

Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

Año XVIII Número 69 julio 2013

A LOS LECTORES

Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

JOSÉ LUIS FERRER-SAMA PÉREZ

En plena canícula e inmerso en el oleaje político existente que envuelve y cautiva nuestro entorno social, el Consejo de Ministros aprueba un Anteproyecto de Ley importante fundamentalmente por la repercusión que su contenido va a tener por tratarse de un tema tan delicado y sensible como es el ejercicio de la corresponsabilidad parental, en caso de conflicto familiar.

En efecto, el Anteproyecto que comentamos intenta adaptar las relaciones paterno-filiales a la sociedad actual, elevando a nivel de Ley -como diría un destacado político- lo que es normal a nivel de calle y tribunales y, para ello, modifica los articulados del Código Civil y las Leyes de Enjuiciamiento Civil y del Registro Civil. Si verdaderamente se trata de una reforma sustancial e importante para los juristas en general, aún lo es más para los especialistas en Derecho de Familia.

Este Anteproyecto establece que será el Juez el que determine la forma de guarda y custodia más conveniente en cada caso, atendiendo siempre al interés supremo del menor. Se intenta concienciar a los padres sobre la necesidad de establecer acuerdos y se hace necesario que, en caso de ruptura, incorporen al proceso judicial un plan de ejercicio de la patria potestad; se elimina la excepcionalidad con la que, hasta ahora, se regulaba la custodia compartida, suprimiendo las rigideces, el encorsetamiento y preferencias por la custodia monoparental del texto actual; para conseguir este objetivo, se reforma el art. 92 del C.c. y, a su vez, se introduce un 92 bis del tenor literal siguiente: "El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y

SUMARIO

01 Editorial

03 Artículos doctrinales

Primera lectura del anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Antonio-Javier Pérez Martín

Hacienda niega los beneficios fiscales de los alimentos pagados a los hijos en caso de custodia compartida. Guadalupe Díaz-Súñico Aboitiz

21 Tema de debate

¿Se ajustan las pensiones que resultan de la aplicación de las tablas a la práctica forense? ¿Servirán las tablas para que los cónyuges lleguen a acuerdos en el divorcio?

25 Jurisprudencia comentada

Carácter retroactivo desde la fecha en que se produjo el hecho extintivo

Alimentos de hijos mayores: por vía de reconvencción expresa

El colegio lo pagará solo la madre

Abuso de derecho en ejecución

Custodia compartida a partir de 3 años

Pacto de cesión de uso de un apartamento durante el verano

Vigencia compensatoria hasta que finalice el plazo que se fijó

Negativa al trámite de conclusiones

La crisis no es presunción para reducir alimentos

Validez de la liquidación de gananciales

La custodia compartida es inviable por falta de disponibilidad horaria

Indemnización por daños moral a quien figuró como padre sin serlo

La factura no acredita quien pagó

42 Casos prácticos

43 Próximas jornadas

46 Información bibliográfica

custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”.

En definitiva será el juez quien en cada caso concreto determine el régimen más adecuado, por supuesto actuando siempre en beneficio superior del menor. También será el encargado de establecer los aspectos y contenido de las relaciones parentales, sin que la custodia compartida implique necesariamente una alternancia de residencia de los hijos con los progenitores en períodos iguales.

Será el Juez el que determine la forma de guarda y custodia más conveniente en cada caso

La exposición de motivos de las normas a las que nos estamos refiriendo, realiza un somero y sin embargo elocuente estudio de la custodia compartida en el derecho comparado: se hace referencia al debate doctrinal de las diferentes posiciones mantenidas en los distintos estados federales de los Estados Unidos y a los Estados miembros de la Unión Europea que mantienen sistemas legales diferentes y solo seis se refieren explícitamente a la custodia compartida, con estas palabras u otras equivalentes.

