición; y, en su consecuencia, por lo dispuesto en el art. 561/1/1.ª de la L.E.C. no procede hacer pronunciamiento de condena en costas en la primera instancia a ninguno de los litigantes.

Si se pactó una pensión alimenticia para la hija mayor que quedaría en suspenso mientras estuviese trabajando es carga de la parte ejecutante acreditar que concurren las circunstancias previstas para poder reclamar las pensiones alimenticias.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

La controversia jurídico-económica que, a través del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su origen en la Sentencia que, en fecha 30 de octubre de 2006, puso fin al procedimiento de modificación de medidas complementarias de divorcio seguido entre los ahora litigantes y en la que, sancionando el acuerdo alcanzado por las partes, se dispuso que la hija común, entonces menor de edad, quedaría bajo la custodia del Sr. Aníbal, debiendo la otra progenitora abonar una pensión de alimentos, en pro de dicha descendiente, de 100 euros al mes, que se actualizaría anualmente conforme al IPC, si bien dicha obligación quedaría en suspenso mientras la hija estuviera trabajando y percibiendo ingresos propios por dicha actividad.

En la demanda rectora del presente incidente, don Aníbal reclama el abono de las pensiones que dice impagadas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2006 (200 euros, a razón de 100 euros cada mes), marzo a diciembre de 2007 (1.143 euros), el año 2008 completo (1.588 euros) y un mes, que no con-

creta, del año 2009 (134,18 euros), en un total de 3.065,18 euros.

Despachada ejecución en los términos así interesados, y tras la oposición articulada por la demandada, se pone fin al incidente mediante Auto de 11 de octubre de 2011, en el que se ordena seguir adelante la ejecución por la suma de 2.865,18 euros de principal, al descontar de la cifra reclamada por el demandante las pensiones de los meses de noviembre y diciembre 2006, en que la hija aún permaneció conviviendo con doña Erica.

Y contra dicho criterio decisorio se alza esta última litigante, alegando que no se ha acreditado que la hija no realizara actividad retribuida en los períodos a que se refiere la reclamación efectuada por el ejecutante, quien no ha aportado ningún tipo de documentación que sustente su pretensión.

Previene el artículo 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Añade el Tribunal

Supremo, ya desde viejas sentencias como la de 28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

Bajo tales ineludibles condicionantes legales, a la luz de su interpretación jurisprudencial, ha de señalarse, en primer lugar, el error de cálculo en que, respecto de la actualización de las pensiones, incurre el demandante en su inicial planteamiento pues, habiendo experimentado el IPC un incremento del 2,7% en el período diciembre 2005-diciembre 2006, la pensión alimenticia a partir de 1.º de enero 2007 debió quedar fijada en 102,70 euros al mes, que no en 127 euros como se hace constar en la demanda, pues ello supone un incremento del 27%.

Partiendo de dicha base, en cuanto correctora del error del que parte el demandante, las pensiones de los años posteriores han de quedar fijadas en los siguientes términos:

- Año 2008: 107,01 euros al mes (incremento del 4,2%).
- Año 2009: 108,51 euros (1,4%).

Por ello, y reclamando el ejecutante el pago de las dos mensualidades correspondientes al año 2006 (200 euros), otras nueve del año 2007 ($102,70 \times 9 = 924,30$ euros), toda las correspondientes al ejercicio 2008 ($107,1 \times 12 = 1.284,12$ euros), y una del año 2009 (108,51 euros), resultaría una cifra global de 2.516,93 euros, que habría de sustituir a la de 3.065,18 euros que se hace constar en dicho escrito rector del procedimiento y que acoge, sin salvedad ni crítica alguna, el Auto por el que se despacha la ejecución.

Ello sentado, no puede ignorarse que la Sentencia en la que se basa la reclamación ejecutiva supedita la posible exigencia de la obligación alimenticia a la carencia de ingresos propios por parte de la hija común, en tal modo que el pago de la pensión había de quedar en suspenso en tanto la alimentista estuviera trabajando y percibiendo, por ello, los correspondientes ingresos.

Obvio es que la acreditación de la situación económico-laboral de la citada descendiente, en

orden a la exigibilidad ejecutiva de la obligación debatida, correspondía al demandante, con quien convive la hija, conociendo por ello su status en tal ámbito, y teniendo a su alcance los oportunos medios probatorios a tal fin, a los que, por el contrario, no podía acceder directa y personalmente la demandada, y ello sin perjuicio de la obtención de los oportunos datos a través del Juzgado, mediante la proposición de los correspondientes medios de prueba y, entre ellos, bien la declaración de la hija, o la documental a obtener mediante los oportunos oficios a librar por el citado Órgano jurisdiccional, recabando la información de los organismos en que consta el devenir laboral de la alimentista.

En este tipo de procedimientos, las partes han de proponer los medios probatorios de que intenten valerse en el acto de la vista, de conformidad con lo, al respecto, prevenido en el artículo 560, en su necesaria y tácita remisión a los artículos 443 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y es lo cierto que la hoy apelante, en su escrito de oposición frente a la ejecución despachada en su contra, interesó la celebración de vista para el supuesto de que su planteamiento fuese impugnado por el ejecutante, lo que no acaeció así, al dejar transcurrir este último litigante el término al efecto concedido en absoluta inactividad procesal: A pesar de tal situación procesal, el Órgano a quo, sin acordar la celebración de la vista postulada, desestima la oposición, a salvo de la reclamación de las pensiones de los meses de noviembre y diciembre de 2010, y ello bajo la argumento de que la demandada «no formula motivo de oposición que pueda acogerse, más allá de señalar su desconocimiento de la situación laboral de su hija, que imputa a la alimentista y al ejecutante... no pudiendo pretender la ejecutada ampararse en dicha ignorancia toda vez que la obligación del pago de los alimentos le viene impuesta por la sentencia que ahora se ejecuta de la que tiene cumplido conocimiento...», no aportando ni justificando la citada litigante, en relación con las cantidades por las que se manda seguir adelante la ejecución, «motivo de oposición válido».

Tales consideraciones acaban, sin embargo, por prescindir del principio de la carga de la prueba que, consagrado en el artículo 217-2 L.E.C., recaía en el caso, como antes se ha ex-

puesto, sobre el ejecutante quien, en orden a la exigibilidad ejecutiva de la pensión de alimentos, debió demostrar que concurrían los condicionantes al efecto establecidos en el título judicial en el que basa su reclamación, esto es la falta de actividad laboral remunerada de la común descendiente, extremo este sobre el que guarda absoluto silencio, y no desarrolla ninguna actividad probatoria, no sólo en su demanda, sino también al no evacuar el trámite de impugnación, no obstante los alegatos al efecto realizados de contrario en su escrito formulado al amparo del artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha de tenerse en cuenta igualmente, al hilo de la argumentación contenida en la resolución impugnada, que la oposición del demandado puede basarse, no sólo en los motivos de fondo contemplados en el último de los preceptos citados, sino también en los de carácter formal o procesal a que se refiere el artículo 559 y, entre ellos, la nulidad del despacho de ejecución por no ajustarse la misma al título que debe servirle de imprescindible base (apartado 1-3.º de dicho precepto), y que, en el supuesto examinado podría amparar perfectamente la postura de la ahora apelante en el supuesto de que la alimentista, en los períodos objeto de reclamación, obtuviera ingresos laborales, como así se hacía constar en la Sentencia de cuya ejecución se trata, corres-

pondiendo la prueba de tal situación, según se ha expuesto, a la parte demandante, pues, como declara el Tribunal Supremo, la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se debe adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (vid Ss. de 15 de julio de 1988, 17 de julio y 23 de septiembre de 1989, entre otras muchas).

En cualquier caso, la incertidumbre que, respecto de la situación económico-laboral de la alimentista, se ha mantenido durante la sustanciación del procedimiento ante el Órgano a quo, ha quedado despejada en esta segunda instancia mediante la aportación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 752 L.E.C., del informe de vida laboral de la común descendiente, que pone de manifiesto que la misma ha figurado de alta en el sistema de la Seguridad Social, en distintas empresas desde el mes de septiembre de 2006, que alternó con períodos en situación de paro laboral, en los que fue beneficiaria de la correspondiente prestación por desempleo. Y así lo acaba por reconocer el ejecutante, al desistir de la acción entablada, lo que, en cumplimiento de lo establecido en la Sentencia que sirve de base a la demanda que encabeza las presentes actuaciones, ha de determinar la íntegra estimación del recurso formulado.

El cambio de domicilio del padre a Estados Unidos no es motivo para modificar el régimen de visitas en fase de ejecución de sentencia, pues esta cuestión debe resolverse en un procedimiento de modificación de medidas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 14 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de interposición del recurso de apelación planteado contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, solicita que se declare expresamente que era lo procedente modificar el régimen de visitas, teniendo en cuenta el actual domicilio del padre y el interés del menor, y en razón del cambio de residencia de aquél, quien ya tiene su domicilio

en Estados Unidos desde enero de 2010, derecho reconocido en aquel país desde el 7 de julio de dicho año, con comunicación del domicilio actual, refiriendo la imposibilidad de cumplir con el régimen de visitas establecido judicialmente.

Formalmente, no hay ningún motivo para estimar el recurso interpuesto, no obstante el hecho objetivo relativo a la residencia del de-

mandado en Estados Unidos, como tampoco es posible acordar en esta fase de ejecución la modificación del régimen de visitas, pues ello sólo es posible, salvo razones de urgencia, como lo demuestra el hecho de que el propio recurrente haya interpuesto la oportuna demanda de modificación de efectos, según lo ha anunciado, con criterios de coherencia, el propio recurrente por medio de otrosí del escrito de interposición de dicho recurso de apelación, adjuntándose demanda de modificación de medidas, de fecha 3 de enero de 2012.

Por ello, es lo procedente declarar formalmente correcto el auto apelado, que acordaba requerir al recurrente para el cumplimiento de la sentencia de 25 de enero de 2010, de divorcio, que aprobó el convenio de 1 de octubre de 2009, y en relación al régimen de visitas establecido para con el hijo menor de edad.

En modo alguno consta la comunicación del demandado a la parte actora el cambio de domicilio y de residencia, teniendo en conside-

ración que la demanda se presenta en julio de 2010, siendo así que en el mes de enero de 2010, fecha en la que según se dice se produce el cambio de residencia, debió la parte hoy recurrente comunicar fehacientemente tal circunstancia, de gran significación, a la demandante o al juzgado, de tal manera que alegándose en la demanda el desconocimiento del lugar de residencia, al tiempo que se afirma que el demandado ocultó dicho domicilio, se observa en la conducta del hoy recurrente un retraso injustificado en lo que se refiere al deber de poner en conocimiento el cambio domicilio, o bien del juzgado o bien de la propia parte ejecutante, circunstancias estas que no constan acreditadas.

Teniendo en consideración la imposibilidad de aceptar la pretensión planteada en el suplico del recurso de apelación, lo que tiene su encaje por medio del oportuno proceso de modificación de medidas, se declara ajustado a derecho, al momento en el que se dictó, tanto el auto de 5 de octubre de 2010 como el auto hoy apelado.

La negativa de la madre de las menores a permitir a la sobrina del progenitor su recogida en el colegio para el desarrollo del régimen de visitas con el padre, no está justificada. La sentencia de divorcio no impide que una tercera persona de confianza del progenitor pueda recogerlos.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 13 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La demanda del proceso de ejecución de sentencia de divorcio, instada por D. ISRAEL contra DOÑA Socorro, se refería a dar fiel cumplimiento al régimen de visitas establecido para regular las relaciones del progenitor con los dos hijos del matrimonio, menores de edad y sujetos a la guarda y custodia de la madre.

La no entrega del menor IZAN al progenitor para el desarrollo del régimen de visitas el día 24 de mayo de 2011, estaba justificada por consecuencia de padecer una patología de varicela, diagnosticada por la pediatra Doña Covadonga, del CAP Vilanova del Institut Català de la Salut, con prescripción médica de reposo

del paciente en casa durante un periodo de siete días.

El día de la denegación de la entrega del menor era el sexto de los siete prescritos por el facultativo médico. La citada enfermedad, que puede estar acompañada de un cuadro de fiebre, precisa según los parámetros de la ciencia médica de reposo e incluso de guardar cama durante un periodo de siete días desde la aparición de la sintomatología, consistente en pequeñas manchas en el cuerpo y en la cara.

En base a lo explicitado, y por seguir la progenitora la prescripción médica recomendada al menor, no puede entenderse que la misma in-

cumpliera injustificadamente el régimen de visitas paterno-filial.

La negativa de la madre de las menores a permitir a la sobrina del progenitor la recogida de los menores en el colegio para el desarrollo del régimen de visitas con el padre, no está justificada.

La sentencia de divorcio no impide que la recogida de los menores pueda hacerse por tercera persona de confianza del progenitor. La sobrina de 17 años de edad estaba facultada por el padre para recoger a sus hijos en el centro escolar,

pues no se trataba de persona desconocida por la madre, sino de pariente conocida por la misma, con suficiente responsabilidad, no obstante su no acceso a la mayoría de edad, para desempeñar tales funciones con el beneplácito y autorización del progenitor.

En este aspecto apreciamos, en el sentido ya expresado en la fundamentación jurídica del auto apelado, el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre de los menores, y en este aspecto deberá seguir adelante el proceso de ejecución.

Se aprecia el abuso de derecho en la reclamación de pensiones alimenticias por parte de la madre cuando la hija reside con la abuela materna y no le entrega cantidad alguna a ésta para atender las necesidades de la hija.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 12 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho

El recurso de apelación, interpuesto por la ejecutante Doña Custodia se circunscribe a la petición de que despache ejecución de los atrasos relativos a pensiones alimenticias y sus actualizaciones devengadas desde enero de 2006 a diciembre de 2010. Al respecto alega la apelante que no procede apreciar la figura del abuso de derecho, como efectúa el Auto recurrido, ya que, conforme lo preceptuado por el artículo 556 de la LEC la oposición a la demanda ejecutiva debe fundarse exclusivamente en alguno de los siguientes motivos: a) el pago o cumplimiento de lo ordenado en Sentencia, que habrá de justificarse documentalmente; b) la caducidad de la acción ejecutiva; y c) los pactos y transacciones que se hubieran convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones en documento público.

El título ejecutivo, en que se basa la demanda ejecutiva, es la Sentencia de juicio ordinario de 14 de octubre de 1998, por la que se establecía una pensión alimenticia a favor de la hija común de ambos litigantes. Al amparo de dicho artículo se pide, en concepto de las actualizaciones devengadas y del impago de pensiones atrasadas, la cantidad de 4.834,56 euros, en concepto de

principal. No obstante, el ejecutado Don Argimiro formuló oposición a la ejecución al amparo de la concurrencia de abuso de derecho por la parte ejecutante, ya que la hija convive con la abuela paterna desde el año 2003, razón por la que no le pagó las pensiones adeudadas. Por lo tanto, la problemática que se plantea es si la acreedora de la pensión alimenticia, en cuanto la madre ostenta la guarda y custodia de la menor, puede reclamar el cobro de las pensiones alimenticias o por el contrario concurre abuso de derecho.

La doctrina del abuso de derecho, siguiendo las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, se halla recogida en el artículo 7.2 del Código Civil, según el cual «La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. (Art. 7-2 del Código Civil). Aparte de lo establecido por el art. 7.-2 del CC, después de modificarse su título preliminar

en 1974, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recogido y sistematizado la doctrina del abuso de derecho, declarando que: «Incurrir en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercer, o para la sociedad; tesis ésta que ha sido patrocinada también por la doctrina científica, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales: a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por un específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Ahora bien, la jurisprudencia ha venido también inclinándose hacia el aspecto subjetivo, sin descartar tampoco como bueno el criterio objetivo, pero ha profundizado más en el primero, declarando la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1994, en su fundamento jurídico segundo después de referirse a los requisitos establecidos por la sentencia de 14 de febrero de 1944, que: «A partir de esta primera y completa descripción, la jurisprudencia ha seguido profundizando en el aspecto subjetivo, señalando que en todo caso es el móvil y es el fin el que hay que considerar, siendo necesario, para llegar a una conclusión afirmativa, preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad; es necesario establecer también por qué ha actuado y cómo lo ha hecho, y si ha obedecido a un motivo legítimo; es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista, la teoría del abuso de derecho adopta en sí un sentido, sino intencional, al menos subjetivo (Sentencias de 22 de Septiembre de 1959, 31 de Enero de 1969, 5 de Junio de 1972, 9 de Febrero de 1973, 5 de Mayo de 1973, 4 de Julio de 1973, etc.). La doctrina ha terminado concluyendo que la figura del abuso del derecho no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal, siendo en todo

caso de aplicación restrictiva, ya que se trata de una figura jurídica excepcional».

No obstante, como ha señalado un sector doctrinal, y ha recogido la jurisprudencia, deben distinguirse en el artículo 7-2.º del Código Civil, dos supuestos, el ejercicio abusivo o antisocial sin mayor cualificación y el abuso que origina daño a tercero, siendo la diferencia entre ambas especies de abuso la de que no es necesario el requisito del daño o perjuicio en el supuesto del ejercicio antisocial del derecho, si bien la propia jurisprudencia considera que tratándose de conceptos distintos, sus diferencias son de matiz, señalando la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1984 que «tales diferencias conceptuales pueden centrarse, principalmente, en que mientras «el abuso suele dejar abierto el camino a la idea de la lesión o daño que en términos generales provoca en un interés privado o particular, en el «uso antisocial» el sujeto perjudicado ofrece una mayor amplitud, en cuanto puede comprender tanto la comunidad en general como cualquiera de los grupos integrantes de la misma». En este segundo supuesto, por lo tanto, no es necesario un perjuicio o daño concreto e individualizado, sino que afecte a una generalidad de personas o a la sociedad.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1986, en su fundamento jurídico quinto, declaró: «Y así centrado el tema planteado por los recurrentes, se hace preciso adentrarse en él estableciendo: a) Que lo prescrito en el Código Civil en el precepto y número que se dicen infringidos, más que el «abuso del derecho» es el «abuso en el ejercicio del mismo», lógica restricción al durante siglos omnímodo e indiscutible principio «qui iure sue utitur neminem laedit»; b) Que los términos «abuso» o «ejercicio antisocial» empleados en los mismos, aun cuando ofrezcan diferencias sutiles y de matiz que carecen por regla general de trascendencia práctica –sentencia de veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro–, son clara muestra de la reprobación por parte del legislador hacia aquellas conductas que bajo una aparente acomodación a la norma disimulan o encubren, bien una arbitrariedad, bien una extralimitación; c) Clara consecuencia de ello es, que siendo el derecho positivo forma o expresión normativa de la vida social dirigida a la mejor

y más pacífica consecución del bien común, a través de la prescripción del «ejercicio antisocial del mismo» se está prohibiendo y en su caso sancionando, todos aquellos actos o conductas que impliquen o conlleven actuación abusiva del mismo, lo que conduce a quien de esta forma origine un daño, venga obligado a resarcirlo –sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro–». Asimismo, debe destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2007, fundamento jurídico tercero, la cual precisó que «el abuso del derecho es un límite intrínseco del derecho subjetivo (lo destacan las sentencias de 6 de febrero de 1999 y de 21 de diciembre de 2000) que tuvo una creación doctrinal, fue recogido por la jurisprudencia (a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1944) y proclamado por el Código Civil en su redacción del título preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974, artículo 7.2 y por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La esencia del concepto es el sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, conforme dice el Código civil, que es lo mismo que extralimitación. Concepto que ha reiterado la jurisprudencia (sentencias de 14 de mayo de 2002, 28 de enero de 2005, entre otras muchas, anteriores)». En el presente caso, la cuestión se centra en si la madre al reclamar las pensiones atrasadas con sus correspondientes actualizaciones incurre en abuso de derecho, ya sea como abuso en sentido estricto o como uso antisocial del derecho, pues en tal caso concurriría ese límite al derecho subjetivo y, por lo tanto, la actora no podría reclamar las pensiones alimenticias, ya que, aunque el artículo 556 de la LEC no contemple esta figura jurídica como motivo de oposición, esta Sección de forma reiterada ha venido recogiendo que puede alegarse como oposición, pues se trata de una institución que implica un límite al ejercicio de los derechos y presupone, por ende, que nadie puede ejercitar una pretensión fundada en el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (vid. art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El ejecutado, tanto al formular oposición a la ejecución como en las declaraciones efectuadas en la vista, afirmó que desde el año 2003 se llevo a su hija, primero a su casa, pero después se fue a vivir con su abuela; desde enero de 2003 vive

con su abuela materna y desde entonces no pagó la pensión de alimentos a la ejecutante, si bien tampoco planteó la modificación de medidas. Por otra parte, la testigo Doña Marí Trini, madre del ejecutado, manifestó que «mi nieta vive conmigo; mi hijo me ayuda cuando puede». Al ser interrogada esta testigo por ciertas transferencias, que se aportaron por la ejecutante con el escrito de contestación a la oposición, precisó que «se trata de excursiones y básquet, actividades que solía pagar la madre», pero «no le pedía dinero a ella; alguna vez ella le pagaba en efectivo para algunas compras concretas, pero de alimentación ella no le ha pagado nunca; ropa y otras cosas sí». Por otro lado, el demandado al formular oposición acreditó que Dolores, nacida en NUM000 de 1995, vive en el mismo domicilio que la abuela en Parets del Vallès, según se desprende del padrón municipal, dándose de alta la menor en dicho padrón en fecha de 13 de enero de 2003 (doc. 1 oposición). Es cierto que el censo por sí mismo no constituye una prueba fehaciente, pero por esas mismas fechas se matriculó a Dolores en la Escola Municipal PAU VILA de Parets del Vallès, como se desprende del Certificado de la citada escuela, en la que se constata que estuvo matriculada en dicho centro escolar desde el 14 de enero de 2003 al 20 de junio de 2007 (doc. 7 de la oposición). Actualmente, la menor estudia en el Instituto del Parets del Vallès desde el curso escolar 2007-2008, tal como se infiere del certificado que obra en el documento 3 de la oposición. En síntesis, de las pruebas practicadas se desprende: 1) desde el 14 de enero de 2003 la menor vive en la casa de su abuela materna en PARETS DEL VALLÈS; 2) desde el 13 de enero de 2003 la menor estudia en Parets del Vallès primero en el colegio PAU VILA y después en el Instituto; y 3) la madre no ha entregado cantidades a Doña Marí Trini para cubrir los gastos y necesidades de la menor, salvo algunas cantidades relativas a actividades extraescolares concretas como excursiones o básquet. En conclusión, la estimación de la demanda ejecutiva constituiría un beneficio para la acreedora de la prestación alimenticia, ya que la ejecutante ni se cuida de su hija, ni tampoco ha entregado dinero a la abuela materna para los alimentos de la menor, por lo que el cobro de las cantidades debidas, aunque sea acreedora de

ellas, consistiría en un claro abuso de derecho, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 7-2 del Código Civil, cuya naturaleza y requisitos hemos analizado anteriormente. En consecuencia, debe desestimarse el recurso

de apelación Doña Custodia contra el Auto de 23 de agosto de 2011, dictado por la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona, confirmándose íntegramente dicha resolución.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Derecho de uso de la vivienda familiar no puede tener repercusión alguna sobre el valor de la vivienda al no haber sido tampoco incluido como partida en la formación de inventario.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 28 de diciembre 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 declare como cantidad a abonar por la adjudicación de la vivienda la establecida en el informe de Tinsa o en su caso por la valoración emitida y conforme a lo establecido por el contador partidor designado por el Juzgado y alega entre otras razones que no teniendo en cuenta la valoración del usufructo lo que se produce es un enriquecimiento injusto del actor puesto que de la vivienda bien fuera enajenada a un tercero o bien adjudicada en pública subasta el fruto que obtendrían ambos cónyuges sería el marcado por la nuda propiedad del bien en el mercado, es decir, lo que se refleja en el informe pericial que obra en autos.