En España, la jurisprudencia ha concretado los supuestos de guarda y custodia compartida a los pactos establecidos por las partes y al supuesto excepcional del art. 92.8 del Código Civil. Fue la jurisprudencia la que ha fijado los requisitos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, haciendo referencia concretamente a algunos ejemplos del derecho europeo y de las normas aprobadas por las Comunidades

La mediación familiar se incorpora como un instrumento fundamental para vehicular el acuerdo entre los progenitores

Autónomas, especialmente Aragón y Valencia que establecen la preferencia de la guarda y custodia conjunta por los progenitores. Caso especial es el de Navarra que no muestra preferencia por ningún modelo concreto de custodia, con lo cual deja plena libertad al juez o tribunal para la adopción de decisiones al respecto, siempre en interés de los hijos. Cataluña tampoco regula singularmente

la guarda y custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan. La autoridad judicial determinará la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo.

La mediación familiar se incorpora como un instrumento fundamental para vehicular el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar, en definitiva, el ejercicio consensuado de la responsabilidad parental tras la ruptura.

Resulta obvio mencionar que el juez recabará informe del Ministerio Fiscal, no vinculante, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, y tendrá en cuenta, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso de que lo considere necesario.

El Anteproyecto, en líneas generales, nos parece acorde con las circunstancias actuales, es más, nos parece necesario y opinamos que llega un “pelín” tarde. La sociedad española hace tiempo que viene demandando un mayor interés de las instituciones en materia como ésta que regulan el día a día. Las relaciones parentales deben ser claras, rotundas y, a ser posible, dar poco juego a la interpretación. Ya sabemos que eso es casi imposible, pero al menos

Las relaciones parentales deben ser claras, rotundas y, a ser posible, dar poco juego a la interpretación

hay que intentarlo. Veremos a ver que camino va a seguir la tramitación parlamentaria de este importante anteproyecto que afecta, como ya hemos pretendido subrayar, al núcleo de la vida española cual es la familia y qué camino tomará como consecuencia de las distintas ideologías.

De momento, el toro está en la plaza, ¡¡¡alegrémonos!!! y esperemos una buena lidia e indultemos al morlaco.

Primera lectura del anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio

Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado

SUMARIO

- I Introducción
- II Patria potestad y responsabilidad parental
- III Régimen de Custodia
- IV Régimen de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente (régimen de visitas)
- V Pensión alimenticia
- VI Vivienda Familiar
- VII Pensión compensatoria
- VIII Regímenes económicos matrimoniales
- IX Aspectos procesales de la reforma
- X Valoración crítica del anteproyecto

I. INTRODUCCIÓN

Desde que se modificaron los regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, 13 de mayo) y se restauró el divorcio en nuestro país con la reforma del Código Civil llevada a cabo por la ley 30/1981, de 7 de julio, tuvieron que pasar muchos años para ver alguna modificación legislativa. Fue concretamente la ley 13/2005, de 1 de julio, la que vino a modificar el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la ley 15/2005, de 8 de julio, la que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil eliminando el sistema causal para acceder a la separación y al divorcio, introduciendo también la posibilidad de acordar la custodia compartida aunque, bien es cierto, con un carácter excepcional.

Tras estas últimas reformas y hasta la actualidad, diversas autonomías han instaurado leyes propias modificando sustancialmente el régimen jurídico del Código Civil, sobre todo en materia de guarda y cus-

todia compartida y atribución de uso de la vivienda familiar, y paralelamente el Tribunal Supremo ha venido dictando numerosas sentencias en la materia interpretando los preceptos del Código Civil. Por último, la Sentencia n.º 185/2012 de 17 de octubre del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el art. 92.8º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En esta situación, el actual gobierno ha presentado el “anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” que, cuando se convierta en ley, vendrá a modificar diversas cuestiones tanto sustantivas como procesales.

Veamos a continuación las materias que serán objeto de reforma.

II. PATRIA POTESTAD Y RESPONSABILIDAD PARENTAL

La Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño. Este derecho se pone más de manifiesto en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en los que éstos no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos, es decir, de su corresponsabilidad parental, lo que lleva a adoptar determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, respetando también los derechos que tienen ambos progenitores.