Por su parte Don Rafael se pide que se confirme la sentencia y se alega entre otras razones que la adjudicación del uso de la vivienda a los hijos o al cónyuge no es un plus de atribución a la hora de partir y recuerda que el derecho de uso no impide la partición y liquidación del 50 % de la participación indivisa que cada cónyuge tiene en la vivienda y señala que la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso.

Se cuestiona en esta alzada la valoración y adjudicación realizadas en la primera instancia y se pretende que se declare como cantidad a abonar por la adjudicación de la vivienda la establecida en el informe emitido por la sociedad

Tinsa o en su caso por la valoración emitida y conforme a lo establecido por el contador partidor designado por el Juzgado.

Es de señalar que la sentencia objeto de esta liquidación de la sociedad legal de gananciales corresponde a la sentencia de formación de inventario de 15 de marzo de 2010 y corresponde y es consecuencia de la sentencia de divorcio de 23 de junio de 2009 en el que se había hecho atribución del derecho de uso de la vivienda a los hijos y a la madre ahora recurrente.

Pues bien en aquella sentencia de formación de inventario de la sociedad conyugal de gananciales, se compone el activo de dicho inventario con las partidas de la vivienda, cuarto trastero y dos vehículos componiendo el pasivo las cantidades pendientes de pago a fecha de la liquidación del préstamo hipotecario. Ninguna mención se hace entonces, como no podía ser de otra forma, de dicha atribución del derecho de uso de la vivienda.

En este sentido es de recordar lo ya dicho en anterior resolución de este mismo Tribunal de fecha 6 de febrero de 1995, al indicar que –Ante tal situación afirmó que ese derecho de uso invocado es inexistente, pues por su naturaleza es temporal, que la atribución se hizo en acatamiento del artículo 96 del CC, y así llegaba a la conclusión de que carecía de contenido patrimonial, criterio

que es respaldado por esta Sala; es correcta su interpretación, y no se puede asimilar esa declaración a la constitución de un derecho real que atribuyera a su titular un poder o señorío inmediato sobre la cosa y que impusiera a todos, erga omnes, un deber de respeto o abstención. Es cierto que en materia de derechos reales la Ley Hipotecaria en el artículo 2 admite la inscribibilidad del dominio de los inmuebles y de los derechos reales inmobiliarios de, usufructo, uso, habitación, enfiteusis, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales. La consecuencia es que se deja a la jurisprudencia y a la doctrina la cuestión de precisar el carácter real de ciertos derechos subjetivos. Por ello la sentencia del TS de 4 de febrero de 1993 al referirse al derecho de uso afirmó que es limitado a las necesidades de los titulares, de carácter personal, y con particularidades que le dan individualidad jurídica, como son la temporalidad y su régimen jurídico, que ha de atender a su título constitutivo, y como en el presente caso nace de una medida complementaria en función del artículo 96 del CC., para atender a la situación de una esposa cuando se queda al cuidado de un hijo menor, no se puede equiparar esta situación a un derecho prolongado en el tiempo, más allá de la necesidad atendida en las medidas acordadas en la sentencia de divorcio—.

Tales consideraciones determinan la corrección de lo que se resolvió en la primera instancia habida cuenta que finalmente, y tal y como se contiene en el dictamen elaborado por Tinsa —si perjuicio de que el mismo contenga cálculos sobre la eventual incidencia en el valor de mercado de aquel derecho de uso recogidos en el capítulo de observaciones para el supuesto, en el caso hipotético de que se procediera a la venta del inmueble— se acoge la valoración realizada en aquel dictamen sobre el que ambas partes, por lo demás, muestran su conformidad, discrepando exclusivamente sobre el desglose que representa la incidencia relativa al derecho de uso que como decimos no puede tener repercusión alguna sobre el valor de la vivienda al no haber sido tampoco incluido como partida determinada en la formación de inventario, todo lo cual determina el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la sentencia recurrida, rechazando así también la pretensión subsidiaria concerniente al importe de valor que se contiene en el segundo informe elaborado por el contador partidario en una pendular tramitación habida cuenta ya la inicial posición de las partes respecto del informe de Tinsa y la inexistencia de aquel derecho de uso en la sentencia de formación de inventario.

No procede la indemnización del art. 1438 del CC toda vez que la esposa mantuvo su empleo de enfermera durante la vigencia del matrimonio y las tareas de cuidado de los hijos vinieron siendo realizadas en mayor o menor medida por ambos cónyuges.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 27 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a José de la Vega Llanes

Tampoco procede el derecho a indemnización con base en el art 1438 del CC Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el del CC será necesario: 1.º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2.º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa.

En el caso examinado no concurren los presupuestos exigidos para hacer acreedora a la esposa de dicha indemnización, por cuanto mantuvo su empleo de enfermera durante la vigencia del matrimonio y las tareas de cuidado de los hijos vinieron siendo realizadas en mayor o menor medida por ambos litigantes, sin que se haya demostrado que haya sido la esposa la que se ha dedicado en exclusiva a tales atenciones domésticas.

La esposa se dedicó a la casa desde que pactaron el régimen de separación de bienes, salvo periodos de tiempo en que ha trabajado y colaborado en negocios familiares, por lo que ponderando las circunstancias se fija una indemnización de 75.000 euros, precisando que el servicio doméstico no es por sí solo determinante para su procedencia.

AP Albacete, Sec. 1.^a, Sentencia de 21 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José García Bleda**

Alega en esencia la representación de la recurrente como motivos de su recurso:

1) Error de la juzgadora de instancia al valorar la prueba y al entender que no concurren los requisitos necesarios para establecer pensión compensatoria a favor de la recurrente ya que la recurrente tendría en el momento en que se interpone la demanda una situación económica claramente peor que cuando el matrimonio convivía ya que: 1) según ha reconocido el esposo este entregaba a su esposa 2.000 euros mensuales que dedicaba únicamente a manutención, vestuario y gastos ordinarios de la unidad familiar, 2) Tras deducir gastos de hipoteca, contribución, seguros y otros gastos de los ingresos por el alquiler del local (sito en la calle del Tinte, en el que la franquicia Sprinteen tiene instalado una tienda de ropa) la recurrente únicamente obtenía la cantidad líquida de 1.500 euros mensuales que se han reducido después de la vista del divorcio a unos ingresos líquidos de 1.200 euros mensuales, al tener que rebajar la renta, al menos durante un año, por exigencias de la titular de la franquicia Sprinteen de 12.448,50 euros anuales a 10.000,13 euros anuales, 3) El local de la calle del Rosario y en el que existe instalada una sala de música aunque formalmente está a su nombre pertenece a su hermano Pelayo y por tanto no puede ser objeto de valoración a efectos de ponderar la capacidad económica de la recurrente, 4) La venta de locales que el 10 de Junio de 2010 hizo Diego a la recurrente y que este se adjudicó al liquidar la sociedad ganancial se produjo a cambio de la entrega de 591.584 euros que este ingresó en su patrimonio y que la recurrente obtuvo con un préstamo hipotecario de 1.000.000

euros para pago de los locales y pago de la hipoteca del domicilio familiar de la CALLE000 núm. NUM000 concertado con Bankinter y que viene amortizando desde Agosto de ese año con una cuota mensual de 5.799,60 euros, 5) La situación económica de Diego ha mejorado después de separados, de hecho al recibir 591.584 euros que este ingresó en su patrimonio y pese a que, con reserva de su usufructo, ha donado una vivienda en la PLAZA000 a sus hijos ha obtenido ingresos por la venta de un chalet en Benidorm que ha vendido a Euroinversiones 3.000 (de la que al parecer es socio) y ha traspasado la cafetería Toscana, siendo además propietario de 19 adosados en la zona de Terra Mítica cerca de Benidorm que tiene un valor patrimonial de aproximadamente 5 millones de euros, por lo que aunque se descontaran gastos de amortización de hipotecas debe tener un activo patrimonial de aproximadamente 3 millones de euros y en consecuencia, por todas estas circunstancias debería establecerse pensión compensatoria ya que además esta sigue teniendo dedicación a los hijos que aunque residen fuera de la localidad regresan a Albacete los fines de semana.

2) Error de la juzgadora de instancia al valorar la prueba y al entender que no concurren los requisitos necesarios para establecer la indemnización prevista en el artículo 1438 del Código Civil, pues la recurrente se ha dedicado sin interrupción durante todo el tiempo de su matrimonio a sus hijos aunque en el año 1991 se cambiara el régimen de gananciales al régimen de separación y ha ayudado a su esposo en sus negocios de hostelería.

Al respecto de las alegaciones anteriores ha de indicarse:

1) El derecho a la pensión compensatoria se define en el artículo 97 del Código Civil, pues tal beneficio económico se reconoce en favor del cónyuge cuya separación o divorcio causa un desequilibrio económico teniendo en cuenta el status mantenido durante el matrimonio sin que sea un mecanismo igualador de economías dispares y también procede afirmar que el desequilibrio no se presume sino que es necesario prueba al respecto.

Los alegatos en orden a la fijación de pensión compensatoria tienen más encaje para rechazar o negar la indemnización o compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil, beneficio económico que corresponde cuando se pacta el régimen de separación de bienes.

La alegación de error de la juzgadora de instancia al valorar la prueba y al entender que no concurren los requisitos necesarios para establecer pensión compensatoria a favor de la recurrente ha de rechazarse, pues la recurrente reconoce que tiene bienes que le proporcionan rentas ya que reconoce que tras deducir gastos de hipoteca, contribución, seguros y otros gastos de los ingresos por el alquiler del local (sito en la calle del Tinte, en el que la franquicia Sprinteen tiene instalado una tienda de ropa) la recurrente obtenía la cantidad líquida de 1.500 euros mensuales siendo obvio que aunque tales ingresos se hayan reducido después de la vista del divorcio a unos ingresos líquidos de 1.200 euros mensua-

les, al tener que rebajar la renta, al menos durante un año, por exigencias de la titular de la franquicia Sprinteen de 12.448,50 euros anuales a 10.000,13 euros anuales puede mantener un nivel de vida adecuado o similar al que mantenía vigente el matrimonio.

2) Respecto a la compensación del artículo 1438 del Código Civil que se solicita ha de indicarse que para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el artículo 1438 del Código Civil es necesario que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa; y por lo tanto, los criterios basados en el enriquecimiento o incremento patrimonial del otro cónyuge no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico; es por ello que, en el presente caso, valorando que la esposa ha trabajado en casa, contribuyendo a las cargas del matrimonio desde el año 1991 en que se cambió al régimen de separación, salvo periodos de tiempo en que ha trabajado y colaborado en negocios familiares, pero no todo el tiempo de duración del matrimonio y vigencia del régimen de separación de bienes; y sin que el servicio doméstico sea por sí solo determinante para su determinación, se pondera en función de las circunstancias concurrente dicha indemnización en la suma total de 75.000 euros.

La mera cercanía en el tiempo de la venta un bien privativo y la compra de un bien ganancial es únicamente un indicio que por si solo no puede llevar a la inclusión en el pasivo de un crédito a favor de un cónyuge por la inversión de bienes privativos en favor de la sociedad de gananciales.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Teresa Vázquez Pizarro

Se impugna la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de un crédito a favor de Doña Cristina por considerar que la juez a quo ha incurrido en error al valorar la prueba practicada. La sentencia considera probado por la

prueba documental y testifical practicada que la Sra. Cristina empleó 2.500.000 pesetas que había recibido por la venta de un inmueble privativo para el pago del precio de la compraventa de la vivienda ganancial.

De la prueba documental aportada en autos se deduce que la compraventa de la vivienda ganancial se celebró el 9 de julio de 1997, sin que conste en la escritura referencia alguna a la aportación de bienes privativos de ninguno de los cónyuges, y que el día 27 de junio de 1997 la Sra. Cristina había cobrado 2.500.000 pesetas por la venta de un inmueble, que era privativo según resulta de la escritura pública de extinción de condominio aportada. Ninguno de estos documentos permite concluir que el dinero obtenido con la venta se aplicara a la adquisición del bien ganancial. El testimonio de la hija de las partes tampoco puede ser tenido en cuenta, ya que es difícil de aceptar que en la fecha en que se celebró la compraventa tuviera conocimiento de la procedencia de los fondos utilizados por sus padres para adquirir la vivienda, y su testimonio en todo caso, no sería suficiente para acreditar la naturaleza de dichos fondos.

El único dato que podría tenerse en cuenta para admitir las pretensiones de la parte actora,

sería la cercanía de las fechas de ambas operaciones de compraventa, pero es un mero dato indiciario que no puede servir para alcanzar la convicción sobre el carácter privativo de los bienes y la existencia de un crédito a favor de uno de los cónyuges frente a la sociedad. No resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las presunciones judiciales porque la forma lógica y normal de proceder habría sido reflejar en la escritura de compraventa de la vivienda que parte de los fondos empleados para el pago del precio, eran privativos. No puede establecerse un enlace preciso y directo entre ambas operaciones y el carácter del dinero empleado en la compraventa de la vivienda. Por ello, la prueba practicada en este punto es insuficiente a los fines pretendidos por la parte demandante que fue quien la propuso y a quien incumbía acreditar la realidad de los fundamentos de sus pretensiones. En consecuencia, el recurso debe ser estimado en este punto.

Hasta la liquidación, el patrimonio continúa siendo común, debiendo incluirse en el activo de la sociedad los rendimientos o incrementos de valor de los bienes.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Teresa Vázquez Pizarro

Sostiene el apelante en relación a los créditos de la sociedad, que deberán incluirse los derechos ganaderos de naturaleza ganancial sin mención alguna a las rentas que se obtengan por los mismos tras la disolución del matrimonio. La sentencia impugnada establece que se integran en el activo de la sociedad las rentas que se obtengan de los derechos ganaderos de naturaleza ganancial que se perciben a través de subvención anual, por ser un crédito de la sociedad.

Al respecto debemos señalar que es criterio doctrinal y jurisprudencial admitido que durante el periodo intermedio entre la disolución de la

sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria. Y, como ya se ha dicho, hasta la liquidación el patrimonio continúa siendo común, debiendo incluirse en el activo de la sociedad o comunidad los rendimientos o incrementos de valor de los bienes. En consecuencia, las rentas generadas hasta la definitiva liquidación de la sociedad deben incluirse en el activo.

Como la esposa se incorporó durante un tiempo al negocio familiar, obteniendo cantidades por su trabajo, la indemnización del art. 1438 del CC solo puede comprender el periodo en el que se dedicó a la casa. Se desestima la excepción de prescripción al no ser de aplicación el art. 1967.3 del CC, pues el derecho surge al extinguirse el régimen de separación de bienes.

AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta

El último motivo de apelación, esta vez recurrido por ambas partes, hace referencia a la compensación prevista en el art. 1438 del CC, solicitando D.ª Tania la suma de 135.000 euros, y por su parte, D. Adriano, bien que se declare la improcedencia de indemnización, bien que se reduzca a 14.400 euros. El art. 1438 del Código Civil establece que «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación». Está pues señalando la norma que ambos cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio y que esta se determina también en función del trabajo doméstico en el hogar familiar. La finalidad del legislador, a la hora de dar contenido a tal precepto, ha sido, en la medida de lo posible, paliar el principal defecto que se ha señalado en el régimen de separación al no hacer partícipes a ambos cónyuges de las ganancias del matrimonio y pensando en la situación del cónyuge, generalmente la mujer, que se dedica al trabajo en el hogar y no realiza una actividad remunerada. Pues bien, además de ser computado el trabajo para la casa como contribución a las cargas del matrimonio, la norma prevé también una compensación que el juez ha de señalar, a falta de acuerdo, cuando se produzca la extinción del régimen de separación, para así suavizar la desconsideración que el régimen de separación supone para el cónyuge que se dedica a la casa ya que, como antes decíamos y es público y notorio, no participa de las ganancias que el otro cónyuge tiene con su actividad fuera

de casa. Como quiera que, sobre esta materia, se han dictado resoluciones contradictorias en especial sobre si tal compensación exige el enriquecimiento del otro cónyuge como presupuesto del crédito o si, por el contrario, basta con haber trabajado para la casa, es preciso traer aquí a colación el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011. En el presente supuesto, como indica el juzgador de instancia, es procedente estimar la indemnización solicitada, pues efectivamente se pactó el régimen de separación de bienes, y durante un cierto tiempo, el comprendido entre 1995 y 2000, la esposa solo se dedicó a las labores del hogar y el cuidado de esposo e hijas. En cuanto a dicho período, el apelante indica que se constituyó la empresa Inter Rayma SL, en la cual la esposa era la administradora única, no obstante lo cual, y sin perjuicio de ello, no consta que la misma tuviera otra actividad que la meramente figurativa o formal de administradora, siendo de hecho el marido quien llevaba a cabo todas las labores y trabajo, aunque no estuviera sino solo en periodos escasos dado de alta como trabajador de la misma. Por el contrario, a partir del año 2.000 la esposa comienza a intervenir en el citado asador de pollos, y por tanto obteniendo cantidades por su trabajo, como se evidencia de la existencia de cuentas corrientes con diversos saldos en las mismas, por lo cual no cabe ampliar la indemnización a todo el periodo matrimonial, como solicita la esposa, sino exclusivamente limitado al periodo señalado en la sentencia de instancia entre 1995 y 2000, debiendo por ello desestimar el recurso interpuesto por la misma. Alega el marido la prescripción de la reclamación, en base a los art. 1967,3, 1966,3 y en su caso del art. 1964 todos del Código Civil, cuestión ésta que

no puede prosperar, pues ni se trata de abonar a «menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios», ni se trata de «cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves», y en cuanto al plazo de prescripción de acciones personales del artículo 1964, conforme al cual «las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los

quince», dicho computo debe realizarse desde que las mismas pudieron ejercitarse, por lo cual y estableciendo el art. 1438 en relación al supuesto de autos que, la compensación la señalará el Juez «a la extinción del régimen de separación», es ésta la fecha de la que debe partirse a la hora de fijar el inicio de dicho computo, el cual obviamente no ha transcurrido en la actualidad.

La indemnización del art. 1438 del CC no puede consistir en la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar el trabajo del hogar, ya que en ese caso la esposa no habría contribuido en nada, por lo que debe limitarse a ese exceso de la contribución que corresponde a cada cónyuge, debiendo precisarse que el trabajo doméstico no tiene un horario fijo.

AP Cádiz, Sec. 2.^a, Sentencia de 19 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta

Cuestión distinta es la determinación o cuantificación de dicha compensación, y así, la sentencia recaída en primera instancia en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de aplicar los criterios que se mencionaban en la STS de 14-7-11, es decir: «en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar». Como indica la anterior sentencia, esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite por dicho alto tribunal. Pues bien, este criterio puede perfectamente ser tenido en cuenta para fijar la compensación, pero no debemos olvidar también que conforme al art 1438 existe la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y que la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber

de contribuir, pudiendo contribuir con el trabajo doméstico, sin perjuicio de ese derecho de compensación. Por tanto, si el trabajo doméstico es una forma de contribuir, a las cargas matrimoniales, la compensación no puede extenderse a la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar ese trabajo del hogar (y cuya cuantía no tiene porqué coincidir con el salario mínimo interprofesional, pues el trabajo de hogar no tiene un horario fijo, sino que se extiende a las 24 horas del día), ya que en ese caso no se habría contribuido en nada, sino que debe limitarse al exceso de la contribución que correspondería a cada cónyuge, por lo cual y en atención a esta circunstancia, así como a criterios de equidad, parece conveniente, y asumiendo las cantidades señaladas en la sentencia de instancia, limitar al 50% el importe de la compensación establecida en la resolución recurrida, sin que ello afecte ni a la pensión compensatoria ni a la duración de la misma, debiendo en su consecuencia y en este punto revocar la sentencia recurrida, sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso.

No consta que en la utilización del dinero privativo para la compra de un bien ganancial se hiciera, de modo expreso o tácito, renuncia por su titular a su posible futuro reintegro, en los términos derivados de las previsiones del artículo 1.355 del Código Civil, por lo que han de prevalecer necesariamente, en las operaciones divisorias del acervo común, los derechos que a dicha litigante reconocen los artículos 1358 y 1398-3.^a del mismo texto legal.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 18 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

De conformidad con lo prevenido en el artículo 218 L.E.C., las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, debiendo dar respuesta a las mismas sin apartarse de la causa de pedir, lo que excluye el que los tribunales apoyen su final resolución en fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, y ello sin perjuicio de invocar las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido debidamente citadas o alegadas por los litigantes.

En el presente caso, y frente a la pretensión articulada por la Sra. Eugenia en orden a la inclusión en el pasivo societario, en cuanto crédito de la misma, de la suma que, procedente de la venta en un bien heredado de sus padres, fue invertida en las cargas y atenciones de la sociedad de gananciales, opone el actor que «en ningún momento se acredita el empleo de la cantidad de 40.586,31 euros a favor de la sociedad de gananciales, ni que se haya invertido en sufragar sus gastos o en adquirir bienes pertenecientes a dicha sociedad». Y se añade que la demandada no debería tener ningún problema en acreditar el empleo de la citada cantidad, probando, como mínimo, la confusión de ese capital con los fondos de la sociedad de gananciales (vid folio 95).

En dicho planteamiento se insiste en el acto de la vista celebrado en la instancia, en el que don Carlos José, al ser interrogado, expone que, si bien la citada suma se ingresó en una cuenta común, él no ha tocado el dinero, ni se ha gastado en beneficio de la sociedad ganancial, encontrándose depositado en Caja Madrid. La dirección letrada de dicho litigante, en las con-

clusiones realizadas en tal acto procesal, insiste en que no se ha demostrado que el repetido numerario haya sido empleado en la sociedad de gananciales.

La Sentencia apelada, prescindiendo de la estrategia así diseñada y, por ello, de las ineludibles exigencias del artículo 218 L.E.C., rechaza la inclusión en las operaciones divisorias de tal partida, argumentando, sobre la base de lo prevenido en el artículo 1355 del Código Civil, que nos encontramos ante un acto de liberalidad del consorte con la masa común, por lo que la postura que ahora se mantiene por quien hizo dicha aportación va contra sus propios actos.

Prevaliéndose de dicha argumentación, la dirección Letrada del Sr. Carlos José modifica, en el escrito de oposición al recurso, la estrategia diseñada en la instancia, pues ahora esgrime, contradiciendo sus anteriores alegatos, que nunca fue cuestionado por la hoy apelante que el dinero ingresado en la cuenta común, procedente de la venta del piso heredado de sus padres, hubiese adquirido la condición de ganancial, a lo que añade que «resulta claro y evidente que el precio recibido por la Sra. Eugenia fue, por expresa voluntad de esta última, empleado en hacer frente a gastos de la Comunidad de la Sociedad de Gananciales, sin que a la presente fecha sea posible discernir en que fue gastado».

En consecuencia, y en dicho trámite procesal, se viene a reconocer que el dinero de procedencia privativa de la esposa fue invertido en la cobertura de gastos propios de la sociedad de gananciales, desmontando así la argumentación fáctica en que apoyaba el actor su petitum excluyente en la instancia, en la que sostenía que no se

había hecho tal uso en pro de la comunidad económico-matrimonial, subsistiendo el numerario debatido en una cuenta de Caja Madrid, extremo este sobre el que ninguna prueba se aporta.