Como no podía ser de otro modo, en el anteproyecto se ratifica el criterio que, como norma, el ejercicio de la patria potestad será conjunto, aún cuando los progenitores vivan separados, matiz que no se contempla en la actual regulación (“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”). Des esta forma no se alteran las responsabilidades parentales respecto a los hijos (artículos 90, 92 y 156). Será la autoridad judicial quien determine, atendiendo al interés superior del menor, bien aprobando los acuerdos de los padres, bien adoptando sus propias decisiones, cómo debe ejercerse esa corresponsabilidad parental en los supuestos de ruptura.

La redacción que se propone para el art. 156 del CC, además de introducir el término “corresponsabilidad parental”, que curiosamente coexiste con el de patria potestad a diferencia de lo que sucede con otras legislaciones que solo mantiene el de corresponsabilidad parental, incluye importantes precisiones en relación a determinar el lugar de residencia del menor y al ejercicio de la patria potestad cuando los padres viven separados:

«La patria potestad, como corresponsabilidad parental, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cual sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera

mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir a uno de los progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

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

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

Aunque los padres vivan separados, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por aquel con quien los hijos convivan. »

En el anteproyecto se resalta que se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial (artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (artículos 90 y 91 del Código Civil), a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.

Como vemos, el legislador pretende incorporar al Código Civil el plan de parentalidad que ya rige en otras legislaciones autonómicas como la catalana. Por ello, se propone reformar el art. 90 del CC para que el convenio regulador que debe presentarse para solicitar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo contenga el citado plan que deberá incluir, al menos, los siguientes extremos:

1º. La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia

habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2º. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3º. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4º. El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5º. Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

Cuando el procedimiento se tramite de forma conciliatoria, a través de la reforma del actual art. 91 del CC y del art. 770 de la Lec, también se hace mención al plan de parentalidad al indicarse en este último precepto que “La demanda deberá contener las pretensiones del actor en los términos establecidos en el Código Civil y, en particular, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, respecto de sus hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, si los hubiera”.

III. RÉGIMEN DE CUSTODIA

1. Situación actual de la custodia compartida en el Código Civil

Una vez que la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 185/2012 de 17 de octubre declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el art. 92.8º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, los requisitos para que pueda acordarse la custodia compartida son los siguientes:

a) Cuando se solicita de mutuo acuerdo por ambos padres.

En el actual art. 92 del CC no se ponen muchos inconvenientes a la custodia compartida cuando es solicitada conjuntamente por ambos progenitores indicándose en el apartado quinto que “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. Obviamente, esta petición tendrá que pasar el filtro judicial, pues el interés de los menores exige al tribunal indagar si ese sistema de custodia es el que tutela mejor sus intereses. En la práctica, salvo sistemas de custodia compartida muy extravagantes, general-

mente suelen aprobarse estos pactos.

b) Cuando se solicita únicamente por uno de los progenitores.

En este caso, los obstáculos para conseguir la custodia compartida son múltiples, pues aunque se haya eliminado el informe favorable del Ministerio Fiscal, la realidad es que el texto del art. 92.8 del CC indica que “Excepcionalmente, ... el Juez, a instancia de una de las partes, ... podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Este inciso es utilizado por numerosas resoluciones judiciales para descartar este sistema de custodia y atribuirlo en exclusiva a uno sólo de los progenitores.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, al resolver diversos recursos de casación se muestra proclive a la custodia compartida, lo que ha movido a muchos tribunales a modificar su postura. Las Sentencias más emblemáticas de nuestro alto tribunal en materia de custodia compartida son las siguientes:

- 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).
- 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).
- Se anula por segunda vez, por falta de motivación, la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la custodia compartida, acordando el Tribunal Supremo confirmar la sentencia del Juzgado que estableció este modelo de custodia, señalando que la redacción del art. 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario debería considerarse la más normal (Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 7 de julio de 2011).
- 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, criterio que es indepen-

diente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas debiendo evitarse decisiones arbitrarias (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2010).