De otro lado, el originario ingreso de la suma objeto de debate en una cuenta de titularidad conjunta de los esposos tampoco ha de hacer concluir, por la vía del artículo 386 L.E.C., en su carácter ganancial. Al efecto debe recordarse que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la cotitularidad formal de una cuenta corriente no determina, por sí sola, la copropiedad, por partes iguales, de los saldos que arroje dicha cuenta, en cuanto una cosa es el contrato existente con la entidad financiera, y otra bien distinta la pertenencia de los fondos, puesto que la apertura de cuentas o libretas de ahorro, de forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que comporta, por tratarse de un depósito irregular, es que cualquiera de los titulares tiene frente a la entidad financiera plenas facultades de disposición del saldo, sin que ello determine por sí un necesario condominio sobre el

mismo, que vendrá determinado por las relaciones internas de los titulares bancarios conjuntos y, más en concreto, por la originaria pertenencia de los fondos ingresados de que se nutre la cuenta, de manera que el hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes iguales a los figurantes titulares (SSTS. 24-3-1971, 19-10-1988, 8-2-1991, 23-5-1992, 15-7-1993, 19-12-1995, 29-9-1997, 5-7-1999, 29-5-2000 y 7-2-2003, entre otras muchas).

Finalmente, y en cuanto tampoco consta que en la inversión de dicho numerario se hiciera, de modo expreso o tácito, renuncia por su titular privativa a su posible futuro reintegro, en los términos derivados de las previsiones del artículo 1355 del Código Civil, ha de prevalecer necesariamente, en las operaciones divisorias del acervo común, los derechos que a dicha litigante reconocen los artículos 1358 y 1398-3.^a del mismo texto legal, lo que determina el acogimiento del segundo, y último de los motivos del recurso.

No se puede acceder a la pretensión planteada por la parte apelante de realizarla tasación a precio actual del mercado cuando sea firme la sentencia pues se entraría en un debate permanente y continuo sobre dicha valoración.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 14 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

En otro orden de consideraciones, se hace referencia por la parte apelante a los valores señalados en la sentencia de 1 de abril de 2004, sobre formación de inventario, y a los informes periciales aportados por la parte apelante, de la entidad Tecnocasa, y se hace también una crítica a la valoración contenida en el cuaderno particional.

El procedimiento que se ha tramitado es el de liquidación de la sociedad legal de ganancias, de modo que éste es el momento para la averiguación de la definitiva valoración de los inmuebles, de tal manera que de acceder a la pretensión planteada por la parte apelante, sobre tasación a precio actual del mercado de los in-

muebles, incluyendo los anejos, se entraría en un debate permanente y continuo sobre dicha valoración, en el supuesto de esperar a la firmeza de la sentencia, lo cual no es admisible.

Ambas partes en su momento aportaron sendos informes periciales de diversas entidades de tasación, observándose discrepancias en dichos informes, de manera que la perito contador, y en orden a evitar propiciar otros gastos, ha tenido en consideración, correctamente, la referencia sobre publicaciones y documentación sobre valoración de inmuebles de la zona, obteniendo el valor medio de sendos inmuebles y anejos, una vez realizado un muestreo de los inmuebles en

venta en dicha zona, así como las ofertas inmobiliarias de pisos en venta en dicha zona, con informes de las agencias inmobiliarias, habiendo aclarado dicha perito en el acto de la vista que contaba para ello con toda la documentación necesaria, en orden a la correcta valoración de dichos inmuebles.

Ante ello, es lo cierto que la parte apelante no recabó en su momento tal documentación, ni pidió su examen y análisis, por lo que puede considerarse que estamos ante una valoración objetiva, imparcial, y basada en datos actuales, al momento en el que se realiza el cuaderno particional, y en relación a valoración con índices generales distintos a los índices de Madrid.

Ya resulta significativo que al momento en el que se da traslado del cuaderno particional a la parte apelante no se advierta que la valoración resulte arbitraria, no se propone pericial alguna

ni alternativa al respecto, a excepción de la petición de mantener la valoración contenida en el informe de tasación presentado por dicha parte, proponiendo formación de lotes, sobre la base de tal valoración, y las correspondientes adjudicaciones, partiendo asimismo de dicha valoración planteada por la parte.

Ello motivó en su momento la denegación de la prueba al respecto sobre nueva valoración de los inmuebles conforme a precios de mercado actual, y en orden a conseguir una definitiva tasación de dichos inmuebles.

En definitiva, en modo alguno puede considerarse arbitraria dicha valoración, pues este concepto, el de la arbitrariedad, entra de lleno en la falta de razón y de juicio o análisis técnico y pericial para llegar a una determinada conclusión, lo que no ocurre ni mucho menos en el presente caso.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La aplicación de medidas de protección del menor mediante el acogimiento en centro, cuando el tratamiento pueda requerir medidas de contención o restricción de la libertad de movimiento, requiere autorización judicial siendo competente para adoptar esta decisión el Juzgado de Familia.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 27 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María José de la Vega Llanes

Frente a la Resolución de Instancia que acuerda declararse incompetente para autorizar el ingreso no voluntario de la menor, Begoña en un centro especial, ha de resolverse por la Sala siguiendo el criterio que se ha marcado en el informe emitido por el Defensor del Pueblo respecto de los centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social.

Con referencia a los menores con conductas inadaptadas (aquellos que, sin prevalecer una enfermedad mental o una discapacidad psíquica, tienen una conducta que altera de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento ge-

neralmente aceptados o que comportan un riesgo para sí mismos o para terceros), se señala en el informe, que para su atención se prevé la creación de unidades educativo-terapéuticas por las Consejerías de Educación o Sanidad y, en el marco de la tutela o guarda administrativa, el acogimiento residencial especializado de menores con conductas inadaptadas, discapacidades psíquicas, trastornos mentales, enfermedades crónicas o toxicomanías y, en general, se establece que los centros de protección podrán estar dotados de medidas de seguridad y contención y que sus normas internas podrán contemplar medidas de restricción de la movilidad de entrada y salida.

La Administración, asumida la tutela o la guarda de los menores, podrá adoptar como medida de protección su ingreso en un centro de acogimiento residencial. Cuando se trate de un centro abierto con un proyecto educativo que no implique medidas de restricción de libertad, no será necesaria la Autorización Judicial».

«La autorización judicial y, en su caso, la comunicación al Ministerio Fiscal, será necesaria cuando la Administración, o incluso, los responsables legales, acuerden el internamiento del menor en un centro que no sea de régimen abierto y, por tanto, en el que se apliquen medidas de restricción de libertad aunque sea con la finalidad de brindarle la atención especializada que necesite. El art. 271 CC, establece garantías «El tutor necesitara autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial». Además, los menores solo podrán ser ingresado en uno de estos centros cuando quede acreditado y con todas las garantías, que esta medida es imprescindible para brindarle la atención especializada que precisa. De otro modo, el menor deberá ser acogido en un centro

de protección normalizado y aplicar el proyecto educativo que le permita superar su especial situación de desprotección. En esta materia, no puede confundirse ni entrelazarse, como sucedió en la etapa preconstitucional, las medidas de protección de los menores, que son las únicas que puede adoptar la Administración, con las medidas de reforma que, en todo caso, debe acordar la autoridad judicial con todas las garantías previstas en el Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores».

En consecuencia, se ha entendido que la aplicación de medidas de protección del menor mediante el acogimiento en centro, cuando el tratamiento pueda requerir medidas de contención o restricción de la libertad de movimiento, requiere autorización judicial, con base en lo dispuesto en el art. 271 CC. Atendido lo indicado ha de concluirse, en contra de lo resuelto en el auto y de conformidad con la parte recurrente, que la medida de protección necesita autorización judicial, en cuanto puedan aplicarse medidas de contención o restricción de libertad, lo que tiene amparo legal en el art. 271 CC.

No puede constituirse la tutela ordinaria cuando los padres no están privados de la patria potestad, siendo indiferente que el menor viva con sus tíos en España y que los padres residen en Guinea.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 11 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

En el escrito que encabeza las actuaciones que, por vía del presente recurso, se someten a nuestra consideración, doña Flora solicita que se constituya la tutela respecto del menor Victoriano, nombrando a aquélla para el desempeño de dicha función.

En apoyo de tal de pretensión se alega que Victoriano, sobrino de la demandante, convive con ella en España desde el año 2006, y ello con la aquiescencia de los progenitores de dicho menor, residentes en la República de Guinea Ecuatorial, quienes otorgaron poder notarial en favor

de la citada solicitante a fin de que le pudiera cuidar y educar.

Y contra el criterio decisorio plasmado en el Auto dictado por el Órgano a quo, inadmitiendo, a límine litis, la demanda presentada, se alza la actora, interesando de la Sala su revocación y, en su lugar, se ordene al Juzgado que dé curso a la solicitud presentada; pretensión que encuentra la frontal oposición del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

La problemática jurídica en tal modo suscitada ha de encontrar respuesta del Tribunal me-

dian­te la proyección al caso de las pre­vi­sio­nes al efec­to con­te­ni­das en el ar­tícu­lo 222-1.º del Códi­go Civil, con­for­me al cual es­ta­rán su­je­tos a tu­te­la los me­no­res no eman­ci­pa­dos que no es­tén ba­jo la pa­tria po­te­stad. De­cla­ra, al res­pec­to, el Tri­bu­nal Su­pre­mo que si la tu­te­la es un or­ga­ni­smo su­ple­to­rio de la pa­tria po­te­stad, cuyo na­ci­mien­to se ope­ra por la in­exis­ten­cia de ésta, es evi­den­te que si la mis­ma exis­te, el in­sti­tu­to tu­te­lar care­ce de ra­zón de ser (Sen­ten­cia 12 de ju­lio 1985).

En de­fi­ni­ti­va, nos en­con­tra­mos ante dos fi­gu­ras le­ga­les que, por su pro­pia na­tu­ra­leza y fi­na­li­dad, re­sul­tan in­com­pa­ti­bles en­tre sí, de mo­do que exis­tiendo una de ellas no es po­si­ble su sub­sis­ten­cia si­mul­ta­nea con la otra.

Y así aca­ece en el su­pue­sto exa­mi­na­do en el que, vi­vien­do los pa­dres del me­nor, no se a­cre­di­ta, y ni si­que­ra se alega, que los mis­mos ha­yan si­do pri­va­dos de la pa­tria po­te­stad, úni­co su­pue­sto que, a tenor de las an­te­di­chas pre­vi­sio­nes le­ga­les, ha­bi­li­ta­ría la con­sti­tu­ción del or­ga­ni­smo tu­te­lar.

Tam­po­co pue­den ope­rar en el caso, al con­tra­rio lo que alega la di­rec­ción Le­tra­da de la re­cu­ren­te en el trá­mi­te del ar­tícu­lo 458 de la Ley de En­jui­cia­mien­to Civil, las pre­vi­sio­nes con­te­ni­das en el apa­ta­do 4.º del an­te di­cho ar­tícu­lo 222, que ha­ce ex­ten­si­va la in­sti­tu­ción tu­te­lar a los me­no­res que se ha­llen en si­tuación de desam­pa­ro, pues tal pre­cep­to ha de po­ner­se en ne­ce­sa­ria re­la­ción con el 172 del mis­mo tex­to le­gal que asig­na, no por de­ci­sión ju­di­cial si­no por mi­nis­te­rio de la ley, la tu­te­la de los me­no­res desam­pa­ra­dos a la cor­res­pon­diente en­ti­dad pú­bli­ca, que no a los pa­rien­tes más ce­rca­nos de aquél­los, de­fi­niendo el mis­mo pre­cep­to 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 ci­ta­dos me­no­res, cuan­do éstos

que­den pri­va­dos de la ne­ce­sa­ria asis­ten­cia mo­ral o ma­te­rial.

Y es lo cier­to que en el su­pue­sto exa­mi­na­do ni se pro­duce tal si­tuación, en cuan­to, según se alega, el me­nor se en­cuen­tra, desde ha­ce a­ños, de­bi­da­men­te aten­di­do, en su cui­da­do y for­ma­ción, por la so­li­ci­tan­te, ni, en la hipó­te­sis con­tra­ria, a tenor de lo ex­pue­sto, el cargo tu­te­lar po­dría re­caer sobre di­cha pa­rien­te.

En con­se­cuen­cia, he­mos de coin­ci­dir ple­na­men­te con el cri­te­rio de­ci­so­rio al efec­to re­co­gi­do en la re­solu­ción im­pug­na­da, en cuan­to las con­di­cio­nes en que se en­cuen­tra el me­nor no per­mi­ten, en mo­do al­gu­no, ac­ti­var el im­pe­tra­do me­ca­ni­smo de pro­tec­ción, con­ce­bi­do para su­pue­stos dis­ti­n­tos del que se ex­pone a nues­tra con­si­de­ra­ción.

Ello, sin em­bar­go, no ex­cluye la adop­ción de otro ti­po de me­di­das, en or­den a la pro­tec­ción de los in­te­re­ses del ci­ta­do me­nor. Así, el ar­tícu­lo 158 del Códi­go Civil re­co­ge la po­si­bi­li­dad de que el Juez, de ofi­cio, o a in­stan­cia del pro­pio hi­jo, de cual­quier pa­rien­te o del Mi­nis­te­rio Fi­scal, adop­te las me­di­das que es­ti­me o­por­tu­nas para evi­tar per­jui­cios a aquél, sien­do in­clu­si­ve vi­able la atri­bu­ción de la cus­to­dia a per­so­nas dis­ti­n­tas de sus pro­ge­ni­to­res (vid Sen­ten­cia del Tri­bu­nal Su­pre­mo de 29 de mar­zo de 2001), y ello, en­tre otros su­pue­stos, cuan­do los mis­mos, co­mo en el caso se ex­pone, no pue­dan ha­cer­se cargo de las fun­cio­nes de cui­da­do di­rec­to, ali­men­ta­ción y edu­ca­ción in­he­ren­tes a la pa­tria po­te­stad, en los tér­mi­nos pre­ve­ni­dos en el ar­tícu­lo 154 del Códi­go Civil.

En de­fi­ni­ti­va, es en di­cha vía le­gal, si a su de­re­cho con­vi­niere, por la que la aho­ra ape­lan­te po­dría in­star la adop­ción por los tri­bu­na­les de las cor­res­pon­dientes me­di­das de pro­tec­ción del me­nor, pues, según se ha ra­zo­na­do, queda ne­ce­sa­ria­men­te ex­clui­da la que re­ite­ra ante la Sala, al no con­cur­rir los con­di­cio­nan­tes bá­si­cos al efec­to exi­gi­dos por la nor­ma­ti­va vi­gen­te.

FILIACIÓN

Practicada la prueba biológica de forma privada, no es necesario practicar una nueva prueba biológica en el proceso de filiación, prueba por otra parte no pedida en primera instancia ni al interponerse el recurso de apelación.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 13 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

La última alegación que se hace en el recurso de apelación es que la prueba biológica de paternidad en base a cuyo resultado se había declarado la paternidad del demandante no ofrecía garantías, no habiéndose practicado un contra análisis a instancias del Juzgado, siendo una pericial de parte, lo que limitaba su validez como prueba.

El motivo de recurso no debe prosperar. En principio ha de tenerse en cuenta que el demandante alegó en su demanda que él y la demandada habían iniciado una relación sentimental en agosto de 2008, trasladándose ella a Madrid para vivir con él en febrero de 2009, habiéndose quedado ella embarazada durante dicha convivencia, teniendo una relación sentimental pública, notoria y pacífica, conocida por amigos, familiares y vecinos,

Estos hechos fueron admitidos por los demandados en comparecencia efectuada ante el Juzgado en enero de 2011, manifestando que se allanaban a la demanda si bien posteriormente manifestaron en nueva comparecencia ante el Juzgado (pasado ya el plazo para oponerse a la demanda) que no estaban conformes con la demanda y que dejaban sin efecto el allanamiento.

En el acto del juicio el demandado Sr. Juan Ignacio declaró que no convivía con su esposa durante la época de la concepción, y ella declaró que durante la gestación convivía con el demandante en Madrid. También manifestó que estuvo presente y consintió cuando se tomaron

las muestras al niño en el laboratorio en Madrid donde se realizó la prueba de paternidad.

Esta declaración es coherente con lo manifestado por el actor de que la progenitora del menor y él estuvieron de acuerdo en realizar las pruebas de paternidad, que buscaron y encontraron la clínica donde hacerlas, acudiendo ambos, tomando las muestras al niño con consentimiento de la madre.

La recurrente, por su parte, no ha propuesto que se realizasen en esta alzada nuevas pruebas ni tampoco lo solicitó en el acto de la vista en la primera instancia y, a juicio de la Sala, de conformidad con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, no son precisas al haber quedado debidamente acreditada la paternidad del demandante respecto al hijo de la demandada, mediante la prueba pericial biológica practicada a instancia del actor en la primera instancia, habiéndose practicado testifical mediante la declaración del representante del laboratorio, de la que resulta que las muestras de las que se extrajo el ADN del actor y del hijo de la demandada fueron tomadas por el personal del laboratorio directamente de los mismos, en sus instalaciones, donde fueron analizadas, careciendo de trascendencia que fuese el demandante quien abonase el coste de los análisis, lo que no priva de valor al resultado de las pruebas, del que resulta una probabilidad de paternidad del 99,99999%, todo lo cual debe llevar a la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia.

No se trata solo de que el actor no aporte principio alguno de prueba de la realidad de unos hechos que afirme acontecidos, es que se basa en meras suposiciones o conjeturas que realiza por manifestaciones que atribuye a la demandada, a través de cuyas referencias infiere que puede ser padre de dos hijos, de cuya existencia no tiene dato alguno.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 4 de diciembre de 2012

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández

La juzgadora de instancia rechaza la demanda de reclamación de filiación paterna no matrimonial al inicio por no aportarse con la misma un principio de prueba, y ciertamente, el artículo 767.1 de la L.E.Civil, recogiendo el contenido de los ya derogados artículos 127 y 135 del Código Civil, establece especialidades en materia de procedimiento y prueba en los pleitos sobre filiación, paternidad y maternidad, al disponer:

«En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde».

Regula en suma un presupuesto de procedibilidad, de naturaleza estrictamente procesal, que tiene su justificación en la necesidad de imponer unos límites para impedir la presentación injustificada de demandas temerarias o totalmente infundadas, creando procesos que pueden originar conflictos a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes.

No es menos cierto que el Tribunal Supremo ha admitido la denominada interpretación espiritualizada del concepto de «principio de prueba» a los efectos del artículo 127.2 del Código –hoy derogado, como se ha dicho– en la actualidad del artículo 767.1 de la Ley Procesal 1/2000. Con un criterio flexible y amplio, la Sala Primera del Alto Tribunal ha admitido incluso, y así su sentencia de fecha 3 de diciembre de 1991, que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, porque, según añade en la de fecha 23 de octubre de 1993, el requisito procesal del número 2 del artículo 127 constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una res-

tricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución y que se confirma en profusa jurisprudencia de la que es exponente la sentencia también de la Sala Primera de 18 de mayo de 2000.

No obstante, en el supuesto de autos la expresada doctrina carece de encaje, toda vez que no se trata solo de que el actor no aporte principio alguno de prueba de la realidad de unos hechos que afirme acontecidos en el escrito generador del proceso, es que se basa en meras suposiciones o conjeturas que realiza por manifestaciones que atribuye a la demandada, a través de cuyas referencias infiere que puede ser padre de dos hijos, de cuya existencia no tiene dato alguno, que por consiguiente no aporta, limitándose a traer a los autos, por cierto, a requerimiento del órgano judicial de instancia, dos certificaciones negativas del Registro Civil de Madrid, de las que resultan no inscritos en el tiempo comprendido entre el 31 de mayo de 2008 y 17 de noviembre de 2009 y el 7 de julio de 2012, los nacimientos de Ezequías y Belén, hijos de Liliana.

En estas circunstancias, ha de estarse al tenor literal del artículo 767 de la L.E.Civil, al no ser dable la admisión de la demanda a trámite, por lo que es absolutamente correcta la decisión de la Juzgadora «a quo», cuyo criterio comparte, suscribe y hace propio esta Sala en la presente, con desestimación del recurso deducido frente al auto de fecha 21 de febrero de 2012, sin que con ello se produzca indefensión alguna al recurrente, cuya acción queda incólume, toda vez que podrá sin duda ejercitarla nuevamente, aportando al escrito correspondiente principio de prueba suficiente, incluso valiéndose a tal efecto del resultado de diligencias preliminares, al amparo

de los artículos 256 y siguientes de la L.E.Civil, si viere convenir a su derecho, solicitando declaración de la demandada, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre los extremos a que se hace alusión en la demanda, nacimiento de

los hijos, con exhibición de las respectivas inscripciones de nacimiento en el correspondiente Registro Civil, reclamación de alimentos al actor y entrega de cantidades en tal concepto a la demandada.

UNIONES DE HECHO

Debe aprobarse en su totalidad el convenio suscrito por una pareja de hecho aunque en él se incluya una cláusula en virtud de la cual se adjudica la vivienda al conviviente con la obligación de hacerse cargo del pago de la totalidad del préstamo hipotecario.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz Muyor

El recurso de apelación tiene por objeto la denegación por parte del Sr. Magistrado de instancia de la aprobación del pacto tercero del convenio suscrito por los apelantes para su homologación judicial, que tiene por objeto la adjudicación a D. Constantino de la que fue la vivienda familiar, sita en Sant Carles de la Rápita, asumiendo este el pago de la hipoteca que grava la misma, entendiendo que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 748 y 770.6 de la LEC, solo puede resolverse sobre las medidas referentes a los hijos menores de edad.

Consta que la demanda fue presentada por ambos progenitores, acompañando el convenio regulador; que se procedió a la admisión de la demanda declarándose el Juzgado competente objetivamente; y que ambas partes se ratificaron en el convenio en todo su contenido.

La problemática que se plantea en este recurso debe tener en cuenta dos consideraciones para estimar el recurso y aprobar u homologar el convenio en todo su contenido, aun cuando se contengan en el mismo pacto que se encuentran fuera del ámbito de regulación de la Ley de Uniones Estables de Pareja. La primera de ellas, es que si el Juez a quo, entendía que no era competente para conocer de alguna de las acciones ejercitadas en la demanda presentada de mutuo acuerdo, y por tanto entendía que no procedía

la acumulación objetiva de dichas acciones en una misma demanda, debía haber concedido a las partes la facultad de optar, conforme ordena el artículo 73 apartado 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La segunda consideración y sin duda la más importante es la que se invoca por la parte recurrente. El convenio regulador suscrito constituye un todo unitario, los pactos se hallan entrelazados o relacionados entre sí, de manera que puede no quererse el contenido de una de las cláusulas si no se aprueba o aprueban las otras cláusulas. Por dicha razón cuando se considera que una de las cláusulas, por los motivos que fuere, no debe ser aprobada, la Ley Procesal, establece un mecanismo que permite a las partes presentar un nuevo convenio. Cabe reproducir en este supuesto el contenido de la SAP de Barcelona, (Sección 18) de fecha de fecha 22 de abril de 2003, que sostiene que la no aprobación de parte del convenio por falta de competencia objetiva «siempre que los pactos no sean contrarios a lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil, conlleva e implica una interpretación evidentemente discriminatoria respecto de las uniones de hecho o familias no matrimoniales frente a las que han contraído matrimonio, que es contrario a lo dispuesto en los artículos 14 y 39 de la Constitución, y asimismo al principio de tutela judicial efecti-

va previsto en el artículo 24 de la propia Carta Magna; sin poder obviar ni desconocer, además, que el pleito contencioso no tiene ni puede tener el mismo tratamiento que el de mutuo acuerdo, pues la doctrina jurisprudencial tiende a ser mucho más flexible –en particular en los juicios de separación, divorcio y nulidad– y los órganos jurisdiccionales suelen aprobar en tales procesos el convenio en su integridad, siempre que no exista ningún pacto que sea contrario a las leyes, a la moral, al orden público y no afecte a los intereses de los hijos menores de edad, y ello es lógico, toda vez que los convenios, son el resultado de los acuerdos de las partes como un todo y en muchos casos van entrelazados unos pactos con otros, y su no homologación judicial en bloque podría incluso dividir la continencia de la causa y resultar contrario a lo realmente querido por los propios contratantes». Asimismo se señala que «la sentencia apelada acoge una interpretación excesivamente formalista de las normas procesales que conduce a exigir a las uniones estables de pareja la presentación de dos convenios reguladores, uno que contendría las medidas relativas a los hijos y otro que contendría las medidas relativas a convivientes. El primer convenio se presentaría y se sustanciaría

por los trámites del art. 777 de la LEC y el segundo, según la tesis que se sostuviera, por los trámites de la Jurisdicción Voluntaria, o por un procedimiento declarativo en el que se llegara a un acuerdo u otra vía que resultara procedente, dada la orfandad de regulación procesal sobre esta materia. La solución formalista adoptada en la sentencia, a la que lleva la ausencia de regulación procesal es antieconómica y contraria a la seguridad jurídica, debiéndonos inclinar por la vía de permitir la tramitación de la homologación del convenio en su conjunto por el procedimiento regulado en el artículo 777 de la LEC. El procedimiento regulado en dicho precepto es similar al de jurisdicción voluntaria, y no se aprecia inconveniente alguno en hacerlo extensivo a los acuerdos entre convivientes, en aras a la tutela judicial efectiva.