- Ni la “deslocalización” de los hijos ni el abandono de la madre de la vivienda familiar son motivos para no otorgar la custodia compartida cuando el informe del equipo psicosocial es partidario de esta forma de custodia y de facto se ha venido aplicando en la práctica (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de Marzo de 2010).
- El Tribunal anula la sentencia de la Audiencia Provincial que otorgó la custodia a la madre dejando sin efecto la custodia compartida acordada por la sentencia del juzgado sin motivar las razones por las que desechaba la custodia compartida (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2009).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no implica la concesión automática de la custodia compartida, pues como perfectamente ponen de manifiesto otras Sentencias, lo determinante es el interés del menor:

- 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)
- Todo régimen de custodia tiene sus ventajas e inconvenientes, no pudiéndose dar primacía a ninguno de ellos pues el modelo más adecuado es el que mejor se adapte al menor y a su interés (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de enero de 2012).
- El clima de enfrentamientos entre los progenitores impide la custodia compartida, ratificando el Tribunal Supremo la interpretación de la expresión “excepcionalmente” utilizada e el Art. 92.8 del CC (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2011).
- La custodia compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y será el juez quien debe decidir cuál será el mejor régimen de protección, según sus circunstancias y las de sus progenitores. La Audiencia dejó sin efecto la custodia compartida acordada por el Juzgado porque el niño no puede estar cambiado de ciudades, aunque solo estén separadas en 10 Kms (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011).
- Al afectar al interés de los hijos las malas relacio-

nes de los progenitores no se acuerda la custodia compartida (Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de julio de 2011).

Otro de los obstáculos que impone el actual art. 92 del CC para acordar la custodia compartida es que 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.

Por otro lado, hay que reseñar que, aunque sea una cuestión estrictamente procesal, también se ha denegado la custodia compartida cuando no ha sido solicitada expresamente por un progenitor, no pudiendo equipararse esta situación a aquella en la que cada uno de los progenitores pide la custodia exclusiva del menor. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 19 de abril de 2012, vino a indicar que no puede establecerse la custodia compartida cuando los progenitores no la han solicitado expresamente dado que cada uno ha interesado que se le atribuyese la custodia exclusiva de los hijos. No obstante, nos consta que numerosos juzgados y Audiencias Provinciales no han puesto inconveniente alguno a la custodia compartida al entender que quien pide lo más (custodia individual) también está pidiendo lo menos (custodia compartida).

Por último indicar que, la actual redacción del art. 92 del CC, a parte de mencionar el interés del menor, recabar el informe del Ministerio Fiscal y de especialistas, oírle cuando tenga suficiente juicio, no da ninguna otra pauta al juez para acordar el modelo de custodia que mejor tutele su interés.

2. Contenido del anteproyecto en relación a la determinación del régimen de custodia.

A pesar de que texto del anteproyecto ha supuesto un serio revés para las asociaciones pro custodia compartida, pues no se acoge este modelo como sistema preferente a diferencia de lo que sucede en las legislaciones autonómicas aragonesa y valenciana, la realidad es que la custodia compartida deja de ser excepcional, y sin duda ese es un importante avance, pues se sitúa en un plano de igualdad con la custodia exclusiva, monoparental o individual, y será el interés del menor quien finalmente decidirá el modelo de custodia.

En la exposición de motivos del anteproyecto se justifica la reforma de la siguiente forma:

“Una de las medidas más delicadas a adoptar es la

de la guarda y custodia (términos que se complementan y que no se excluyen) o régimen de convivencia y el de las relaciones familiares de los progenitores con los hijos. La introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no median-do acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí.

Para determinar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como edad, arraigo social, escolar y familiar de los menores; relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; aptitud y voluntad 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; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; el apoyo con el que cuenten, la situación de sus domicilios o el número de hijos”.