Esta misma interpretación viene hoy sustentada por el art. 234-8.1 CCC que se refiere a la atribución entre los miembros de la pareja estable, de la vivienda familiar, y la Disposición Adicional 5.ª de la Llei 25/2010, del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia, que contempla la posibilidad de resolver sobre la citada vivienda, por lo que procede homologar el pacto en cuestión.

Estamos ante unas obras de conservación que deben conceptuarse como gasto propio derivado de la convivencia sin derecho a reembolso. Por lo que se refiere al saldo en cuenta corriente, es claro que no se trató nunca de una cuenta indistinta, siendo el conviviente mero autorizado. En resumen, la mera circunstancia de existir una convivencia «more uxorio» no genera una comunidad de bienes divisible al final de dicha convivencia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Aurelio Sanz Acosta**

En el escrito inicial que encabeza este procedimiento, se promovió demanda de juicio ordinario, en ejercicio de una acción de división de la comunidad de bienes existente entre las partes, derivada de la unión estable de pareja habida entre ambos.

Por la demandada, se opuso a dicha pretensión, al considerar que no ha existido comunidad

de bienes genérica sobre todos los bienes indicados en la demanda, sino que únicamente fueron algunos muebles o enseres los abonados con dinero común.

La sentencia dictada, estimo en parte la demanda, ordenando únicamente la división de determinados bienes muebles y enseres comunes.

Disconforme el demandado, se formula recurso de apelación, alegando en síntesis, error en la valoración de la prueba por el juzgador de la primera instancia, puesto que de lo actuado se desprende la existencia de un patrimonio común de los convivientes, que debe disolverse y liquidarse en la forma pretendida en la demanda.

Alegando el error en la valoración de las pruebas por el juzgador de la primera instancia, debemos recordar que como viene diciendo esta Audiencia Provincial, debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Por otro lado, esta Audiencia, de forma constante y en términos generales, viene manteniendo que «la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una

conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos».

El Tribunal Supremo se ha pronunciado, en su sentencia de Pleno de 12 de septiembre de 2005, sobre las relaciones entre la unión de hecho y el régimen jurídico matrimonial, indicando que «es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio – Sentencia del Tribunal Constitucional 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.

Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio (...) 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. Esta doctrina referente a que la unión de hecho no es una situación no equiparable al matrimonio, se ha mantenido inalterable hasta la actualidad, siendo una de las últimas sentencias del Alto Tribunal que la refiere la de 7 de julio de 2010.

En particular, y en lo que se refiere a la aplicación analógica del régimen económico matrimonial a las uniones de hecho, la sentencia del Alto Tribunal de 17 de enero de 2003, ya señalaba que «no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicado por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001)».

Ahora bien, a pesar de esa afirmación de inaplicabilidad analógica del régimen económico matrimonial a las uniones de hecho, el Tribunal Supremo no ha cerrado por completo la posibilidad de dar solución a estas situaciones, acudiendo a distintas vías, una de las cuales pasa por la apreciación de la existencia de una comunidad de bienes, como se indica en la sentencias de 18 de mayo de 1992 o 26 de enero de 2006, que puede ser objeto de disolución o liquidación. La posibilidad de aplicar la división de la cosa común a estos supuestos ha sido reiterada por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2010.

Pues bien, entrando al análisis del recurso, debe partirse del hecho admitido por los litigantes y referido en la sentencia, relativo a que no existió pacto expreso de comunidad de bienes.

Constatada esta innegable realidad, es evidente que solo puede llegarse a la conclusión de la existencia de dicha comunidad a partir de hechos concluyentes que pongan de manifiesto la clara e inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, requisito ineludible para aplicar las normas de la comunidad de bienes, contempladas en los artículos 392 y

siguientes del Cc y, en particular, las normas de la división de la cosa común.

El juzgador de la primera instancia sostiene que el demandante no ha acreditado la existencia de la comunidad de bienes que refiere y está Sala ha de confirmar dicha decisión, que parte de una correcta, razonada y lógica valoración probatoria. En efecto, por lo que se refiere a las obras de rehabilitación y mejoras en la vivienda habitual, sita en la CALLE000 NUM000 de Cáceres y en una vivienda de Guijo de Santa Bárbara, es cierto que el actor no justifica documentalmente dichas obras, ni su pago. Por lo que se refiere a la vivienda de Cáceres, ciertamente, estamos ante unas obras de conservación que deben conceptuarse como gasto propio derivado de la convivencia, ello al margen de no haberse probado con precisión el importe efectuado en su caso con cargo al fondo común. Por lo que se refiere a la otra vivienda, se ha probado que pertenece a los padres de la demandada y que fue reformada antes del inicio de la convivencia por las partes.

En cuanto al ajuar, enseres, mobiliario y equipamiento de la vivienda familiar, la sentencia de la primera instancia advierte la insuficiencia del material documental aportado para la acreditación de los hechos en que basa su pretensión el actor. La Sala comparte esa argumentación del juez, pues, ciertamente, ni las facturas suman la cantidad reclamada, ni en cuanto a otros documentos aportados (6, 7 y 8) se conoce a qué se refieren y otros, en fin, son adquisiciones propias del mantenimiento de la casa. El apelante ni tan siquiera justifica cumplidamente el supuesto error del juzgador, por lo que la decisión debe también mantenerse.

Por lo que se refiere al saldo en cuenta corriente a fecha 30 de junio de 2010, es claro que no se trató nunca de una cuenta indistinta, siendo Don Marco Antonio mero autorizado de la misma, ello al margen de ser correcto el análisis de la equivalencia entre el saldo que la misma tenía cuando el apelante empieza a operar como autorizado de la cuenta y el saldo existente al fin de la convivencia, como revelador de la inexistencia de patrimonio común, por lo que también en este punto debe aceptarse la valoración de la sentencia impugnada.

En cuanto al vehículo Citroën, adquirido a finales del año 2009, se ha acreditado que el mismo lo fue exclusivamente por Doña Ruth con dinero prestado por su padre, siendo financiado a su exclusiva costa con cuotas mensuales de 146,13 euros, en un préstamo cuya única titular es la demandada. En cuanto a las seis cuotas satisfechas durante la convivencia, el juzgador no indica que lo fueran con arreglo al caudal común, como parece inferirse de la apelación, sino que tan sólo indica que se pagaron durante la convivencia de las partes, pero lo fueron exclusivamente por Doña Ruth como de manera expresa se dicen la resolución en cuanto a toda la financiación, sin distinguir el momento anterior o posterior a iniciarse la convivencia, por lo que también debe rechazarse el recurso en este punto.

Dice el apelante que la sentencia no hace referencia como debiera al rescate del plan de pensiones del mismo, que incrementó la economía de la pareja y que era una aportación personal, por lo que debería haberse reflejado en el activo de Don Marco Antonio. Ciertamente la sentencia no hace referencia a esa cuestión, por la sencilla razón de que la misma no se mencionó en

la demanda –no aparece en el hecho sexto de la misma, al que se remite el suplico el escrito inicial–, invocándose ex novo en la apelación, por lo que, sin mayor consideración, debe rechazarse el recurso también en este punto.

En definitiva, más allá de la titularidad común acreditada y que dio lugar a la estimación parcial de la demanda, insistimos en que, en cuanto al resto de los bienes referidos, no hay prueba concluyente de su pertenencia a un supuesto patrimonio común de los litigantes. Por otro lado, es preciso significar que la mera circunstancia de existir una convivencia «more uxorio», no genera una comunidad de bienes divisible al final de dicha convivencia, al contrario de lo que puede ocurrir en el régimen económico matrimonial, a partir del concepto de potestad doméstica –1319 in fine del CC– que, como expusimos no es aplicable analógicamente a los supuestos de uniones de hecho, salvo que se acredite la existencia de un pacto expreso o derivado de hecho concluyente, prueba que aquí no se ha producido.

En definitiva, procede desestimar en su totalidad el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

CUESTIONES PENALES

En el caso de «los bebés robados», los hechos serían constitutivos de un delito contra el estado civil, favorecido por otros de falsedad documental, todo lo más, y la acción penal habría prescrito hace décadas, sin que se vean visos de ninguna otra infracción, razón por la cual la instrucción ni tan siquiera debió iniciarse.

AP Huelva, Pleno, Auto de 19 de noviembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega Val**

PRIMERO.–Se apela el auto que acordó sobreseer la instrucción, abierta en su día para esclarecimiento de los hechos denunciados; se alega que deben practicarse algunas diligencias añadidas para permitir identificar a los responsables de aquello que se denuncia, en esencia una

sospecha sobre la efectiva muerte de un niño nacido en el año 1968 y que podría estar vivo, al haber sido entregado a otras personas para su cuidado y no a sus verdaderos padres.

SEGUNDO.–La Sala no sólo está conforme con lo acordado sino que, yendo más allá, debe

aclarar que las acciones penales de que se podría hacer uso están completamente prescritas. Los hechos serían constitutivos de un delito contra el estado civil, favorecido por otros de falsedad documental, todo lo más, y la acción penal habría prescrito hace décadas, sin que se vean visos de ninguna otra infracción, razón por la cual la instrucción ni tan siquiera debió iniciarse.

Esta cuestión se ha traído a debate de pleno, pues aunque ya había recaído alguna decisión en asunto similar, había discrepancias en la solución a adoptar, si bien se ha terminado por resolver de manera unánime en el sentido que ahora exponemos, esto es en síntesis, descartando que exista detención ilegal en los supuestos de sospechas de entrega de un niño nacido a terceros para alterar la filiación, confirmándose la declaración de estar prescritas las acciones para todos los delitos que, en el peor de los casos, pudieran haberse cometido, algunos mucho más graves.

TERCERO.—Ocurridos los hechos en 1968 estaría vigente el Código Penal, texto revisado de 1963 (aprobado por Decreto 691/1963, de 28 de marzo), cuyo artículo 480 definía así el delito de detención ilegal: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con pena de prisión mayor», de forma idéntica que el art. 163.1 del vigente. En cuanto a las penas, ambos Códigos la reducen «Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres (primeros [en el Código de 1995]) días de su detención, sin haber logrado el objeto» propuesto y en cambio la agravan si «el encierro o detención hubieren (ha) durado más de quince días» o si «no diere (dé) razón del paradero de la persona detenida» salvo que la haya dejado en libertad».

Ni siquiera con una interpretación muy extensiva (contraria al principio de legalidad) encuadra la conducta en el tipo penal descrito. La reiteración de las palabras encierro o detención lo impide. El artículo 4.1 del Código Penal de 1995 impide aplicar las leyes penales «a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Al niño no se le encierra ni se le priva de movimientos ni es esa la intención o dolo del autor, sino que se le cambia de «madre», a diferencia de casos que hemos sabido por los medios de comunicación de padres que han tenido

materialmente encerrados a algún hijo durante años. Menos aún compartimos tal interpretación cuando la conducta encaja en otros tipos penales que serán objeto de nuestra consideración más adelante.

Dentro de nuestra jurisprudencia, en la S.T.S. núm. 492/2007, de 7 de junio, que se podría invocar a favor, como dice la posterior de 21 de enero de 2011, «el caso, como se ve, difiere sustancialmente» pues «los acusados asesinaron a la madre, para quedarse en su casa con el hijo de la víctima, disponiendo de él como si les perteneciera», concluyendo tal sentencia de 2011 que el niño «no estaba detenido, ni encerrado» y que la acción de «separarlo antijurídicamente de su madre, sin encerrarlo ni detenerlo [...] no es subsumible bajo el tipo del art. 225 bis CP, ni bajo el tipo de la detención ilegal del art. 163.1 CP».

CUARTO.—Y es que el delito de detención ilegal es permanente en el sentido de que después de la consumación se perpetúa mientras dure la privación de libertad, cosa que parece confundir el recurrente con delitos cuyas consecuencias sean permanentes (piénsese en una mutilación o secuela permanente de unas lesiones y, cómo no, en la muerte por homicidio) y con los delitos que causan estado, como luego diremos. Pues bien, no cabe presumir ni sospechar siquiera que el menor presuntamente sustraído hubiera estado encerrado, antes bien, esa persona llevaría a cabo una vida en libertad y ahora tendría más de cuarenta años de edad.

QUINTO.—Por lo demás, el artículo 484 del Código de 1963, en capítulo aparte del titulado «De las detenciones ilegales» llamado «De la sustracción de menores», reza así: «La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio menor». Viene seguido de otros que se refieren al encargado de la persona de un menor que no lo presentare a sus padres o guardadores y al que indujere a un menor de edad pero mayor de siete años a abandonar la casa de sus padres.

El Código de 1995 no incluyó la primera conducta, la sustracción de menores, lo que significó su despenalización y por tanto la imposibilidad de punición por ser ley penal más fa-

vorable. El legislador advirtió la omisión y por L.O. 9/2002, de 10 de diciembre añadió una Sección y un artículo, el 225 bis, al Capítulo titulado «De los delitos contra derechos y deberes familiares». Tituló la Sección «De la sustracción de menores», pero, congruentemente con el nombre del Capítulo, restringió la autoría al progenitor, sus parientes hasta el segundo grado y a los ascendientes del menor. La Sección 1.^a del mismo Capítulo, titulada «Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio» tipifica esencialmente el resto de conductas descritas en el párrafo anterior.

SEXTO.—Cabe entonces preguntarse cuál es la correcta calificación del hecho. Y existe en el Código de 1963 un delito, dentro del Título XI del Libro II, «De los delitos contra el estado civil de las personas», castigado con presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas: «La suposición de parto y la sustitución de un niño por otro» (artículo 468). En el vigente Código hay un Capítulo titulado «De la suposición de parto y de la alteración de la maternidad, estado o condición del menor» que se encabeza con el artículo 220: «1. La suposición de parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años», y la misma pena se prevé para quien mediando compensación económica entregue a otra persona a un menor así como para la persona que lo reciba y el intermediario (art. 221), añadiendo pena de inhabilitación especial para el educador, funcionario o persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria que perpetre cualquiera de esas conductas (art. 222).

Éste podría ser el delito cometido, y su plazo de prescripción computa desde que se realiza la acción que consuma el resultado, con la entrega material del nacido y la ruptura de la relación filial auténtica. Se trata de un delito, no permanente, como ya hemos apuntado, sino de los de ejecución instantánea que causan estado, completamente diversos en su esencia y efectos de la detención ilegal. Como es patente, en éste está en manos del autor poner fin o hacer cesar el da-

ño al bien jurídico atacado de un modo inmediato, al conservar el dominio del hecho; mientras que en aquél, el reponer la situación creada a su estado regular puede depender incluso (según el tiempo pasado y su situación) de la voluntad de la persona extraída de su familia e integrada en otra.

Son las acciones civiles de reclamación de filiación por quien esté legitimado las que no prescriben; y de otras vías posibles para dar respuesta al interés de los padres hablaremos más adelante.

SÉPTIMO.—Se invoca también la posible existencia de un delito de falsedad documental. Sin embargo, es notorio que estos otros delitos, más leves que la detención ilegal, y no permanentes, de haberse cometido, habrían también prescrito.

OCTAVO.—Como conclusión, podemos sentar con carácter general, las siguientes consideraciones, argumentos o razones que el Pleno de esta Audiencia hace suyas unánimemente:

a) Hay clara ausencia de todo indicio de una privación de libertad deambulatoria prolongada durante años, y falta equivalencia entre ese hecho y la pérdida de la relación paterno filial. Es fácil advertir la disparidad que, desde todos los puntos de vista, existe entre ambos resultados o hechos, la diversa intención de quien los comete, la distinta afección a un bien jurídico concreto, y la diferencia, como efecto de todo ello, de la reprochabilidad, de las penas y de las acciones para pedir su imposición. Sólo la detención ilegal justificaría una mayor pena y una persecución tan atrasada, que sería motivada por la perdurabilidad del ataque al bien jurídico. En cambio, la pérdida de la relación paterno filial verdadera, que se suplanta por otra, no causa el mismo mal sino uno diverso, sobre todo desde el punto de vista del recién nacido, desde luego completamente diferente de la pérdida de la libertad física. Con la interpretación que la parte sugiere, la sustitución de un niño por otro generaría dos detenciones ilegales, que tampoco prescribirían sino hasta que se dejara sin efecto el nuevo vínculo civil (¿destruyendo su aparente legalidad en la vía civil?), y se declarara la filiación verdadera.

b) Es claro que los delitos que causan estado no son permanentes, sino que se consuman (como los matrimonios ilegales o estos delitos de que aquí se trataría, los que alteran la relación paterno filial) en el momento en que se agota ese resultado, y luego restan sus consecuencias, pero escapando ya del autor la aptitud de reponer la situación al estado anterior, a diferencia de la detención ilegal; y desde que causan el estado ilegal comienza a computarse el plazo prescriptivo.

c) Dado el larguísimo tiempo transcurrido desde ese momento, la falta de indicios es lógica, y más aún de tal hecho, esa detención ilegal que ni siquiera se dice haya existido; y esa ausencia de indicios no justifica lo que supone incluir a ciertas personas (es la diligencia que se solicita ahora) en la categoría de imputados en causa penal, decisión que sería completamente desproporcionada a las posibilidades de persecución de la causa.

e) Las normas penales no deben interpretarse de modo forzado, ni extensivamente, ni es correcto esforzarse en intentar plantear una hipótesis apartada de la realidad a fin de perpetuar la persecución criminal.

f) Por lo demás, aunque se pretende que se apoye la continuación del proceso en la posibilidad de no iniciar el cómputo de la prescripción hasta que la víctima menor de edad alcanzara la mayoría de edad, lo cierto es que esa norma se introdujo en nuestro ordenamiento penal después de cometidos los hechos y no puede aplicarse de manera retroactiva al ser favorecedora de una mayor punición y, en suma, perjudicial o desfavorable al reo. Aunque en este caso, además, incluso de aplicar dicha regla, habría pasado ya sobradamente el plazo de ejercicio de la acción penal.

g) Finalmente debemos añadir que somos conscientes de que la prescripción resulta ser una insatisfactoria respuesta ante determinado conflicto, que prácticamente a nadie complace, toda vez que es más bien una falta de respuesta, pues no se valora el fondo del debate ni se da solución en un sentido o en otro. Sin embargo, esa institución jurídica es indiscutible; y particularmente en lo penal, por la necesidad de que la concreción del ius puniendi del Estado sea razonablemente cercana a los hechos cometidos,

cosa que tiene justificaciones de mucho peso, como la de permitir una mejor constatación y prueba de los hechos, la de favorecer la seguridad jurídica, la de comenzar con la corrección y resocialización de los encausados cuando es momento útil para ello, y otras que resultan conocidas en este ámbito del Derecho y en general en el de toda normativa sancionadora, sin perjuicio de lo que a continuación señalamos.

NOVENO.-A) Las normas tanto nacionales como internacionales (por ejemplo la Decisión Marco 2001/220 JAI de 15 de marzo relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal y recientemente la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo ‘ Normas mínimas sobre derechos, apoyo y la protección de víctimas de delitos ‘ que se encuentra en fase avanzada de tramitación), establecen una serie de derechos de las víctimas del delito y una serie de atenciones para con las mismas dentro del procedimiento penal.

Entre éstos se encuentra el derecho a la información acerca de la marcha de los procesos, de los recursos y las posibilidades de asistencia y reparación que el ordenamiento jurídico le ofrece y el derecho a ser oídas. Información que debe prestarse de manera clara y comprensible facilitando cauces de explicación que permitan entender a las víctimas las actuaciones de los Tribunales y clarificando y haciendo accesible el lenguaje y la terminología de las resoluciones judiciales.

Es notorio que la decisión que ahora adoptamos incumbe a un número muy importante de víctimas –tanto directas como indirectas– de unos hechos presuntamente delictivos.

B) Los Magistrados que componen la Audiencia Provincial de Huelva, conscientes de la trascendencia social que supone la problemática relacionada con los casos que comúnmente se vienen denominando de «los bebés robados» decidieron por unanimidad estudiar este tema en pleno y dictar auto de forma conjunta.

Con ello se pretendían dos objetivos:

Primero, dar una respuesta uniforme a los diferentes recursos en trámite, y aun a otros que pudieran generarse, evitando la disparidad de criterios entre Secciones del Tribunal, con los

notables inconvenientes que ello supone, y la inseguridad que crea en los usuarios del sistema de Justicia, y ofreciendo a los Juzgados de Instrucción un parámetro interpretativo al que acogerse.

Así, la solución en Derecho que ahora ofrecemos pondera los diferentes aspectos jurídicos de una serie de conductas presuntamente cometidas en un marco temporal también relativamente amplio; llegando a la conclusión de que no es posible proseguir la vía penal en relación con ninguna de ellas, por los motivos que técnicamente se exponen en otros apartados de esta resolución.

Segundo, habida cuenta del impacto social de este tipo de casos y del número de personas afectadas, no por este singular recurso de apelación sino por todos los demás que pueden verse afectados por lo que ahora se decide, ofrecer una respuesta que respaldan y asumen los nueve Magistrados de la Audiencia, profusamente motivada y rigurosa en lo jurídico, fruto de la reflexión y el debate plural y que cumpla todos los requisitos de tutela judicial efectiva.

Precisamente el motivo de llevar a pleno la cuestión fue facilitar la contraposición de los argumentos que pudieran existir a favor y en contra de la perseguibilidad conforme al Derecho Penal de determinadas conductas. Luego de un debate fructífero, intenso y detallado se alcanzaron las conclusiones que quedan reflejadas en este auto, que pretenden servir de base al análisis global del problema y poner en perspectiva hacia dónde caminarían estos expedientes judiciales, a diferencia de aquéllas otras resoluciones que en casos concretos y contestando algún aspecto parcial, resolvían que debía continuarse – al menos de forma momentánea – la instrucción con la práctica de determinadas diligencias. Dentro del proceso de toma de decisión se asumió por todos los firmantes del auto que, en los términos en que se plantea el debate y respecto de los diferentes delitos a los que podrían referirse las conductas denunciadas, no es posible la continuación de la instrucción.

C) El problema, esencialmente, es de prescripción de todos los posibles delitos, por el tiempo transcurrido y por las dificultades técnicamente insalvables según parecer del Tribunal, para entender que alguno de esos delitos se ha

venido manteniendo en el tiempo o para aplicar retroactivamente normas de prescripción.

Las víctimas de los delitos, según concluyen los estudios y congresos más relevantes a nivel internacional, demandan del sistema de Justicia, y de la sociedad en general, antes que una reparación vindicatoria, ser oídas, atendidas, que se les explique qué ocurrió y por qué y cuáles pueden ser las soluciones y alivios al choque por estrés que sufrir el delito les produjo. Que se les trate con respeto y con empatía.

Con esta mira se ha redactado el presente auto, y este fundamento particularmente, procurando razonar y exponer la situación legal, y ofreciendo aquí una explicación más sencilla y asequible que la meramente técnica.

D) Restan por hacer dos apuntes para acabar. De un lado, la situación de las víctimas que legítimamente reclaman, en esencia, conocer sus lazos familiares con determinadas personas que oficialmente no aparecen vinculados a ellos, merece plena atención por parte del ordenamiento jurídico y quedar amparada por la tutela judicial efectiva.

Pero en su búsqueda existen dos niveles; de un lado, la realización de toda una serie de actividades instrumentales (acopio de documentación, exhumaciones, cotejo de ADN u otras) que se pueden desenvolver en el marco de un proceso civil de filiación, en caso de estar civilmente legitimados, información para perpetua memoria, o alguna incluso utilizando los recursos y acudiendo a las iniciativas que la Administración Pública está poniendo a disposición de los afectados. De otro, está la definitiva decisión sobre las nuevas relaciones de parentesco derivadas de la determinación de una filiación no coincidente con la que se plasmaría en los registros oficiales que se podría obtener acudiendo a los procedimientos civiles de determinación de filiación.

En segundo lugar, y por último, aunque venimos haciendo todo este análisis en un enfoque victimológico, no podemos olvidar que el Derecho Penal no puede ser aplicado en un Estado de Derecho con la única finalidad de atender una serie de demandas por justas que sean si éstas pueden ser satisfechas por otros cauces legales y, sobre todo, si los hechos que motivan

la tramitación de un asunto, no pueden alcanzar la fase de juicio. Hay otros derechos e intereses que también deben ser objeto de tutela por parte de los Jueces y Tribunales como el no someter a un proceso penal a determinadas personas cu-

ya presunta responsabilidad no puede ser objeto de persecución por el transcurso del tiempo, o evitar un uso instrumentalista del Derecho Penal para alcanzar fines, legítimos y tutelables, pero que se pueden alcanzar por otras vías.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda la custodia compartida en estancias semanales, no siendo óbice para ello la falta de comunicación de los progenitores, pues bastaría potenciar la incomunicación por quien no quiera este modelo de custodia para evitar su aplicación.

Juzgado de Violencia núm. 1 de Barakaldo, Sentencia de 17 de diciembre de 2012

Magistrado-Juez: **D. Iñigo Carlos Martínez Azpiazu**

En lo que toca a la atribución de la guarda y custodia de la menor, existe contienda entre las partes, siendo así que en tanto la demandante interesa que tal guarda y custodia se le atribuya a ella en exclusiva, el demandado interesa el establecimiento de una guarda y custodia compartida por cursos escolares.

Planteada la cuestión en tales términos, la custodia compartida impuesta judicialmente, según ha tenido ocasión de expresar el Tribunal Constitucional en la última de las sentencias que se habría ocupado de tal cuestión (sentencia de 17-10-2012), debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.

Pues bien, en el presente supuesto, se estima que no hay inconveniente alguno para poder establecerse una guarda y custodia compartida, ponderándose a tal fin las siguientes circunstancias: 1.º) el visto bueno del Ministerio Fiscal al establecimiento de tal guarda y custodia compartida –requisito innecesario desde el dictado de la precitada sentencia del Tribunal Constitucional–; 2.º) las conclusiones del informe pericial del Equipo Psicosocial Judicial, que señala que ambos progenitores informan de

situaciones personales sin riesgo para el cuidado de la menor, recomendándose relación habitual con cada progenitor, semanalmente hasta que la menor tenga 5 años; 3.º) la menor PAULA es hija común única; 4.º) cada uno de sus progenitores dispone de vivienda y de recursos económicos propios; 5.º) la propia edad de la menor; 6.º) la edad de la menor y el reconocimiento de ambos progenitores como tales; 7.º) el acuerdo manifestado en el acto de juicio por ambos progenitores en el sentido de que la niña, pese a vivir por el momento ambos progenitores en localidades distintas, de que la niña será escolarizada en el futuro en la localidad de Barakaldo (Bizkaia); y 8.º) los horarios de trabajo de ambos progenitores y la posibilidad, o no, de su alteración.

Con base en tales presupuestos se estima que concurren todas las circunstancias óptimas para la atribución de una guarda y custodia compartida, que no sería sino beneficiosa para la menor.

No será óbice a ello la falta de comunicación que puedan presentar en este momento ambos progenitores, siendo que, de otra forma, bastaría potenciar tal incomunicación por quien no pretendiera una guarda y custodia compartida para lograr que no se acordara la misma, lo que no es dable sostener.

Por último, en cuanto a la distribución de frecuencia con que la menor debería estar en compañía de cada uno de los progenitores, y siguiendo las pautas indicadas por el Equipo Psicosocial, se estima correcto que, a falta de acuerdo entre los progenitores, la estancia y alternancia de la menor con cada uno de los progenitores sea semanal, de viernes a viernes –al objeto de repartir así los fines de semana de manera pareja–.

A tenor del art. 103.1 .ª y 94 del Código Civil, el Juez debe determinar el tiempo, modo y lugar en que el progenitor no custodio podrá co-

municar, visitar a los hijos y tenerlos en su compañía. Con arreglo a lo anterior, se establecerán además los martes como día en que el progenitor que ese día no tenga a la menor en su compañía, pueda estar con ella desde la salida del centro escolar –y en su defecto desde las 16:00 horas– hasta las 20:00 horas.

El progenitor que en cada momento se haga cargo de la menor, deberá recogerla del domicilio del otro progenitor.

En lo demás, procederá hacer un reparto de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, por igual.

No es necesario acordar la prohibición de abandonar el territorio nacional, pues a pesar de que la madre tiene la nacionalidad Filipina, siempre ha atendido las necesidades de los hijos, por lo que no existe riesgo para estos.

Juzgado de Violencia núm. 1 de Bilbao, Sentencia de 19 de diciembre de 2012

Magistrado-Juez: **Ilma. Sra. D.ª Tania María Chico Fernández**

Por otra parte, solicita el padre que se establezca la prohibición absoluta a la madre de abandonar el territorio nacional con sus hijos, y se trata de una cuestión, que, de un lado, excede los pronunciamientos que son propios de los efectos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales a regular en relación a la ruptura de la relación de pareja, encontrando más bien su fundamento en la protección al menor, por la vía del artículo 158 del Código civil, y, que, de otro, debe ser valorada, siempre, tras atender que la libertad deambulatoria y de fijar su residencia es para la madre un derecho fundamental, que no puede serle limitado, sino tras un juicio ponderado de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

En efecto, si esto es así, en el presente caso, con independencia de que la madre sea originaria de Filipinas, lo cierto es que se entiende que

no concurre ninguna necesidad de establecer prohibición absoluta de salir del territorio nacional, –sin perjuicio de que, en ese caso, se interesara una nueva regulación de la forma en que el padre debe relacionarse con sus hijos–, y, ello, en la medida en que, tal y como ha informado el equipo psicosocial, la madre atiende correctamente a las necesidades de los hijos, decidiendo lo mejor para ellos en cada momento, y, en consecuencia, no puede entenderse la existencia de un riesgo para los menores, derivado por sí mismo de que la madre decida fijar su residencia en otro país –como también puede hacerlo cualquier persona originaria del nuestro–, máxime, cuando lo cierto es que el grupo familiar ha tenido fijada su residencia en Abu Dhabi, hasta diciembre de 2009, y que fue en ese país en que se conocieron los progenitores.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede reducir la cuantía de la pensión compensatoria cuando el ex esposo ha puesto todo tipo de trabas al administrador judicial para que tenga conocimiento de la marcha del negocio común. Por otro lado consta acreditado que el ex esposo realiza la actividad negocial a nombre de otras empresas.

Juzgado de Violencia núm. 1 de Bilbao, Sentencia de 10 de diciembre de 2012

Magistrado-Juez: **Ilma. Sra. D.^a Tania María Chico Fernández**

Si se parte de las anteriores consideraciones, se tiene que en el presente caso, no se alega, en el escrito rector del procedimiento, que se haya producido un cambio de las circunstancias de la demandada, sino que se trata de fundamentar la modificación que se interesa en el cambio de la situación del demandante, por lo que huelga entrar en la situación económica de D.^a Carmen, que, por otra parte, debe decirse que, en lo sustancial, es la misma que ya fue analizada en el momento en que le fue concedida la pensión compensatoria, sin que, en aquel momento, se valorara como procedente el establecer límite temporal alguno. Por su parte, en lo que se refiere a la situación del demandante, se observa en el procedimiento que ya en su día se partió, en la sentencia cuya modificación se pretende, de establecer sus ingresos de forma indiciaria, puesto que se dijo que el nivel de vida constatado de la unidad familiar era superior a los ingresos declarados, proviniendo los mismos, fundamentalmente, de la actividad de D. Emilio, en el negocio familiar «Santamaría y cos», del que la sentencia de divorcio le atribuyó la administración única, con obligación de rendir cuentas de su gestión, con arreglo al dispositivo ocho de dicha resolución.

Pues bien, si esto es así, lo cierto es que la actitud de D. Emilio, en relación a dicha actividad, puede considerarse negligente, en la medida en que ha resultado necesario, ante la falta de rendimiento de cuentas, conforme venía obligado, el nombramiento de administrador judicial, en auto de 28 de junio de 2011, en que se constató por el juzgado la existencia de una discrepancia, entre las partes, sobre el cumplimiento de

la obligación de rendir cuentas. El administrador judicial, por su parte, solicitó, una vez nombrado, una serie de documentación al Sr. Emilio, que, sin embargo, conforme informó al juzgado dicho administrador, en escrito de 10 de noviembre de 2011, mantuvo una actitud de «nula colaboración y mala fe, que ha impedido hasta la fecha realizar correctamente la supervisión de la actividad empresarial», de forma que, en dicho escrito, se solicitó por el administrador la retirada de las facultades de administración del negocio al ahora demandante, otorgándolas al administrador judicial, lo que, finalmente, hizo el juzgado, por auto de 10 de febrero de 2012, de forma que, tal y como indica el administrador judicial, en su escrito de 26 de julio de 2012, tampoco el asesor fiscal del Sr. Emilio, D. Roberto –que firma el informe en que pretende basar el demandante la modificación de medidas que pretende– haya colaborado para facilitar la labor del administrador judicial.

En ese sentido, el administrador judicial ha tenido ocasión de examinar los cálculos del Sr. Roberto que fundamentan la pretensión del demandante –conforme se dice en la página cuatro de su informe, antes citado, en que se hace referencia a que se examinó un documento en que figuran las cuentas de explotación de ejercicios 2009, 2010 y previsión de 2011, que coinciden con los datos que se acompañan a la demanda, en que no se hace referencia al resultado de 2011, sino a una mera previsión, pese a que la misma se presenta el 4 de enero de 2012–, de manera que el administrador judicial indica que a esa información no pudo darle más valor que el «correspondiente a la propia manifestación

escrita efectuada por el Sr. Roberto, por cuanto que no pudo ser corroborada por ninguna otra información objetivable hasta la fecha» (sin que tampoco se aporte la documentación presuntamente examinada por el Sr. Roberto, junto a su informe, en las presentes actuaciones), e incluso, a día de la fecha, tal y como ha tenido ocasión de poner de manifiesto el administrador judicial en el acto del juicio, no ha conseguido un reflejo fiel de la situación de la empresa.

Esta circunstancia, unida al hecho de que el propio Sr. Emilio ha iniciado operaciones, según ha podido constatar el administrador judicial, a nombre de otras mercantiles y ha continuado en el tráfico negocial sin rendir cuentas al administrador, conforme viene obligado, de forma que, además, en lo que resulta probado en el procedimiento, ha utilizado una cuenta a nombre de su hijo, para domiciliar pagos e ingresos recibidos a su nombre (sin que pueda descartarse la existencia de otras, tal y como indica el administrador judicial, dadas las dificultades de prueba que presenta lo anterior y desprendiéndose de los movimientos de dicha cuenta, frente a lo que se dice en la demanda, el cobro de una pensión de seguridad social y la existencia de ingresos en 2012 superiores a los que figuran como previsibles en el informe del Sr. Roberto, para el año 2011), impide que pueda ser merecedor de la modificación de las medidas establecidas en la sentencia de divorcio que pretende, en la medida en que, de un lado, no acredita un cambio

de las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta (en ese sentido, aunque, ciertamente, no se prueba la disposición a día de la fecha de una plaza de aparcamiento a nombre del demandante, ni la pertenencia a un determinado club de golf, sí figura unida a las actuaciones prueba de la realización de un gasto que puede calificarse de suntuario, el 10 de junio de 2010, como es la instalación de aire acondicionado en la vivienda que habita, cuando, según el informe del Sr. Roberto ya se habría producido una caída de los rendimientos empresariales, que dicho informe fija, para ese año, 2010, en 13.216,85 euros), y, de otro, que a la vista del informe del administrador judicial puede decirse que su propia actuación ha sido negligente con la llevanza del negocio, que es fuente principal de sus ingresos, y, por tanto, ha existido, por su parte, una actividad dolosa tendente a la disminución de los ingresos del negocio familiar de forma consciente, ya que resulta probado que el demandante ha desviado la actividad del negocio, a través de otras sociedades.

En consecuencia, en estas circunstancias, no puede entenderse acreditada la existencia de una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento que se dictó la sentencia de divorcio, de 20 de junio de 2008, que es firme, en cuanto a la existencia de pensión compensatoria a favor de la demandada, y procede la íntegra desestimación de la demanda.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Extinguida la comunidad ordinaria propietaria de la vivienda familiar de la que una tercera parte pertenecía al esposo con carácter privativo, la adjudicación de su totalidad a éste último compensando en metálico al resto de comuneros, lleva a la conclusión que dicho inmueble tiene carácter privativo, sin perjuicio del derecho de reembolso de la sociedad de gananciales si la indemnización al resto de comuneros se hace con fondos comunes.

DGRN Resolución de 29 de enero de 2013

Dos son las cuestiones que deben ser resueltas: la primera se concreta en la determinación del carácter con que adquiere una finca una persona casada en régimen de gananciales, con ocasión de una disolución de condominio, en la que la adjudicación se hace en pago de su cuota (adquirida con carácter privativo), cuando dicha adjudicación exceda del valor de ésta, lo que da lugar a una compensación en metálico, a favor de los restantes comuneros, por razón de dicho exceso de adjudicación. Y la segunda, consiste en dilucidar si puede el notario por una simple diligencia de subsanación, otorgada sin la comparecencia del otorgante, hacer constar que por error involuntario se omitió la manifestación del mismo acerca de que la adjudicación se realizaba con carácter privativo.

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

– El adjudicatario (don M. A. M.) era titular, con carácter privativo, de una tercera parte indivisa de una finca (cuyas otras dos terceras partes pertenecían con carácter ganancial a una pareja de cónyuges que también otorgan la escritura).

– Dicha finca constituía la vivienda familiar del adjudicatario. Por esa razón se justifica en la escritura que también sea otorgada por su cónyuge.

– Como consecuencia de la disolución de la comunidad, y dado que la finca se declara «económicamente indivisible», se adjudica en su totalidad al primer comunero quien se compromete a compensar a los otros comuneros por el exceso de adjudicación que se produjo a favor de aquél, mediante el pago aplazado –a través de diferentes cuotas periódicas– de una cantidad en efectivo igual al valor de su cuota de dos terceras partes de la vivienda que era poseída en común.

– La atribución de la propiedad de la finca se efectúa a favor del adjudicatario en los términos que resultan de la estipulación primera de la escritura «Que don M. A. M. (con el consentimiento de su esposa por tratarse de la vivienda habitual familiar) y los cónyuges don J. A. F. y doña D. M. M., extinguen la comunidad existente entre ellos, sobre la finca descrita en el expositivo I de esta escritura, adjudicándosela en pleno dominio a don M. A. M., quien lleva un exceso de adjudicación... que se compensa...».

– El registrador en su calificación alega indeterminación en cuanto a la naturaleza de la adjudicación, pues, considera que eran tres las posibles causas de atribución: «privativo con reconocimiento de crédito a favor de la sociedad de gananciales; privativo por confesión de privatividad del otro cónyuge; y ganancial a favor de ambos cónyuges por tener este carácter el

importe de la contraprestación y establecerlo así los cónyuges».

— En la diligencia de subsanación que suscribe el notario se hace constar que «se omitió la manifestación del compareciente don M. A. M. en el apartado Estipulaciones, siendo la adjudicación en pleno dominio con carácter privativo».

La disolución y extinción de la comunidad termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. En nuestro Derecho, dejando a salvo supuestos especiales, se permite, y aún se facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano, lo que puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico (o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005, entre otras). Es decir, como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás. Son, pues, muy variados los medios que se pueden escoger para llegar a poner fin a un condominio; algunos de ellos son típicamente liquidatorios (y presuponen una valoración y adjudicación de los bienes, o partes divididas de los mismos, en

pago del respectivo haber de cada partícipe, y son rescindibles por lesión, etc.), como es el acto inscribible formalizado en la escritura cuyo inscripción origina este recurso. Pero en este caso, no estamos ante una cuestión que deba resolverse únicamente adentrándose en la naturaleza jurídica de la extinción del condominio, ni del procedimiento que se haya seguido para tal fin, sino sobre todo a través de las normas que nuestro Código Civil establece para determinar los bienes y derechos que conforman el activo ganancial (artículos 1346 a 1351 y concordantes del Código Civil), por si pudiesen influir en la calificación de los bienes adjudicados.

La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1346.3 y 1347.3 del Código Civil («Son bienes gananciales... Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común»). Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. artículo 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. artículo 1355 del Código Civil) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. artículos 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil).

Bien es verdad, que en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el artículo 1358 del Código Civil.

En el presente caso, la lectura de los preceptos que rigen la sociedad conyugal legal, más que apoyar la consideración de que el pleno dominio de la finca adquirido por uno de los cónyuges en virtud de la extinción del condominio ha de tener carácter ganancial (mediante la aplicación del principio de subrogación real, presuponiendo el carácter ganancial de la indemnización que el cónyuge ha de abonar a los demás condueños –artículos 404, 406 y 1062 del Código Civil– en base a la presunción de que el numerario que se pague es de tal carácter –artículo 1361 del Código Civil–), pone de relieve que lo más congruente es entender que la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria del condueño adjudicatario, de decir, la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa. Ésta debe ser la conclusión a que ha de llegarse en este caso, pues (si bien es cierto que de varios preceptos de nuestro Código se desprende que el carácter de la contraprestación determinará el del bien adquirido a su costa, artículos 1346 3.º y 1347 3.º del Código Civil), aparte de que en el presente supuesto se ignora con cargo a qué masa se harán los pagos futuros, la aplicación de este principio de subrogación real, como antes se adelantó, no es absoluta, pues prima sobre él la naturaleza del derecho (aquí, la cuota indivisa de la finca) de cuya titularidad se deriva la adquisición. En efecto, son varios los preceptos de nuestro Código de los que se infiere que en el ámbito del régimen de gananciales el carácter del bien viene determinado, con preferencia al de la naturaleza de la contraprestación, por el criterio que atiende al origen o procedencia privativa o ganancial del derecho que fundamenta la adquisición, sin perjuicio del coetáneo nacimiento del derecho de reembolso a cargo del patrimonio favorecido (artículo 1358 del Código Civil). Este criterio se fundamenta y apoya en la dicción y espíritu del apartado 4.º de los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, que atribuyen carácter privativo o ganancial a los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter privativo o ganancial, aun cuando lo fueran con fondos de carácter contrario, o del artículo 1352 del Código Civil cuando considera privativas las nuevas acciones u otros títulos o participaciones socia-

les suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos (sin perjuicio del correspondiente reembolso, en su caso), y la doctrina lo extiende a todo supuesto de adquisición preferente, o de adquisición que se derive de una previa titularidad. Por analogía iuris, este criterio no sólo se ha seguido en los supuestos estrictamente citados en dichas normas (retracto y derecho de suscripción preferente), sino que se debe de aplicar a toda adquisición proveniente del ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente, como el derecho de tanteo u opción, o derivado de una titularidad previa, por razón del denominado desdoblamiento de la cuota, supuesto que tiene lugar en las adquisiciones provenientes de liquidaciones de situaciones de proindivisión.

Esta posición es, además, la que ha venido manteniendo esta Dirección General en pronunciamientos anteriores (Resolución de 14 de abril de 2005, que resuelve un caso similar al tratar de la adjudicación de un bien hereditario a uno de los herederos que indemniza a los demás con fondos gananciales) y especialmente en el reciente de 17 de septiembre de 2012, donde se defiende la aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 1346 del Código Civil (que atribuye carácter privativo a los bienes y derechos adquiridos en ejercicio de un derecho de retracto privativo, aunque la adquisición se haya realizado con fondos comunes), criterio que «cabría extender, por concurrir la misma «ratio iuris», a los casos en que los comuneros convienen que se adjudique la cosa a uno de ellos indemnizando a los demás (solución que esta Dirección General ha aplicado a los supuestos de partición de herencia con exceso de adjudicación: Vid. Resolución de 14 de abril de 2005), por entender, con una parte cualificada de nuestra doctrina, que tales adquisiciones son desenvolvimientos naturales del derecho de cuota (cfr. artículo 1523 del Código Civil), y que coordina con la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de mayo de 1986 sobre la naturaleza de la comunidad ordinaria (en el sentido de que cada comunero tiene la propiedad total sobre la cosa, limitada por el concurso de las otras propiedades totales de los demás)».

Y es que, en suma, la solución que resultaría de la aplicación combinada del principio de

subrogación real y de la presunción del artículo 1361 del Código Civil cede ante un título adquisitivo, que por estar basado en un derecho de adquirir privativo, del que legalmente resulte la privatividad de lo adquirido. Y esta calificación en la extinción del condominio vendrá determinada por el carácter que corresponda a la previa titularidad indivisa del comunero, que es precisamente de la que trae causa su derecho y la que faculta —a través de la división y adjudicación— para adquirir todo el bien común; incluso cuando se abone a los demás en dinero ganancial la compensación por el exceso que esa adjudicación le suponga sobre su haber, pues la causa de la adquisición sigue siendo el derecho que el adjudicatario tenía como comunero, y éste quedó determinado como privativo.

Por consiguiente, a esa naturaleza y a ese título habrá de estar y ajustarse el registrador a la hora de practicar la inscripción correspondiente, sin que pueda o deba exigir que los cónyuges expliciten indefectiblemente el carácter ganancial o privativo de la titularidad resultante de la extinción del condominio, ya que ésta se infiere claramente de los principios que inspiran la regulación de nuestro Código Civil.

En conclusión, a tenor de los argumentos expuestos resulta indubitadamente la naturaleza privativa del bien que se adjudica a uno de los copropietarios en virtud de la extinción del condominio, dada la naturaleza privativa que tenía su cuota indivisa. A partir de esta consideración, deben ser rechazadas las alegaciones de los funcionarios recurrente y recurrido. La del notario porque el carácter privativo del bien adquirido no depende de ninguna manifestación del cónyuge y comunero adjudicatario sino que se infiere directamente de la regulación de nuestro Código Civil. Y la del registrador, porque conforme a la premisa anterior el inmueble adjudicado nunca puede ser «privativo por confesión» ya que el carácter privativo vendrá determinado directamente por la naturaleza de la cuota indivisa que pertenecía al adjudicatario (y no por la naturaleza de la eventual contraprestación sobre la que recayese la confesión),

razón por la que tampoco podría ser «ganancial a favor de ambos cónyuges por tener este carácter el importe de la contraprestación», porque, dada la aplicación analógica del artículo 1346.4 del Código Civil, para ello sería precisa la concurrencia del acuerdo del adquirente y su cónyuge (artículo 1355 del Código Civil). Todo ello sin perjuicio del eventual derecho de reembolso a favor del patrimonio ganancial, si tuviesen tal carácter los fondos con que sea satisfecha la indemnización a los demás condueños, por razón del exceso de adjudicación declarado (como presuntivamente podría deducirse al amparo del citado artículo 1358 del Código Civil), y sin perjuicio, también, de que la determinación de la naturaleza del referido crédito intraconyugal es una circunstancia que escapa a la calificación del registrador. A mayor abundamiento, cabe decir que en el presente caso no se ha formalizado ninguna confesión de privatividad, y tampoco es dable entender, y menos presumir, que se haya convenido una atribución de ganancialidad, que siendo posible (artículo 1323 del Código Civil) requiere que así se haya convenido expresamente, a través de una cláusula añadida o sobrepuesta al negocio claramente partitivo (cfr. artículo 1061 del Código Civil), o que derive de una adquisición conjunta y sin atribución de cuotas, como previene el meritado artículo 1355 del Código Civil (mientras que, por el contrario, en el título presentado se establece que se adjudica la finca en pleno dominio al cónyuge comunero, siendo la única referencia que en la parte dispositiva se hace a su consorte la que se efectúa para reflejar su consentimiento —hay que decir que, prescindible en este caso— al negocio divisorio, por tratarse de vivienda habitual).