En el anteproyecto se añade un nuevo artículo, el 92 bis, que se dedica en exclusiva a la atribución de la custodia, bajo los siguientes principios:

1. El interés del menor, y no el de los progenitores, será el que determine el modelo de custodia.
2. No existe ningún modelo preferente de custodia, y por tanto custodia individual y custodia compartida se sitúan en el mismo plano, dejando la decisión al juez o tribunal que conozca del caso.
3. Para acordar la custodia compartida no será necesario que expresamente sea solicitada por un progenitor, pues se entiende solicitada implícitamente cuando se solicita la custodia individual. Lo que no queda claro es si el juez puede imponer la custodia compartida cuando un progenitor no ha solicitado ni este modelo de custodia ni la custodia exclusiva, cuestión que debería quedar meridianamente clara para evitar interpretaciones que se separen del criterio del legislador.
4. La guarda y custodia compartida no debe implicar necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. Aunque esta precisión se hace en la exposición de motivos, no estaría demás incorporarla al texto del articulado, dado que una custodia compartida sin reparto igualitario del tiempo de convivencia vendría a solucionar muchos de los problemas que a diario se presentan en los Juzgados.
5. Antes de acordar el régimen de custodia, el Juez deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal (que ya no es vinculante), oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.
6. Para acordar el sistema de custodia, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, se dan al Juez una serie de pautas: “Deberá prestar especial atención, 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”.
7. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida (esto es una novedad pues en la regulación actual solo se menciona a la custodia compartida) al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentarse 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 hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absoluta o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

IV. RÉGIMEN DE ESTANCIA, RELACIÓN Y COMUNICACIÓN CON EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE (RÉGIMEN DE VISITAS)

La primera precisión que se hace en el anteproyecto es que el término “visitas” se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor. Por ello, se ha superado dicho término y ahora no se habla de guardador o custodio, o de visitas en relación con las relaciones con los progenitores, sino de convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente.

Realmente no se introduce ninguna reforma sustancial en esta materia pues todos sabemos que habrá que estar al caso concreto para fijar la extensión de las relaciones del menor con el progenitor no custodio o no conviviente. Como no podía ser de otro modo, se reconoce el carácter privilegiado de las relaciones de los menores con el entorno más próximo, particularmente con los hermanos, y en defensa del concepto de familia in extensa, se extiende, en caso de crisis matrimonial, el derecho de los hijos a mantener relaciones personales con los hermanos u otros parientes y allegados, y no solo con los abuelos, debiendo regularse judicialmente siempre que se considere necesario, en interés del menor y en la extensión que proceda, sin que deba imponerse cuando conste la oposición expresa de aquellos.

Sí se precisa en el art. 92 bis, que no procederá ningún régimen de estancia, relación y comunicación con el progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, 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 hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

V. PENSIÓN ALIMENTICIA

El texto del anteproyecto en relación con la pensión alimenticia, viene a distinguir entre las necesidades ordinarias o previsibles de los hijos, y los gastos devengados por sus necesidades extraordinarias o imprevisibles, llegando incluso a definirse unos y otros gastos en la nueva redacción del art. 93 del CC:

“Deben considerarse gastos necesarios ordinarios aquellos que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, quedando incluidos los relativos a alimentación, con independencia del lugar o por quien se preste, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.

Serán gastos necesarios extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles y no periódicas de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico.

No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, salvo que se consideren convenientes para ellos, debiendo ser asumidos de forma consensuada por los titulares en ejercicio de la patria potestad”.

Aunque existe un número importante de resoluciones judiciales que insisten en que no debe efectuarse un listado de los gastos extraordinarios, parece correcta la decisión del legislador de evitar conflictos entre los progenitores en torno a la conceptualización de un determinado gasto.

Por lo que respecta a la forma en que deben abonarse los gastos ordinarios y extraordinarios, en la re-

forma del apartado tercero del art. 93 del CC se indica lo siguiente:

“Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los menores, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los menores con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, en su caso, y el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto”.