La segunda cuestión planteada, si mediante diligencia puede el notario, por sí, subsanar la omisión de la manifestación del adjudicatario el carácter privativo de la adquisición, carece de trascendencia en el caso analizado porque el carácter privativo del bien adjudicado no requiere ni depende de la manifestación del adjudicatario.

No puede inscribirse una sentencia que declara que un inmueble, que aparece inscrito como presuntivamente ganancial, pertenecía privativamente al cónyuge titular sin que haya sido parte en el procedimiento el cónyuge no titular o sus herederos.

DGRN Resolución de 28 de enero de 2013

Son dos los problemas que plantea el presente recurso: 1.º) Si puede rectificarse una inscripción en la que una finca aparece inscrita a favor de una persona como presuntivamente ganancial mediante sentencia en la que únicamente se demanda a la titular registral, y, 2.º) Si no existe obstáculo para la inscripción por el hecho de que la sentencia haya sido dictada en rebeldía.

Se plantea, una vez más, en el presente recurso la delicada cuestión de precisar el alcance de la calificación registral frente a actuaciones judiciales. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «Vistos»), el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan.

No obstante, como también ha sostenido este Centro Directivo en reiteradas ocasiones, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o, si no, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la persona-

lidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el juzgador ni tampoco la cumplimentación 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 debe 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.

Pues bien, en el presente supuesto, 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 presten su consentimiento aquéllos a quienes el asiento a rectificar conceda algún derecho o, en su defecto, exista resolución judicial firme en procedimiento entablado contra los mismos, 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. Y no puede desconocerse que la inscripción de una finca a favor de una persona casada «con carácter presuntivamente ganancial» otorga parte de la titularidad de la misma al cónyuge del titular registral o, en el caso de haber muerto, a sus herederos, razón por la cual ha de confirmarse el defecto primero. 3. Como dice la

calificación recurrida, el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «mientras no sean firmes o aún siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada

en rebeldía sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción de la cancelación de asientos en Registros públicos». Por tanto, ha de confirmarse igualmente el defecto segundo.

Se deniega la inscripción de una escritura de aportación de bienes a una sociedad de gananciales constituida por pacto entre dos personas unidas por una relación de pareja de hecho conforme a la ley 5/2002 de 16 de diciembre sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

DGRN Resolución de 7 de febrero de 2013

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aportación de bienes a una sociedad de gananciales constituida por pacto entre dos personas unidas por la relación de pareja de hecho en la que concurren las circunstancias siguientes: la pareja consta inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la Junta de Andalucía; los pactos para regular su régimen económico fueron otorgados en escritura pública, que se presentó a efectos de su inscripción en el Área de Participación Ciudadana dependiente del citado Registro de Parejas de Hecho, practicándose una inscripción de esa escritura.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1998, declaró que: «...naturalmente, cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 del Código Civil; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patentecen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes...». Por lo tanto, consideramos que los convivientes pueden establecer una serie de pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público.

Así pues, los convivientes podrán pactar entre ellos, que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, admitiendo la validez de este pacto, bien por remisión a los

artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales.

Ciertamente no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico –no así desde el social–, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales –que es un régimen económico matrimonial– sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales.

Así pues, carece de sentido el aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes. Pero ocurre que la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autó-

noma de Andalucía, permite todo tipo de pactos expresos entre los convivientes para regular su régimen económico. Mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes valiéndose de los medios de transmisión ordinarios –sea permuta, donación, sociedad civil o incluso irregular–, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos «pro indiviso», sujetándose a las normas generales de la comunidad ordinaria y de las normas de la contratación. Junto a lo anterior es evidente que en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos. Cabe una comunidad de bienes entre los convivientes, si queda acreditado que tenían una inequívoca voluntad de hacer común la vivienda. De no acreditarse el pacto expreso o tácito de constitución de una comunidad, deviene obligado concluir su inexistencia. A falta de pacto expreso, las participaciones en esa comunidad serán por partes iguales.

En ausencia de pacto expreso, cabe también la acreditación de la existencia de pactos tácitos entre las partes. Los «facta concludentia», que de manera inequívoca, demuestran la voluntad de los convivientes de configurar las relaciones económicas de su unión conforme a las reglas establecidas para la sociedad de gananciales, comunidad de bienes u otro cualquier sistema. La Sentencia del Alto Tribunal de 21 de octubre de 1992, establece que, «sensu contrario»: «...no aparece probada la existencia de pacto alguno, ni expreso ni tácito, por el que los convivientes (que ingresaban sus respectivos haberes mensuales en cuentas separadas e independientes...) convinieran en hacer comunes los bienes adquiridos durante la subsistencia de su unión convivencial...»; en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 mayo y 23 julio 1998.

Por lo tanto, si los convivientes no establecen pactos –expresos o tácitos– en esta materia, se produce la consecuencia de que no cabe la posibilidad de acudir a la aplicación analógica del sistema de régimen económico matrimonial, en especial el de gananciales, y también es inviable la aplicación analógica de las normas de la comunidad ordinaria o de la sociedad irregular.

En los casos de ausencia de pacto entre los convivientes, no es aplicable analógicamente el régimen económico de gananciales. Es decir, no se puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes matrimoniales a las uniones de hecho porque la unión de hecho, aun generando una familia no equivale a una unión matrimonial, debiendo estarse a los pactos entre los convivientes.

Además no cabe aplicar el régimen económico matrimonial a quienes excluyen el matrimonio y, en consecuencia, no se pueden aplicar a la unión de hecho preceptos matrimoniales de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, la unión no matrimonial, por el mero hecho de iniciarse, no conlleva el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes. En consecuencia que los bienes adquiridos por alguno de los convivientes constante la unión de hecho, por el solo hecho de su existencia, no pueden hacerse comunes a ambos. Pertenecerán a aquel que los adquiriera, y, si los hubiesen adquirido en común, pertenecerán a ambos en copropiedad. Sólo estos bienes podrán ser repartidos al finalizar la unión o en cualquier momento, anterior o posterior, si es que se solicita su división.

Cuando cese con carácter definitivo la convivencia familiar, surgirá la necesidad de la disolución y adjudicación de la titularidad compartida sobre los bienes comunes, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar, sin duda, el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Desde luego la presunción de igualdad, de naturaleza «iuris tantum», que establece el artículo 393.2 del Código Civil, tiene que ser enervada por los medios de prueba admitidos en derecho.

En definitiva, si no existe dicho pacto expreso, cada aportación será de propiedad individual. En cuanto al pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, así como los gastos de IBI y extraordinarios que genera el mantenimiento de la vivienda, perteneciendo la vivienda familiar por mitad indivisa a los dos integrantes de la pareja de hecho, el abono de las cuotas del préstamo hipotecario deberán todos hacerse al 50% sin que proceda establecer otro porcentaje al ser de aplicación lo dispuesto en los artículos

392, 393 y 395 del Código Civil. En este sentido, lo que no puede prosperar es la petición de que el importe de la hipoteca sea abonado por el progenitor en concepto de cargas de la unión de hecho. El pago deberá ser por ambas partes, y en consecuencia, si se trata de una copropiedad ordinaria sin atribución especial de cuotas cada parte deberá abonar la mitad por presumirse iguales éstas –artículo 393 del Código Civil–.

Así pues; en la pareja de hecho no se tiene obligación de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales, si bien con arreglo a los artículos 392, 393,1 y 395,1 de Código Civil, los copropietarios participan tanto en los beneficios como en las cargas que genere, y por tanto deben sufragarlas por mitad las que afecten a la cosa común, es decir cuotas de amortización del préstamo hipotecario e IBI.

Por su parte, la Ley Andaluza reseñada, fija la plena libertad de pactos para establecer el régimen económico de la relación de la pareja estable y de la compensación por disolución, respetando los derechos mínimos recogidos en la legislación general aplicable. Es ésta la que muestra más paralelismo con la regulación del

matrimonio, tal como se deduce del régimen previsto en sus artículos 10 y 11. El documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Uniones de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros.

De la Exposición de Motivos de la misma Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, resulta de forma cristalina que el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo. Diferencia importante y esencial –para este expediente– con respecto a la naturaleza del Registro de la Propiedad que conforme los artículos 1 y 18 de la Ley Hipotecaria tiene el carácter de registro jurídico. Igualmente ocurre con el Registro Civil, de manera que en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, se deduce de forma clara el carácter jurídico de este Registro. Esta circunstancia hace que los documentos y títulos que contienen los actos y negocios que resulten inscritos en estos Registros, hagan publicidad en perjuicio de terceros de los derechos que resulten de los mismos. A diferencia de éstos, el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero.

SUCESIONES

No puede inscribirse la partición de herencia en la que los hijos renuncian individualmente a sus derechos hereditarios y el cónyuge viudo, seguidamente, acepta pura y simplemente la totalidad de la herencia, aunque en el testamento el causante excluyese el supuesto de repudiación de la herencia de la sustitución vulgar ordenada a favor de los descendientes.

DGRN Resolución de 21 de enero de 2013

Se plantea en este expediente una sola cuestión: si es posible que, siendo el título sucesorio un testamento válido que establece sustitutos vulgares a los descendientes de los hijos instituidos, pero para los únicos casos de premoriencia o incapacidad, la renuncia de todos ellos, suponga, «ad nutum», la adquisición por la cónyuge viuda de los bienes relictos. Sostienen las notas de

calificación que será preciso, en tal caso, instar acta de declaración de herederos abintestato. Título sucesorio que habrá, a priori, de designar a los nietos del causante y en su defecto o por su renuncia a la cónyuge viuda.

El notario recurrente, alega sin embargo, que siendo la voluntad del causante ley de la sucesión, deben ser excluidos los nietos en cuanto

no gozaban de sustitución vulgar a su favor para el caso de renuncia, por lo que directamente y con fundamento en el testamento, será la viuda única beneficiaria de la renuncia sobre el caudal relicto.

Ciertamente, el causante en su testamento, que constituye el título sucesorio, excluye el supuesto de repudiación de la herencia de la sustitución vulgar ordenada a favor de los descendientes. Sin embargo, no establece ninguna previsión a favor de la cónyuge viuda para tal caso, ni se dan los supuestos del derecho de acrecer (art. 982 del Código Civil). Por ello escapa de la apreciación del notario y del registrador aquellos aspectos hermenéuticos que pudieren conducir a una interpretación distinta de la estrictamente derivada de la norma legal sucesoria.

Habida cuenta de la renuncia de la totalidad de los instituidos —que constituyen a su vez, la totalidad del grado de parentesco—, y conforme

al artículo 912.3 del Código Civil, se abrirá el abintestato, en cuanto los herederos repudian sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

En la sucesión legítima heredarán los nietos, artículo 923 del Código Civil, conforme al cual «repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante». Es decir, que al haber renunciado la totalidad de los hijos a la herencia, habrá de heredar el siguiente grado —los nietos—, que lo harán por su derecho propio y no por derecho de representación.

La determinación de quiénes sean los llamados requerirá, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y en este concreto supuesto, el otorgamiento de acta notarial para la declaración de herederos abintestato.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

EL CÓNYUGE QUE INSTÓ LA FORMACIÓN DE INVENTARIO, ¿PUEDE MODIFICAR SU PROPUESTA EN LA DILIGENCIA ANTE EL SECRETARIO JUDICIAL?

El legislador no ha calificado de «demanda» la petición que deben hacer los cónyuges para iniciar el trámite liquidatorio y ha preferido simplemente utilizar el término «solicitud», lo que nos indica que no es necesario que reúna los requisitos que se exigen a las demandas. Así pues, después de la indicación de las partes, de la existencia de una causa de disolución de la sociedad o de la tramitación de un procedimiento matrimonial, bastará con solicitar la formación del inventario.

La propuesta de inventario que debe presentar el cónyuge que solicita la liquidación de la sociedad es el documento base a partir del cual se va a confeccionar el inventario, pues sobre él deberá posicionarse el cónyuge demandado para excluir algunos bienes o deudas o para incluir otros que no aparecen en él.

La cuestión que nos planteamos es si en el curso de la diligencia de inventario la parte solicitante puede excluir o añadir bienes o deudas.

Como ya estamos habituados en derecho de familia, los juzgados y tribunales una vez más no mantienen un criterio uniforme, y podemos comprobar como un sector se muestra inflexible y entiende que una vez que el cónyuge solicitante ha presentado su propuesta ya no puede modificarla, y en cambio, otro sector sostiene que la propuesta de inventario que se presenta con la solicitud inicial puede ser modificada o completada en la diligencia de formación de inventario. Veamos los razonamientos jurídicos de ambas tesis.

1. LA PROPUESTA VINCULA AL ACTOR Y NO PUEDE MODIFICARLA EN LA DILIGENCIA DE FORMACIÓN DE INVENTARIO

Sostiene la **AP de Pontevedra, Sec. 1.^a en su Sentencia de 6 de septiembre de 2007** que: «Resulta incuestionable que la solicitud y propuesta de inventario inicial configura y delimita la pretensión deducida por el cónyuge promovente en el procedimiento de liquidación, es decir, al igual que toda demanda, es el acto procesal de parte que fija y determina para el actor el objeto procesal. Por consiguiente, el cónyuge promovente no puede, con posterioridad, pretender la inclusión en el inventario de bienes o derechos distintos a los allí consignados, pues ello implicaría una *mutatio libelli* totalmente proscrita por la prohibición expresa contenida, con carácter general, en el art. 412 Lec, como consecuencia de los principios dispositivo, de justicia rogada y de congruencia

que rigen el proceso civil». Esta misma Sección volvió a reiterar su criterio en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009.

La AP de Málaga, Sec. 6.^a, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2008, mantuvo la misma tesis: «Tal como está regulado este procedimiento en los citados artículos 808 y 809, la propuesta de partidas solo puede tener lugar con la solicitud que inicia el procedimiento sin que quepa, como se ha hecho, que en la comparecencia ante el Secretario, e incluso con posterioridad a ésta, pueda modificarse por el solicitante dichas partidas, máxime cuando, como se ha consignado, el citado artículo 808 Lec exige que a la solicitud se acompañen los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, remitiendo así este precepto a la regulación contenida en los artículos 1396 y 1397 del CC, en los que respectivamente se indican los bienes, cantidades y deudas que habrán de comprender el activo y pasivo de la sociedad de gananciales a liquidar, y en el presente caso la propuesta extemporánea de inventario no se ha presentado de acuerdo a las anteriores normas, de la misma forma ha de entenderse que el cónyuge no solicitante del inventario queda vinculado por la propuesta que haga en la comparecencia ante el secretario a través de su conformidad o disconformidad con la relación presentada por la otra parte en su solicitud, sin que sea admisible tampoco la posterior inclusión en el activo o pasivo de partidas a los que no se haya hecho alusión en la comparecencia. Aplicando esta normativa al caso de litis, la única consecuencia posible es que, sin perjuicio de que las partes puedan dilucidar las cuestiones indebidamente discutidas en éste en otro procedimiento, estimando ambos recursos, se establezca como único bien integrante en el activo de la sociedad de gananciales la casa., sin existencia de pasivo».

El mismo criterio siguió la AP de Salamanca en su Sentencia de 23 de mayo de 2011: «En cuanto a la no inclusión en el activo de dos partidas, la reparación del vehículo y un préstamo de los padres del esposo, partidas que éste intentó introducir en la comparecencia para la realización del inventario, hemos de indicar que por aplicación de los principios de preclusión y de defensa los cónyuges deben definir su postura sobre el inventario consorcial en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en su propia solicitud; y la parte contraria, en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adaptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas (*cfr*: SSAP de Huesca, sección primera, de 8 de noviembre de 2006, 8 de marzo 2004, 19 de enero de 2005 y 6 de julio de 2006; Madrid, sección 24, de 26 de julio 2006, o sección 22, de 1 de septiembre 2004, entre otras muchas)... Resulta contrario al principio de preclusión proclamado por el artículo 136 Lec que, después de esa solicitud, y en el acta de la formación del inventario, pretenda el esposo solicitante la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de dos nuevas partidas no mencionadas en la propuesta de inventario que acompañó con su solicitud inicial. Principio de preclusión que además en el presente caso va claramente dirigido a procurar la igualdad entre las partes y evitar toda indefensión para las mismas, proscrita nada menos que por el artículo 24.1 CE, concretamente en este caso para la parte demandada. En efecto, ésta, la demandada, conforme al artículo 809, habrá sido citada con suficiente antelación al acta de formación del inventario y en la citación se la ha entregado la solicitud con la propuesta de inventario presentada

por la otra parte, sobre cuya base, y previo estudio de la documentación presentada, habrá decidido su estrategia procesal al respecto. De manera que si se admitiese que en el propio acta de la formación del inventario el solicitante alterase su pretensión esencial y repentinamente propusiese la inclusión de dos nuevos bienes en la activo del patrimonio social, la otra parte no tendría el tiempo necesario para el estudio de esa nueva propuesta, lo que le colocaría en una evidente situación de indefensión. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque en el artículo 426 permite a los litigantes la realización de alegaciones complementarias y aclaratorias de sus escritos rectores de demanda y contestación, sin embargo, en el propio artículo exige que ello se haga «sin alterar sustancialmente sus pretensiones, ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos». La alegación complementaria consistente en incluir dos nuevos bienes en el activo del inventario propuesto inicialmente supone sin duda alguna una alteración sustancial de la pretensión inicial, por lo que, de acuerdo con la doctrina antes citada debe, en efecto, declararse precluido el derecho del solicitante a realizar esa alteración sustancial de su pretensión inicial, evitando así toda indefensión a la parte contraria».

2. LA PROPUESTA NO VINCULA AL ACTOR Y PUEDE MODIFICARLA O COMPLETARLA EN LA DILIGENCIA DE INVENTARIO

La **AP de Madrid, Sec. 24.^a en su Sentencia de 11 de marzo de 2009** se mostró favorable a la modificación o complemento de la propuesta inicial: «Cabe recordar previamente y siguiendo a un importante sector doctrinal que los artículos 808 y 809 de la Lec no hablan de demanda sino de solicitud en este territorio un tanto indefinido entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria... Por las mismas razones expuestas, y siguiendo con la más autorizada doctrina, Gilarte Gutiérrez, Martinell, Ortuño Muñoz, Vázquez Sotelo y Rebolledo Varela; no parece que la propuesta acompañada con la solicitud de formación de inventario tenga carácter vinculante para el cónyuge que la realiza de manera que en la comparecencia para formalizar el inventario podrá excluir partidas anteriormente incluidas o incluir bienes y deudas cuyo carácter común se omitió. En concreto afirman y afirmamos que la adición es posible en la comparecencia, y en general que la propuesta inicial pueda ser objeto de modificación».

También, la **AP de Orense, Sec. 1.^a, en su Sentencia de 20 de diciembre de 2011** se alineó con esta tesis: «Se combate el hecho de que se permitiera a la promovente adicionar en tal acto de formación de inventario, en la partida de pasivo y por concepto de deuda de la sociedad conyugal, las amortizaciones efectuadas por Doña Angustia y a su costa de un préstamo personal que habían contraído ambos cónyuges, constante matrimonio. Deuda ganancial que no se contemplaba en su propuesta inicial de inventario, acompañada a la solicitud formulada con arreglo a lo dispuesto en el art. 808 Lec. La preclusión denunciada no se estima, siendo en el momento de la comparecencia de los cónyuges ante el Secretario Judicial, para formar inventario, cuando queda trabada la litis y fijadas definitivamente las posiciones de las partes, sus puntos de discrepancia, que han de ser objeto de posterior debate y prueba en la vista posterior que ha de seguirse con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Por lo que, hasta ese momento,

cabe la adición, complemento o rectificación de posturas, sin que ninguna indefensión se le cause por ello a la contraparte, que tiene la posibilidad en ese momento procesal (acto de formación de inventario) de contradecir, discrepar y formular su contrapropuesta, que ha de ser objeto de posterior prueba en la vista. Siendo el momento procesal idóneo para que ambas partes solucionen sus discrepancias y fijen definitivamente sus posturas, sobre las que ya no cabe modificación. No impugnándose la inclusión de dicha partida más que por los motivos de carácter formal expuestos, ha de mantenerse el pronunciamiento dictado en la instancia en cuanto a este apartado del inventario».

3. CONSIDERACIONES FINALES

Como punto de partida, como antes indicamos, debe precisarse que el legislador no ha calificado de demanda, sino de solicitud, al escrito iniciador del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. Por tanto, la diligencia de inventario está más cerca de la jurisdicción voluntaria que de un proceso contencioso, y en consecuencia, la aplicación de los principios propios de los procesos, como es el de preclusión, no encajan adecuadamente en la diligencia de formación de inventario.

Por otro lado hay que tener en cuenta que cuando el demandado, en el acto de la diligencia de formación de inventario, pretende la inclusión del un bien o una deuda, el cónyuge solicitante de la liquidación debe pronunciarse sobre este extremo, dado que el juicio del inventario tendrá por objeto aquellas partidas sobre las que existen controversia. Así pues, los mismos argumentos sobre la posible indefensión del demandado cuando ve que se altera la propuesta inicial serían de aplicación al actor que debe posicionarse sobre una nueva partida propuesta por la parte contraria en la diligencia de formación de inventario. Como ya nos hemos pronunciado con anterioridad, el proceso de liquidación debería de estar diseñado de tal forma que con anterioridad a la celebración de la diligencia de formación de inventario, ambas partes contasen con las propuestas respectivas, ya que permitiría en igualdad de armas formar adecuadamente el inventario, lo que se conseguiría si tras una simple petición, el decreto del Secretario Judicial acordase requerir a ambos cónyuges para en el término de diez días presentasen sus propuestas, citándoles posteriormente a la diligencia de formación de inventario.

Finalmente, también debe analizarse la cuestión que planteamos desde un punto de vista práctico, pues la circunstancia que no se permita a la parte actora adicionar nuevos bienes o deudas, motivará que tenga que iniciar un proceso de adición, y no parece lógico que encontrándonos en la fase inicial del proceso de liquidación ya se remita a las partes a otro proceso. Además, si el cónyuge solicitante pide incluir un bien y el otro no tiene inconveniente ¿podrá el secretario Judicial negarse a ello? entonces, en estos casos ¿puede vulnerarse el principio de preclusión?

CASOS PRÁCTICOS

I. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En el convenio regulador, la esposa renunció a la compensación por razón del trabajo. Unos meses después presentó una demanda solicitando la nulidad del convenio regulador por haber sufrido un error en relación con el valor de la empresa propiedad del esposo y solicitando el reconocimiento de la compensación. ¿Puede estimarse dicha acción?

Consideramos que no dado que no se está alegando que desconocía la existencia de otros bienes propiedad del esposo, sino que del único bien conocido –la empresa– desconocía su verdadero valor. Tal error difícilmente puede resultar bastante a los fines de invalidar el consentimiento prestado en la medida en que no puede calificarse de excusable, pues hubiese sido fácilmente evitable si hubiese encargado a algún profesional una investigación del valor real de la empresa.