Para evitar que la obligación de abonar la pensión de alimentos a los hijos se perpetúe en el tiempo, lo que será de aplicación a las relaciones paterno filiales en general, se precisan los supuestos que producen su extinción, destacando la independencia económica de los hijos, o cuando estén en disposición y condiciones de obtenerla, aún cuando no la tengan, si ello les es imputable. Para ello, en la redacción que se propone para el art. 142 del CC se indica lo siguiente:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos, o una vez completada se encuentre en búsqueda activa de empleo.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. »

En cuanto a la extinción del derecho a percibir alimentos, de las causas previstas en el art. 152 del CC se da una redacción más precisa a la causa quinta:

- Redacción actual: “Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”.

- Texto del anteproyecto: “Cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar ali-

mentos y adquiera la independencia económica por disponer de ingresos que le permitan costearse sus propias necesidades, o esté en disposición y condición de procurárselos por sí mismo, aún cuando no los tenga si su situación de insolvencia es achacable a su mala conducta o a la falta de aplicación al trabajo. Así mismo cesará cuando no haya terminado su formación por causa que le sea imputable, o una vez completada, no se encuentre en búsqueda activa de empleo. También se extinguirá cuando el hijo mayor de edad contrajese matrimonio o mantuviera análoga relación de afectividad, o dejase de residir en el domicilio familiar, no pudiendo incluirse en este último supuesto las ausencias temporales o involuntarias del mismo”.

VI. VIVIENDA FAMILIAR

Es de todos conocido que la redacción actual del art. 96 del CC junto con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo han llevado de manera automática a los juzgados y tribunales a atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor al que se le atribuye la custodia de los hijos menores.

En el anteproyecto se viene a alterar sustancialmente la normativa actual tanto en lo que respecta a la atribución del uso, como en relación otros aspectos que hasta ahora no se regulaban en el citado art. 96 del CC.

1. Atribución del uso.

Cuando los progenitores han llegado a un acuerdo en cuanto a la residencia de los menores, como sucede con la normativa actual, en el anteproyecto se indica que “El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento”.

En los casos en los que no hubiese acuerdo entre los progenitores en cuanto al destino definitivo de la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso

por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

2. Atribución del uso de la vivienda familiar en relación con las pensiones alimenticias y compensatorias.

Expresamente se indica en el texto del anteproyecto que “La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge”.

3. Gastos ordinarios, extraordinarios y carga hipotecaria de la vivienda familiar.

En el actual art. 96 del CC no se contiene regulación específica en relación con estos gastos, circunstancia que quiere remediar el legislador en el anteproyecto de la siguiente forma:

“Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el

título.

Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución”.

4. Disposición de la vivienda habitual

Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial.

5. Vivienda familiar ocupada en arrendamiento o precario.

Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

Tres son las novedades que presenta el anteproyecto en relación con la pensión compensatoria, por un lado incluye entre los parámetros que se enumeran en el art. 97 del CC uno nuevo: “La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere”, lo que implica que para fijar la cuantía de la pensión se tendrá en cuenta si se atribuye al cónyuge beneficiario el uso de la vivienda familiar.

En cuanto a la modificación de la pensión compensatoria, sorprende la nueva redacción que el anteproyecto da al art. 100 del CC puesto que suprime el término sustancial, que es uno de los requisitos que se han acuñado en la jurisprudencia como imprescindibles para cualquier modificación de medidas:

La redacción actual de art. 100 del CC es la siguiente: “Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges”, y la redacción que propone el anteproyecto es como sigue: “Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen.”

Por último, para el caso de que se haya tenido en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar en el momento de fijar la cuantía de la pensión compensatoria y posteriormente se extinga dicho uso como consecuencia del ejercicio de una acción de precario por el titular del inmueble, expresamente se prevé en la nueva redacción del art. 96 que habrá que adecuar la cuantía de la pensión compensatoria a la nueva situación, es decir, que esta circunstancia posibilitará la interposición de una demanda de modificación de medidas solicitando el aumento de la pensión compensatoria.