II. VIVIENDA FAMILIAR

En el procedimiento de divorcio se atribuyó el uso de la vivienda unifamiliar a la esposa e hijos. Tras haberse cargado en la cuenta bancaria de la esposa la tasa por recogida de basura y la tasa por la entrada de vehículos, ha recamado al esposo el 50% de su importe al pertenecer el inmueble en pro indiviso a ambos. El esposo se opone a dicha reclamación alegando que se trata de unos gastos que debe asumir el usuario del inmueble ¿Quién lleva razón?

Tanto la tasa de recogida de basuras como la establecida por el vado (Tasa por entrada de vehículos y reserva de vía pública), tienen la naturaleza de Impuesto sobre bienes inmuebles que deben pagar los propietarios, pues su base

imponible no es el uso en exclusivo del inmueble. Este es el criterio que siguen la mayoría de las Audiencias Provinciales.

III. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En el convenio regulador del divorcio, aprobado por sentencia de 18 de enero de 2005, los cónyuges incluyeron la siguiente cláusula: «D. Andrés se compromete a percibir y D.^a Angélica a entregarle la cantidad de 10.000 euros, el día que venda la que fue la vivienda familiar, renunciando a reclamar cantidad alguna más y a ejercitar, mientras esté ocupada por su esposa e hijos, la actio comuni dividundum del artículo 400 del Código Civil». El inmueble se vendió en el año 2012 y el esposo ha presentado una demanda reclamando la citada cantidad. La ex esposa se opone alegando la excepción de caducidad del art. 518 de la Lec. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

Como se desprende del referido pacto, la obligación de pago a la que se había comprometido la esposa nacía cuando se diera la condición establecida, esto es, cuando se vendiera la vivienda constitutiva del domicilio familiar. Nos encontramos por lo tanto ante una condena de futuro o ante una obligación sometida a una condición suspensiva, cuyo cumplimiento no nace sino hasta que se produce la condición, por lo que no puede ser de aplicación estricta el artículo 518 de la L.E.C.

IV. VIVIENDA FAMILIAR

En un matrimonio que escasamente ha durado veinte meses y del que no ha existido descendencia, tras haber presentado el esposo demanda de divorcio, la esposa reconviene solicitando la atribución del uso del domicilio familiar por un plazo de cinco años ¿Puede

atenderse esta petición teniendo en cuenta que el inmueble pertenece con carácter privativo al esposo?

Es criterio mayoritario entre los juzgados y tribunales que la escasa duración del matrimonio unido a la inexistencia de descendencia, salvo en casos muy excepcionales, no confiere derecho alguno entre los cónyuges al no haber llegado a consolidarse un verdadero estado matrimonial. Por ello, al igual que esta situación no genera derecho a pensión compensatoria, tampoco se considera que sea causa para atribuir, ni siquiera temporalmente, el uso de la vivienda al cónyuge no titular de la misma.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

En un matrimonio celebrado cuando los cónyuges tenían ya cierta edad, se da la circunstancia de que cuando se presenta la demanda de divorcio, ambos perciben una pensión de jubilación, si bien la del esposo es casi el doble de la que recibe la esposa. ¿Este desequilibrio podrá dar lugar a la fijación de una pensión compensatoria?

No. Que exista una importante diferencia entre la pensión de jubilación que percibe cada uno de los cónyuges no es determinante para el establecimiento de una pensión compensatoria ya que esta pensión está en función, entre otros requisitos, del periodo de convivencia, y en este caso la convivencia fue realmente escasa.

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA

En la actualidad se desconoce el paradero del padre y en los dos últimos años solo ha visto al hijo una sola vez y le ha telefoneado en tres ocasiones. Igualmente se desconoce si trabaja y los ingresos que pueda recibir por ello. En este caso ¿podrá fijarse una pensión alimenticia para el hijo?

Evidentemente, el hecho de que el padre se encuentre en ignorado paradero, no le exime de tener que asumir los deberes de la patria potestad, si bien, al desconocerse qué ingresos pueda tener y si tiene o no patrimonio, el criterio mayoritario entre los juzgados y tribunales es fijar el mínimo vital, sin perjuicio de la posterior revisión si se consigue conocer sus datos económicos.

VII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Después de acordarse el desamparo por la entidad pública, los padres no se opusieron al mismo. Iniciado el expediente de acogimiento permanente, se ha personado en el procedimiento el padre biológico oponiéndose al acogimiento si bien las causas de oposición están referidas a que no fue procedente la declaración de desamparo. ¿Deben admitirse estos motivos de oposición?

Entendemos que no, dado que los padres biológicos, consintieron la declaración de desamparo, por lo que en el procedimiento de acogimiento las únicas causas de oposición que pueden esgrimir es el cambio de circunstancias que motivan que se deje sin efecto la medida de protección o cuestionar la procedente del acogimiento permanente.

VIII. PENSIÓN ALIMENTICIA

La actual crisis económica ha motivado que la hija, que cuenta con veinticuatro años de edad, no haya podido acceder a un empleo a pesar de contar con titulación académica superior. En esta situación, ha decidido iniciar otra carrera universitaria para poder tener más opciones en el momento de buscar empleo y reclama al padre el pago de las tasas universitarias y de los gastos que conlleva cursar esta nueva carrera en otra ciudad distinta a la que reside habitualmente con la madre. Dicha petición se ampara en el texto del convenio regulador en virtud del cual el padre asumía el coste de la educación universitaria de la hija. ¿Puede tener éxito la reclamación que efectúa la madre en nombre de la hija?

Consideramos que la obligación que se contenía en el convenio regulador solo estaba referida a una carrera universitaria no pudiéndose ampliar la formación universitaria de la hija una vez que está en disposición de trabajar, pues ello provocaría que en vez de esforzarse activamente en la búsqueda de empleo invirtiese todo su tiempo en cursar la segunda carrera universitaria.

IX. VIVIENDA FAMILIAR

Los cónyuges pactaron en el convenio regulador que la atribución del uso de la vivienda se extinguiría si la esposa contraía nuevo matrimonio o vivía maritalmente con otra persona. El esposo ha interpuesto un procedimiento de modificación de medidas por cambio de circunstancia solicitando la extinción del derecho de uso, al haber sido despedido de la empresa donde prestaba sus servicios. La esposa, acogándose a la interpretación literal del convenio regulador, se opone a la demanda pues entiende que no se dan ninguno de los requisitos que se pactaron en el convenio regulador para la extinción del uso. ¿Cómo debe resolverse esta controversia?

El convenio regulador no dice que esta atribución se extinguirá solamente si la esposa contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona, sino que tendrá lugar en uno u otro supuesto. De lo que no cabe colegir que queden excluidas otras posibles causas de cese de un uso que es derecho por naturaleza provisional y temporal.

X. CUESTIONES PROCESALES

La esposa ha interpuesto una demanda de modificación de las medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio ante el juzgado donde actualmente tiene su domicilio junto a los dos hijos en base a lo dispuesto en el art. 769.3 de la Lec, si bien en esta ciudad no se ubicó en ningún momento el domicilio familiar ni en ella tiene su domicilio el demandado. ¿Es competente este juzgado para tramitar el procedimiento?

Estamos ante un proceso de naturaleza matrimonial, por derivar del inicial de divorcio seguido entre los cónyuges, y como tal, le resulta aplicable la regla primera del artículo 769 del la Ley de Enjuiciamiento Civil y ello, con independencia de que existan o no hijos menores del matrimonio. La regla 3.^a del citado artículo, sólo está prevista para las acciones relativas a los hijos extramatrimoniales, ya se refieran a alimentos, o a cuestiones de guarda y custodia, o controversias en el ejercicio de la patria potestad. Por tanto, el juzgado donde se ha presentado la demandada de modificación de

medidas es incompetente territorialmente para conocer de ella.

XI. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estando tramitándose un procedimiento penal por impago de pensiones, paralelamente se está sustanciando una demanda de ejecución de sentencia en la que se reclaman el pago de una serie de pensiones alimenticias que no fueron abonadas en su momento y donde se ha pedido la ampliación de la ejecución a las pensiones que vayan venciendo. El padre se ha personado en el proceso de ejecución y ha excepcionado la prejudicialidad penal ¿Debe suspenderse la tramitación del proceso de ejecución?

El artículo 114 de la Lecrim, en su apartado primero, establece que «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, se le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Ello implica que cuando se haya ejercitado una denuncia o querrela y se ha incoado un proceso penal, la cuestión civil debe suspenderse, sin embargo en el presente caso no puede admitirse de ningún modo dicha alegación, ya que la causa penal incoada se refiere al impago de pensiones, discutiéndose allí si concurre o no el dolo penal relativo al impago de pensiones, sin embargo no consta que se discuta la posible falsedad del título ejecutivo, ni de los documentos aportados a la demanda ejecutiva, por lo que no puede estimarse que concurra prejudicialidad penal.

XII. GUARDA Y CUSTODIA

El juzgado solo ha valorado para acordar el régimen de custodia la disponibilidad de tiempo de la madre y del padre, habiendo optado por la custodia materna ¿Puede acordarse la custodia en base exclusivamente a estos datos?

Evidentemente que no, además de la disponibilidad de tiempo, deben valorarse la aptitud y capacidad de los padres, sus relaciones con los hijos, la edad de estos, y otros muchos factores que contribuyen a determinar cuál es el verdadero interés del menor. Si solo se analiza la disponibilidad horaria para estar con los hijos, siempre se atribuiría la custodia al progenitor

que no realiza trabajo alguno o que se encuentra en el desempleo.

XIII. VIVIENDA FAMILIAR

La madre de la esposa está ocupando un inmueble propiedad de los cónyuges. Tras disolverse la sociedad de gananciales como efecto de la sentencia de divorcio, el esposo ha presentado una demanda de desahucio por precario contra su ex suegra. Ésta ha alegado la falta de legitimación activa al no concurrir el consentimiento de su hija, la copropietaria del inmueble. ¿Puede prosperar esta tesis?

El criterio que han mantenido los tribunales cuando han tenido que enjuiciar estos casos se ha inclinado por considerar que un partícipe de la comunidad «postganancial» no tiene legitimación por sí solo para ejercitar una acción de desahucio por precario y, menos aún, contra la voluntad del otro partícipe de dicha comunidad. Un ejemplo de ello es la sentencia dictada por la AP Zaragoza, Sec. 5.ª, de 13 de diciembre de 2011.

XIV. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El padre ha interpuesto una demanda de ejecución reclamando a la madre el importe de las cuotas de comunidad ordinarias que se han cargado en su cuenta privativa al considerar que siendo aquella la que usa en exclusiva el inmueble son de su cargo las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios. La esposa se opone al no haberse pactado nada en el convenio regulador en relación con el pago de las cuotas de la comunidad. ¿Puede estimarse la oposición a la ejecución?

Efectivamente. Sin perjuicio de reconocer que es un criterio generalizado que los gastos de comunidad sean asumidos por el cónyuge que utiliza la vivienda, no podemos olvidar que el título ejecutivo —el convenio regulador— no contiene mención alguna en lo que respecta a los gastos de la Comunidad de Propietarios limitándose a atribuir a la madre y a los hijos que quedan bajo su guarda el uso de la vivienda familiar, por lo que la tutela reclamada no se integra en el título ejecutivo, lo que tiene la consecuencia de que esta reclamación deberá canalizarse por otra vía distinta, ya sea mediante un procedimiento declarativo o haciendo valer este dere-

cho en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales.

XV. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El hijo mayor de edad, tras dejar de residir con la madre, ha interpuesto una demanda de ejecución frente al padre, reclamándole las pensiones alimenticia que no ha abonado en virtud de lo pactado en el convenio regulador del divorcio. ¿Puede admitirse a trámite esta demanda?

Entendemos que no, si el hijo no convive con ninguno de los progenitores es obvio que no procede ejecutar la Sentencia de divorcio en la que aquél no fue parte, debiendo acudir en todo caso si lo considera oportuno al procedimiento de reclamación de alimentos al margen del proceso de divorcio.

XVI. CUESTIONES PROCESALES

Tras ser emplazada la esposa en el procedimiento de divorcio instado por su esposo, está presenta demanda reconvenicional solicitando la formación de un inventario de los bienes comunes y que se acordase la prohibición de disponer salvo autorización judicial. ¿Puede admitirse la demanda reconvenicional?

El artículo 770 de la Lec dispone que en los procesos matrimoniales solo se admitirá reconvenición en determinados casos, entre los que no se encuentran las pretensiones articuladas por la esposa en su reconvenición. Además la propia Lec prevé un procedimiento especial para la formación de inventario (artículos 808 y siguientes) donde también se pueden adoptar medidas en relación con la administración y disposición de los bienes comunes.

XVII. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Reconociendo el padre que no había abonado una serie de pensiones alimenticias, suscribió junto con la madre un documento en el que se fijaba la cantidad adeudada y se establecía un calendario de pagos a razón de 100 euros mensuales además del pago de las pensiones que se iban devengando mensualmente. Al incumplir el acuerdo, la madre instó una demanda de ejecución y el padre opuso la existencia del citado documento solicitando que se respetase

en su integridad. ¿Puede acogerse esta causa de oposición?

No. La circunstancia de haber ofrecido el padre un calendario de pagos, fraccionando el total importe de las obligaciones vencidas a razón de 100 euros mensuales, y el hecho de haberse aceptado tal moratoria por la madre carece de relevancia en este momento procesal pues no estamos ante un acuerdo transaccional documentado en escritura pública conforme a lo previsto en el artículo 556 LEC dirigido a evitar la ejecución.

XVIII. PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta que cuando se dictó la sentencia de divorcio el padre se encontraba en situación de desempleo sin cobrar ayuda pública alguna, situación que es idéntica a la existente en la actualidad ¿No podrá solicitarse en ningún momento una demanda de modificación de medidas para rebajar la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos mayores?

En estos casos, el cambio de circunstancias no es la situación actual del obligado al pago de la pensión, sino la frecuencia con la que antes encontraba trabajo, y si esto no sucede en la actualidad, este hecho será el motivo que deberá alegarse para pedir la reducción o extinción de la pensión. Dicho en otras palabras, que la situación de paro actual no es equiparable a la que tenía cuando se fijó la pensión, en aquel momento se alternaban periodos de paro con otros de trabajo, pero en la actualidad, se evidencia que la situación de desempleo es dura en el tiempo.

XIX. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El convenio que homologa la sentencia contempla una atribución temporal del uso de la vivienda familiar a la madre e hijos y establece un plazo máximo vinculado a la venta del inmueble que se fija para el mes de enero de 2013, habiendo sido infructuosas las gestiones realizadas para la venta al no encontrarse ningún comprador dispuesto a abonar el precio fijado de común acuerdo por los cónyuges. En esta situación el padre presenta una demanda de ejecución solicitando que se acuerde el lanzamiento de la madre ¿Puede estimarse esta petición?

En principio, no cabe ejecutar un pronunciamiento no contenido en el título judicial como es la solicitud de que la madre abandone la vivienda, y además, ambos en su condición de copropietarios tienen derecho al uso de la vivienda en virtud de las normas que rigen la copropiedad, por lo que si uno solo de los partícipes es el que está haciendo uso del inmueble, el otro podrá acudir a los tribunales para regular ese uso, bien en el sentido de que sea alternativo o que se proceda a la división de la cosa común mediante venta en pública subasta.

XX. VIVIENDA FAMILIAR

Tras contraer matrimonio los cónyuges se trasladaron a residir a un inmueble propiedad de los padres de la esposa. Como se trataba de una vivienda sin mobiliario, instalaron una cocina y realizaron algunas reformas en puertas y armarios. Después de dictarse la sentencia de divorcio en la que se atribuyó el uso a la esposa e hijos, el esposo interpone una demanda de juicio ordinario contra sus ex suegros reclamándoles el importe de las obras realizadas. ¿Puede prosperar esta acción?

Las obras y elementos incorporados a la vivienda no constituyen gastos necesarios ni útiles (art. 453 del Código civil), pues por tales la jurisprudencia entiende, en cuanto a los primeros, los realizados para conservar y mantener la cosa, de forma que de no haberlos hecho la cosa hubiera dejado de existir o hubiera desmerecido (STS 3 de diciembre de 1991), y los útiles son aquellos que contribuyen a aumentar la rentabilidad o productividad de la cosa. Ni uno ni otro supuesto concurren en este caso y por ello las mejoras se deben entender realizadas en su día y aplicadas en beneficio de los poseedores mientras duró la posesión, quienes carecen de acción para reclamar frente a los propietarios el reintegro de su valor, al no tratarse de obras extraordinarias para la conservación del inmueble previamente puestas en conocimiento del propietario, art. 1751 del Código Civil, máxime cuando durante todo el tiempo de ocupación no abonaron renta alguna, además que la madre y los hijos seguirán utilizando el inmueble en su calidad de comodatarios.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

LAURA PÉREZ RUFIÁN

Abogada

Cuando ambos cónyuges han prestado su conformidad al cuaderno particional, o cuando tras la oposición ha sido necesario celebrar el juicio y se ha dictado sentencia, finalizadas las operaciones divisorias, habrá que entregar a cada uno de los cónyuges lo que en ellas le haya sido adjudicado.

Aunque los cónyuges pueden pensar que el trámite liquidatorio ha finalizado, se van a encontrar con una importante sorpresa ya que, conforme a lo establecido en el art. 787.5 de la Lec, la sentencia que recaiga se llevará a efecto pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. Es decir, recibirán los bienes que se hayan adjudicado, pero las adjudicaciones estarán condicionadas a lo que pueda acordarse en un posterior procedimiento declarativo.

Dar cumplimiento a la sentencia, o en su caso al cuaderno particional, conllevará por un lado, si es que es necesario, el cambio de titularidad de los bienes en los registros públicos, lo que en principio no debe presentar grandes problemas; por otro la entrega física de bienes, si es que no los tenían su posesión y recibir el metálico que en su caso se haya fijado, ya sea como consecuencia de repartir el saldo existente en cuentas bancarias o productos financieros, o por haberse creado un exceso de adjudicación.

Si esa entrega de bienes o dinero no se efectúa voluntariamente y se hace preciso acudir a los juzgados, la primera cuestión que debemos plantearnos es si esa sentencia o resolución que pone fin al proceso liquidatorio tiene carácter meramente declarativo o por el contrario admite presentar una demanda de ejecución para dar cumplimiento a las adjudicaciones. La verdad es que no existe un criterio uniforme entre los juzgados y tribunales, si bien parece que un amplio sector se inclina por considerar que la sentencia final no tiene solo carácter declarativo sino que puede y debe ejecutarse para finalizar definitivamente las operaciones liquidatorias aunque la sentencia no contenga expresamente pronunciamientos de condena. Comparten este criterio la **AP de Toledo, Sec. 2.^a; Auto de 14 de mayo de 2009; la AP de Jaén, Sec. 2.^a, Auto de 8 de octubre de 2007; AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 29 de marzo de 2012, y la AP de Cantabria que en su Auto de 22 de julio de 2.002** señaló que «La definición del contenido y naturaleza de los pronunciamientos de una sentencia no debe ceñirse a los términos literales del fallo, como si la utilización del término «condena» fuese inexcusable para entender producida esta. Por el contrario, habrá de estarse a una interpretación integradora del Fallo con el resto de la sentencia e incluso de las pretensiones deducidas en

la demanda para poder concretar si realmente la sentencia contiene o no la imposición de una obligación determinada a cargo de una de las partes en favor de la otra, pues en esto consiste esencialmente un pronunciamiento de condena, y en este sentido con gran flexibilidad y siempre en atención al caso concreto se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, de lo que es ejemplo la Sentencia de 19 de diciembre de 2001».

En cambio, otros tribunales consideran que la sentencia de la liquidación es meramente declarativa y no contiene pronunciamiento de condena alguno que permita presentar una demanda de ejecución. Un ejemplo de ello es la **AP de Granada, Sec. 5.^a, en su Auto de 9 de abril de 2007** confirmó la decisión del Juzgado de desestimar la demanda de ejecución en la que el esposo solicitaba la entrega de la posesión del inmueble adjudicado en la liquidación con la siguiente argumentación: «El Auto aprobatorio del inventario y de la liquidación de la sociedad de gananciales en el que se adjudica dentro del lote correspondiente al esposo, un piso en el que vive su cónyuge, no es en absoluto título para proceder al lanzamiento de la misma de dicha vivienda, pues cosa distinta es el derecho al uso y disfrute de un bien y la titularidad del mismo, siendo esta última el único objeto, como no podía ser de otra forma, de la resolución meramente declarativa por tanto y no de condena, que de forma improcedente se ejecuta, debiendo estimarse la oposición a la ejecución en base a lo dispuesto en el art. 559-3.º de la Lec, por nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la resolución a ejecutar pronunciamientos de condena». En estos casos, parece que no queda otra opción que interponer una demanda de desahucio por precario para conseguir el lanzamiento del cónyuge que ocupa el inmueble sin título alguno.

En términos similares se pronunció la **AP de Soria en su Auto de 24 de noviembre de 2004**: «La actividad de ejecución forzosa de las resoluciones judiciales firmes aparece expresamente excluida por el art. 521.1 Lec respecto de las sentencias meramente declarativas y constitutivas. Como la ejecución forzosa de una resolución judicial consiste en la actividad desarrollada por los órganos jurisdiccionales en virtud de la cual se actúa la responsabilidad contenida en el título ejecutivo (sentencia firme y demás resoluciones judiciales enumeradas en el art. 517 Lec), deben excluirse del ámbito de la ejecución forzosa las actuaciones judiciales tendentes a la efectividad de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, que no contienen una responsabilidad susceptible de ser actuada y respecto de las que se produce normalmente una actividad de ejecución impropia como es la representada por el acceso de la resolución a los Registros públicos (art. 755 Lec). Estas particularidades de la ejecución de las sentencias merodeclarativas y constitutivas no suponen excepción alguna al mandato constitucional que obliga cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales (art. 118 C.E.), toda vez que las sentencias de contenido merodeclarativo agotan sus efectos en la declaración de la existencia de los derechos y situaciones jurídicas objeto de consideración judicial (art. 5.1 Lec) y la propia Ley Procesal Civil establece de manera expresa el deber de todas las personas y autoridades de acatar y cumplir lo que dispongan las sentencias constitutivas, así como de atenerse al estado o situación jurídicos que surjan de las mismas (art. 522.1) y paralelamente al citado deber la ley legitima a quines hayan sido parte en el proceso o acrediten un interés directo y legítimo para solicitar al tribunal «las actuaciones precisas para la efi-

EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD...

cacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan»(art. 522.2). En cualquier caso es evidente que la prohibición del despacho de ejecución en los casos citados queda circunscrita únicamente a los pronunciamientos judiciales que entrañen una mera declaración o que constituyan, modifiquen o extingan estados jurídicos, por lo que la Lec de 2000 prevé expresamente la posibilidad de ejecución parcial de sentencias de contenido constitutivo o merodeclarativo, respecto de los pronunciamientos de condena que estas resoluciones pudiesen contener (art. 521.3 y 525.1.1.^a Lec, este último referido al supuesto de ejecución provisional)... En el presente caso el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia y que es objeto del recurso de apelación rechaza en su fundamento jurídico primero la viabilidad de la ejecución forzosa instada en su día por la representación procesal de D. Lucas al concluir que la sentencia firme que resuelve el procedimiento de liquidación de gananciales tiene naturaleza merodeclarativa, pues «se limita a decir que el valor de los bienes que integran el activo y pasivo son (sic) los señalados por el contador partidor en su dictamen».

Admitiendo la tesis que considera que la sentencia que fin a la liquidación tiene carácter ejecutivo, vamos a analizar la problemática que puede presentarse en función de lo que haya sido objeto de adjudicación.

1. PROBLEMÁTICA EN CUANTO A LA ENTREGA DE BIENES MUEBLES

En este caso, la demanda de ejecución estará dirigida a requerir al otro cónyuge para que en el plazo que se le conceda ponga al disposición del ejecutante los bienes que se les adjudicaron. Si se da cumplimiento al requerimiento finalizará el proceso de ejecución. El problema se presenta cuando no entrega todos los bienes o los entrega deteriorados. En caso de desaparición de un bien, la solución más lógica a fin de no forzar a los cónyuges a más contiendas judiciales, con el gasto y tiempo que ello acarrea, puede ser sustituir la entrega del bien por la cantidad en que fue valorado en su momento más la correspondiente actualización conforme al IPC. En caso de deterioro parcial, no vemos otra opción que iniciar un incidente de ejecución para determinar si el bien sigue conservando todas las propiedades intrínsecas o por el contrario ya no sirve al destino para el que fue creado, estableciéndose en su caso las indemnizaciones que correspondan.

2. PROBLEMÁTICA EN CUANTO A LA ENTREGA DE BIENES INMUEBLES

Tras la adjudicación del inmueble, el cónyuge adjudicatario presentará una demanda de ejecución solicitando que se requiera al otro cónyuge para que entregue la posición con el apercibimiento de lanzamiento si dentro del plazo establecido no lo verifica. Obviamente, un requisito previo para la estimación de la demanda de ejecución será que el cónyuge que está en posesión del inmueble no tenga ningún título que le faculte su uso, dado que si por una sentencia matrimonial se le ha concedido tal uso, se mantendrá en el mismo hasta tanto en el procedimiento de modificación de medidas

se declare extinguido tal derecho. No creemos que sea necesario acudir a un procedimiento de modificación ni a la propia ejecución de la sentencia de separación, cuando el uso se otorgó hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, pues realizadas las adjudicaciones finalizó el periodo de uso concedido en la sentencia. Este es el criterio mantenido por la **AP Jaén, Sec. 2.^a, en su Auto de 8 de octubre de 2007**: «El recurso debe ser desestimado por cuanto es claro que la conjunción de las dos resoluciones dictadas, Sentencia de Separación y Auto de Adjudicación confieren al ejecutante el derecho y la acción ejecutiva para solicitar el desalojo y entrega del inmueble a él adjudicado. Otra cosa vulneraría el principio de economía procesal, pues supondría derivar a la parte ejecutante al ejercicio de una acción reivindicatoria o de precario, cuando ya existen dos resoluciones judiciales que versan sobre la cuestión del uso y la propiedad del inmueble litigioso, aunque ninguna de ellas acuerde el desalojo solicitado. Es claro que es una consecuencia legal y lógica de lo dispuesto en la sentencia de separación, que como dice la resolución recurrida, atribuía a la esposa el uso del apartamento hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que claramente supone que practicada dicha liquidación y adjudicado el inmueble al esposo, cesa aquella atribución, y por tanto existe título judicial que le faculta para solicitar el desalojo. En una interpretación lógica del procedimiento de Liquidación de Gananciales cuya resolución final y definitiva dirime el destino de los bienes que pertenecían a la sociedad de gananciales, debiendo concluirse que la adjudicación no es una mera resolución declarativa».

3. PROBLEMÁTICA EN CUANTO A LA ENTREGA DE DINERO

Cuando en el cuaderno particional se incluye la obligación de uno de los cónyuges de entregar al otro una determinada cantidad (bien porque se apropio de los fondos gananciales o porque se constituyó un exceso de adjudicación), la demanda de ejecución seguirá los trámites de la demandas dinerarias, por lo que procederá el embargo de bienes si la parte ejecutada no abona la cantidad por la que fue requerida.

Si el ejecutado se opone a la ejecución, habrá que analizar las causas de oposición dado que finalmente nos encontramos ante una ejecución de título judicial.

La **AP de Madrid, Sec. 22.^a, en su Auto de 6 de noviembre de 2007** resolvió que la compensación no podía alegarse como causa de oposición a la ejecución, sin perjuicio de las acciones que correspondan a la parte ejecutada que podrá hacerlas valer en el procedimiento correspondiente.

Otros tribunales han apreciado la excepción de caducidad de la acción ejecutiva por recamarse el exceso de adjudicación pasados cinco años desde el dictado de la Sentencia. No obstante, como señaló la **AP de Burgos, Sec. 3.^a, en su Sentencia de 21 de octubre**, que se declare caducada la acción ejecutiva no supone que no pueda reclamarse esta cantidad en un proceso declarativo

La **AP de Zaragoza, Sec. 4.^a, en su Auto de 11 de diciembre de 2002** resolvió un incidente de ejecución en el que el esposo reclamaba a la esposa el pago de la cantidad que se preveía en el cuaderno particional como exceso de adjudicación, oponiéndose la esposa a dicha pretensión al no haber dado cumplimiento el esposo a la obligación que

EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD...

asumió de liberar a la esposa de las obligaciones como prestataria o fiadora de determinados préstamos. La Sentencia, estimando la oposición a la ejecución, razonó que: «Del examen del pacto objeto de ejecución se desprenden obligaciones para ambas partes con igual fecha de cumplimiento lo que implica, conforme al arts. 1100 CC y 1124 CC y la constante jurisprudencia que los viene interpretando (STS 10-11-1993), que ninguno de los cónyuges puede exigir el cumplimiento del convenio en lo que atañe a la liquidación de la sociedad conyugal en tanto no cumpla lo que le incumba, prescripción cuyo encaje en el proceso de ejecución de resoluciones judiciales puede llevarse a cabo a través del art. 556.1 segundo párrafo cuando erige como motivo de oposición la existencia de «pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución». También la **AP de Cádiz, Sec. 5.^a, en su auto de 16 de marzo de 2012** desestimó la demanda de ejecución de la sentencia dictada en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales dado que se pretende la ejecución dineraria de uno de los puntos ignorando el contenido de otros puntos que condicionan el cumplimiento de aquél.

Revista de

Derecho de Familia

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

El padre no compareció en primera instancia, ni en esta alzada, así como no consta que durante los últimos años se haya preocupado de las dos hijas menores, ni menos que haya pedido información sobre el estado de salud de su hija pequeña, quien precisa de asistencia médica en un centro especializado. Estos datos son elementos que ponen de manifiesto que el padre no ha atendido a las hijas, ni parece que tenga voluntad de hacerlo, por lo que se atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

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

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]

GUARDA Y CUSTODIA

No en todos los casos puede acordarse la custodia compartida, y en éste se ha considerado que el interés de los menores pasa por la custodia materna respetando el status quo existente ya que la madre viene cuidándolos desde hace tiempo.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de junio de 2013]

La redacción del art. 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 2013]

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 beneficio 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]

La custodia compartida es inviable en este caso al quedar probado, que prácticamente desde que nacieron, los hijos han sido cuidados por la madre, quien durante los casi quince años en los que perduró la convivencia se ha dedicado al hogar y a la familia.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2013]

Ninguno de los progenitores ha cuestionado la idoneidad ni la capacidad del otro como la sentencia apelada expresa y el alegado cambio de domicilio de la madre no supone un obstáculo insalvable para el desarrollo de la guarda compartida.

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

Dado que ambos progenitores pretenden la custodia de los hijos y que ambos pueden ocuparse de ellos, sobre todo si comparten el tiempo de estancia con ellos, es procedente acordar la custodia compartida, aunque no necesariamente con un reparto del tiempo matemáticamente igual.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de febrero de 2013]

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

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

RÉGIMEN DE VISITAS

Las malas relaciones de la madre y la abuela no son motivo para impedir el régimen de visitas.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2013]

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]

Vistas las razones que la menor adujo a la psicóloga, se estima contraproducente mantener el día intersemanal en contra de la voluntad de la hija que próximamente alcanzará la mayoría de edad.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2013]

Teniendo en cuenta la inexistencia actual de relaciones entre la menor y los abuelos y la conflictividad de las relaciones entre los abuelos y los padres de la menor debe limitarse el régimen de visitas a la tarde del miércoles de 17:00 a 20:00 horas.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de enero de 2013]

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

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

El acuerdo al que pudieron haber llegado los padres con anterioridad para que la pernocta comenzase a partir de los tres años no vincula al Juez, ni tampoco la opinión de la perito psicólogo.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de enero de 2013]

Aunque la medida no se solicitó en la demanda sino en el acto del juicio, se acuerda que la salida del hijo menor del territorio nacional sea autorizada judicialmente, pues con ello se pretende evitar, dada la nacionalidad boliviana de la madre, cualquier intento de sustracción.

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

Las visitas de la madre al menor son esporádicas y totalmente aleatorias, a lo que se une el hecho de que el domicilio de aquella no tiene las características mínimas para albergar al menor y además está acreditado que en ocasiones la madre lo abandona para salir, por lo que ante estas circunstancias deben suprimirse las visitas.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de enero de 2013]

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

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

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

[AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de enero 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]

Se suspende el régimen de visitas por la falta de contacto entre el padre y el hijo hasta que la perito judicial, tras la realización de terapias, considere que se dan las circunstancias para su reanudación.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 17 de enero de 2013]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

En atención a que la vivienda familiar está ubicada en un complejo que cuenta con club social, restaurante, naves, pistas, cuadras de caballos, etc., procede limitar a tres años la atribución del uso efectuada en favor del hijo y de la madre.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2013]

Si en el convenio regulador los cónyuges pactaron que el préstamo hipotecario se abonaría en exclusiva por el esposo, aunque no se trate de una carga del matrimonio, debe respetarse en el divorcio el acuerdo, sin perjuicio del reembolso que proceda en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2013]

Habiéndose acordado la custodia compartida y ejercitándose con la demanda la acción de división de la cosa común, no se atribuye el uso de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013]

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

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

Excede de los pronunciamientos que pueden adoptarse en los procedimientos matrimoniales otorgar el uso a la esposa de un local comercial propiedad exclusiva del esposo.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2013]

En el acuerdo alcanzado en mediación se contempló la extinción inmediata del condominio, por lo que no resulta procedente establecer un plazo de uso exclusivo para la esposa a partir del cual se procederá a poner a la venta la finca. Otra cosa es que, por razones de falta de disponibilidad de medios de la esposa para proveerse de otra residencia, en tanto no se procede a la liquidación efectiva del condominio se mantenga la situación posesoria a la que viene legitimada como copropietaria de la finca.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de febrero 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 del ingresos del padre en función de esa atribución temporal del uso.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 7 de febrero de 2013]

PENSIÓN ALIMENTICIA

El nacimiento de nuevos hijos, sea de forma voluntaria o involuntaria, sí que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias, si bien, habrá que estar a la capacidad económica del nuevo núcleo familiar formado por el padre para conocer si se ha producido una disminución de su fortuna.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2013]

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]

La alegación del padre de que carece de ingresos y que es mantenido por sus propios padres no ha sido corroborada con ningún medio de prueba. Por el contrario, el hecho de que haya iniciado una nueva relación de pareja con un nuevo hijo hace presumir que ha asumido las responsabilidades derivadas de la paternidad. En cualquier caso no ha acreditado que tenga ningún tipo de impedimento para el trabajo, por lo que la pensión alimenticia debe fijarse en 200 euros al mes.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2013]

La pensión alimenticia de los hijos mayores de edad se extingue cuando tienen ingresos propios, aunque luego vuelvan a no tenerlos, ya que en caso contrario la prestación alimenticia se convertiría en una especie de seguro de desempleo a cargo de los progenitores. Una vez producida la independencia económica, es irreversible.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2013]

La tesis sostenida por el padre se fundamenta en una premisa errónea, puesto que confunde las responsabilidades respecto de la guarda de las hijas, que ha sido establecida en forma compartida, con la distribución de las responsabilidades de carácter alimenticio. El padre dispone de medios económicos superiores a los de la madre por lo que no resulta ajustado a derecho el criterio de que cada uno pague los gastos que se devenguen cuando tenga a los hijos consigo.

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

El padre ha reconocido haber cobrado la parte que le correspondía tras la venta de la vivienda que tenía en copropiedad, por lo que tiene plena disponibilidad de dinero para atender la pensión alimenticia, pues los alimentos no dependen de los rendimientos netos del trabajo únicamente, sino del conjunto de sus posibilidades económicas.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013]

No procede extinguir la pensión alimenticia de la hija mayor de edad de 28 años ya que pese 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]

No constan los motivos por los que el padre se halla actualmente en desempleo pues habitualmente siempre estaba trabajando a pesar de la crisis económica. Consta acreditado que trabajaba en el extranjero, por lo que dada la versatilidad y flexibilidad de su actividad profesional no debe tener dificultad para obtener un nuevo trabajo con el que atender los alimentos del hijo, sin olvidar que cuenta con cierta disponibilidad patrimonial.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de enero de 2013]

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se suprime la limitación temporal que se impuso a la pensión compensatoria, ya que en cinco años no existe posibilidad real de que la esposa pueda superar el desequilibrio que le genera la ruptura.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de junio de 2013]

La pensión compensatoria debe extinguirse, la ex esposa ha consolidado su situación laboral y mantiene un nivel de vida adecuado a sus propias aptitudes para generarlo, aunque éste no sea igual al de su ex esposo. El principio de dignidad contenido en el art. 10 de la CE es argumento suficiente para justificar la independencia de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de junio de 2013]

No puede concederse una pensión compensatoria solicitada siete años después de tener lugar la ruptura efectiva de la convivencia conyugal, sin que durante todo ese período mediara reclamación alguna entre los cónyuges y sin que se haya podido constatar ninguna vinculación económica, ni de otro tipo.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2013]

La desigualdad de ingresos entre los cónyuges cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de ellos, no da derecho a la pensión compensatoria.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2013]

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 pensión compensatoria únicamente puede modificarse para disminuir su cuantía, pero no para elevarla. El empeoramiento sobrevenido no puede ser causa de incremento de una prestación fijada por sentencia firme en un proceso anterior.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2013]

El esposo ya preveía cuales serían sus ingresos después de la jubilación y sin embargo pactó una pensión de 500 euros a favor de la esposa, por lo que no puede apreciarse que las circunstancias acaecidas constituyan una novedad, que implique una modificación o extinción de la pensión compensatoria.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2013]

No cabe aplicar al caso la doctrina de los actos propios, por la existencia de una oferta previa al pleito que contemplase el reconocimiento de una pensión por desequilibrio, por cuanto estas negociaciones preliminares deben entenderse con una finalidad de evitar juicios y en un marco global de prestaciones por ambas partes.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de enero de 2013]

CUESTIONES PROCESALES

Debe admitirse la petición de pensión compensatoria, aunque no se formulase mediante reconvencción, ya que fue el propio demandante el que, anticipándose a las alegaciones de la esposa, tomó la decisión de, aun sin citarla, introducir en su demanda los elementos fácticos necesarios para negarla a partir de una relación detallada tanto de su situación económica como de la de su esposa. Por otro lado, la esposa no se limitó a defenderse de manera genérica de las pretensiones formuladas en su contra, sino que interesó expresamente el reconocimiento de la pensión en la contestación a la demanda.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2013]

No se ha vulnerado ningún derecho constitucional en la adopción por los tribunales españoles de medidas paterno filiales, pues la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal no afecta a los contenidos del art. 24.1 de la CE. Aunque el padre sostenía que existió una sustracción ilegal que impedía que los tribunales españoles conociesen del procedimiento, se aquietó con la resolución que declaró que el traslado fue lícito.

[Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 127/2013 de 3 de junio]

El juzgado alzó la suspensión del procedimiento y convocó la preceptiva vista tras la recepción de la comunicación de informe desfavorable del Colegio de Abogados, sin esperar la decisión definitiva sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, por lo que procede decretar la nulidad de lo actuado.

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

Todas las alegaciones sobre lo injusto de la pensión en su día establecida, su situación de desempleo sin prestación y sobre las razones por las que consintió el convenio regulador no son aquí relevantes, puesto que cualquier error o vicio de consentimiento había de probarlo, no siendo admisible que cuatro años después venga a discutirlo o a pretender modificarlo en razón a las circunstancias ya entonces existentes.

[AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de enero de 2013]

Las medidas cautelares, tutelares o de protección urgente de los menores sólo pueden llegar a tener sustantividad propia cuando no existe un proceso declarativo en el orden civil o un proceso penal en curso porque, en otro caso, estando en trámite un procedimiento declarativo, es en el seno de éste en el que, con la debida contradicción, y analizando y ponderando todos los datos y el material probatorio en su conjunto, se habrá de efectuar el debido enjuiciamiento de la situación, a fin de adoptar la decisión más procedente para salvaguardar el interés de los menores de edad.

[AP Lleida, Sec. 2.ª, Auto de 28 de enero de 2013]

Según se desprende de la carta con acuse de recibo, la esposa sí fue notificada de la declaración de rebeldía, en la forma legalmente regulada. Es su desidia, la negativa a pasar a recoger la comunicación postal, lo que motivó que la carta caducara y fuera devuelta al juzgado, por lo que no puede alegar como motivo de indefensión el supuesto incumplimiento de actuaciones procesales.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 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 procedimientos civiles que surjan entre las partes.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 24 de enero de 2013]

CONVENIO REGULADOR

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

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

El convenio regulador dice: «el esposo abonará como pensión alimenticia para el hijo del matrimonio una cantidad equivalente al treinta por ciento de sus ingresos líquidos mensuales». Dentro del concepto «ingresos líquidos mensuales» debe entenderse el total de percepciones que reciba el demandante.

[AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de Enero del 2013]

No existe error de la esposa en relación con la composición y valor del patrimonio del esposo a efectos de solicitar una indemnización por la extinción del régimen de separación de bienes, pues la esposa era perfecta conocedora del nivel de vida de la familia y no desplegó la diligencia mínima que le era exigible para evitar el error, pues hubiera bastado con acudir al consejo de un profesional que le asesorará.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de enero de 2013]

No se decreta la nulidad del convenio regulador al no apreciarse que exista vicio en el consentimiento ya que la esposa no especifica ni siquiera cuál sería concretamente la conducta del esposo que considera constitutiva de la maquinación insidiosa. El esposo ofreció una pensión compensatoria capitalizada y la pagó y a cambio la esposa renunciaba a no pedir nada más ni a reclamar en razón de la disolución del vínculo conyugal.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de enero de 2013]

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]

El ingreso efectuado por el esposo en una cuenta distinta a la designada por la esposa y a la que esta no tenía acceso carece de efectos liberatorios del pago de la pensión compensatoria.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 22 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]

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]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Aunque otorgaron capitulaciones matrimoniales pactando la separación de bienes, se considera que entre los cónyuges existió una sociedad universal de bienes y de ganancias, perteneciendo a ambos cónyuges los bienes adquiridos con el producto de la actividad económica conjunta con aportación de su esfuerzo personal.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de julio de 2013]

No se establece la indemnización del art. 41 del CF, pues el hecho de que el esposo haya trabajado para la esposa carece de virtualidad pues falta el presupuesto base para su concesión cual es la existencia de un desequilibrio patrimonial. Además el esposo ya está bastante compensado por ser cotitular de la vivienda familiar adquirida fundamentalmente con dinero privativo de la esposa.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013]

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

[TSJ de Aragón, Sentencia de 26 de febrero de 2013]

Habiendo pactado los cónyuges el régimen de separación de bienes, a falta de norma específica en la compilación aragonesa en el momento en el que se otorgaron, es de aplicación la normativa que se contiene en el Código Civil.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 26 de febrero de 2013]

No hay constancia en autos de que la esposa abandonara el trabajo para dedicarse en exclusiva al hogar y al hijo común pues fue despedida y tras retomar su actividad profesional, tras un año y medio, no solicitó reducción de jornada sino hasta poco antes de presentar la demanda de divorcio. Consecuentemente no concurre el primer presupuesto al que sujeta la ley el nacimiento del derecho a recibir una compensación tras la extinción del régimen de separación de bienes.

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

No puede apreciarse la prejudicialidad civil en el procedimiento de liquidación de la sociedad de ganancias por haberse interpuesto un juicio ordinario pidiendo la nulidad del inventario por haberse omitido un bien. Tampoco cabría la acumulación de procesos.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de febrero de 2013]

Las capitulaciones matrimoniales tienen plena validez pues no cabe admitir al existencia de un régimen económico matrimonial de hecho y otro de derecho. Por tanto, acreditado que los ingresos en la cuenta bancaria proveían del trabajo del esposo, se condena a la esposa a reintegrarle la cantidad de 79.235 euros.

[AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de febrero de 2013]

La esposa se ha dedicado durante 27 años de los 34 de matrimonio, al cuidado de la casa y de los tres hijos, favoreciendo o contribuyendo de este modo a una mayor capacidad económica del esposo y, en consecuencia, propiciando el aumento de patrimonio generado durante la convivencia. Se fija en 40.000 euros la compensación, que deberá pagarse en metálico al no existir acuerdo entre las partes ni alegarse concurrencia de causa que justifique su pago con bienes del obligado. El pago deberá

tener efecto en un plazo máximo de tres años, con devengo del interés legal desde el reconocimiento operado por la sentencia de primera instancia.

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

Siendo la esposa propietaria de diversos bienes y habiendo participado en las ganancias del esposo por la utilización conjunta de las cuentas bancarias, no concurren los presupuestos para fijar la indemnización del art. 1438 del CC.

[AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de Enero de 2013]

Aunque el negocio tiene la consideración de bien ganancial, una vez disuelta la sociedad de gananciales, los rendimientos que haya producido tienen carácter privativo del cónyuge que con su esfuerzo lo ha venido explotando en solitario. Precisamente por ello, si la esposa atendió después de la disolución de la sociedad una serie de deudas privativas del esposo para evitar el embargo de bienes gananciales, éste deberá abonarle su importe.

[AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de enero de 2013]

Los desembolsos para la construcción los realizaron en estado de solteros, es decir, antes de que naciera jurídicamente y produjera efectos el régimen económico-matrimonial de gananciales, por lo que no puede ningún cónyuge reclamar nada a la sociedad de gananciales, y de existir algún crédito será frente al otro cónyuge.

[AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2013]

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 incurso 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]

Aunque debe reconocerse el cambio experimentado por la madre biológica, la tardanza en haberse producido dicho cambio hace inevitable que, una vez ha tenido lugar el acogimiento pre-adoptivo con un resultado plenamente favorable para la menor, deba desestimarse la oposición a al adopción, pues no puede ignorarse que la madre en los primeros años de la vida de la menor estuvo incurso en causa de privación de la patria potestad.

[AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de enero de 2013]

Las alegaciones de la madre biológica parten de unas premisas erróneas dado que están dirigidas contra la medida de desamparo, que fue apreciada en resolución anterior, y no contra la del acogimiento preadoptivo, que es el objeto de este procedimiento.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de enero de 2013]

FILIACIÓN

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por no practicarse una nueva prueba biológica con la que pretende acreditar que en la época de la concepción estaba afectado por una enfermedad que le impedía procrear, ya que la prueba practicada supera un porcentaje de fiabilidad del 99,999% y está acreditado que anteriormente era padre de otro hijo.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de Mayo del 2013]

La relación afectiva entre la madre y el demandado existieron en fechas compatibles con la concepción y nacimiento del hijo, lo que ha de ponerse en relación con la negativa categórica del demandado a someterse a la práctica de la correspondiente prueba biológica.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de enero de 2013]

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

Aunque quedó acreditada la relación de pareja, no procede establecer la compensación que solicita la conviviente dado que ha equivocado la acción, al perseguir al amparo de la ley de parejas estables, el cumplimiento de un acuerdo verbal que ella misma afirma producido en el marco de la liquidación de unas relaciones económicas entre los hoy litigantes.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de febrero de 2013]

Siendo la vivienda privativa del padre, no se estima necesario atribuir su uso a la menor pues sus necesidades se estiman plenamente cubiertas con la pensión alimenticia que se ha fijado.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de enero de 2013]

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]

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de *Derecho de Familia* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Familia. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la Revista de *Derecho de Familia* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *roberto.alonso@thomsonreuters.com*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres (contando con los espacios). Preferiblemente, el interlineado será a doble espa-

cio y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenece.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.