VIII. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Con independencia de los aspectos procesales que comentaremos más adelante, el anteproyecto contiene una importante novedad en cuanto al régimen de gananciales, puesto que se modifica el art. 1.396 del CC en el sentido de que admitida la demanda, se producirá la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales, en su caso, siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. En consecuencia, cesará la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 del Código Civil respecto de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges, y dejarán de ser a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la adquisición, tenencia y disfrute de bienes sin que conste el consentimiento expreso de ambos cónyuges; por la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, y por la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, siendo ello oponible frente a terceros desde la anotación de la admisión de la demanda en el Registro Civil (artículo 102 del Código Civil), lo que implica la reforma de la normativa sobre el Registro Civil.

En la nueva redacción que se propone del art. 1396 del CC se incluye el siguiente texto: “El Juez adoptará las reglas provisionales que los cónyuges deban observar en la administración y disposición de los bienes gananciales que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmen-

te afectados a las cargas familiares, así como en la rendición de cuentas que deba realizarse, para que sean observadas hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial. Se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria, salvo que se disponga lo contrario”.

Esta suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales que pretende el legislador en el anteproyecto, le lleva igualmente a dar una nueva redacción al art. 102 del CC incluyendo nuevos apartados:

“3º. Quedarán en suspenso los efectos de la sociedad de gananciales, en su caso, siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. En consecuencia, cesará la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 respecto de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges, y dejarán de ser a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas:

a) La adquisición, tenencia y disfrute de bienes sin que conste el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

b) La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

c) La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

4º. Quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido a favor del otro. La reconciliación de los cónyuges dejará sin efecto lo dispuesto en este apartado.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2. Únicamente estarán vinculados a la sociedad de gananciales los actos y gastos realizados por cualquiera de los cónyuges para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, así como para la gestión o administración ordinaria de los bienes gananciales. El cónyuge que hubiera realizado tales actos con sus propios bienes tendrá derecho a ser reintegrado, en la parte que corresponda, en el momento de la liquidación del haber de la sociedad de gananciales.

Los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.

3. El Secretario judicial, en la misma resolución

en la que admita la demanda, ordenará la anotación de la misma en el Registro Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Desde la anotación en el Registro Civil de la demandada de separación, divorcio o nulidad, el acreedor solo podrá reclamar las deudas contraídas por uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales si lo hubieran sido por alguno de los actos señalados en el párrafo anterior.”

IX. ASPECTOS PROCESALES DE LA REFORMA

1. Procedimiento consensual

Básicamente el procedimiento es el mismo, si bien se contienen diversas modificaciones. Por un lado terminológicas, pues al igual que en otros artículos, se viene a sustituir el término incapaz por el de “hijos con la capacidad judicialmente completada”. Por otro, forzando a los cónyuges a liquidar el régimen económico matrimonial, bien incluyendo la liquidación dentro del convenio regulador, o en su caso, presentando cada uno de ellos la propuesta de inventario y liquidación, así como un plan provisional de administración y disposición de los bienes. Concretamente se propone la inclusión dentro del apartado segundo del art. 777 de la Lec del siguiente texto:

“Cuando los cónyuges no hubieran llegado a un acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, pero sí respecto al resto de las medidas, junto al convenio regulador en el que se inste las demás medidas, cada uno de ellos, debidamente asistidos por Letrado y representados por Procurador, deberá presentar una propuesta para la formación de inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial que incluirá el plan provisional de administración y disposición de los bienes, junto con los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en las propuestas, en los términos de los artículos 809 y 810”.

En el caso de que los cónyuges hubieran presentado sus propuestas individualizadas para la liquidación del régimen económico matrimonial, el Secretario judicial, al admitir la demanda, actuará conforme lo dispuesto en el primer punto del apartado primero del artículo 770, es decir, ordenará la apertura de una pieza separada para la formación de inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial que se tramitará conforme a lo dispuesto en los arts. 809 y ss de la Lec.

También es de destacar que, en caso de existir hijos menores, deberá presentarse el plan de parentali-

dad, y que los cónyuges pueden incluir en el convenio regulador “La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres”.

2. Procedimiento de medidas previas

El procedimiento no sufre ninguna modificación, limitándose el anteproyecto a sustituir el término “incapaz” por el de hijo “con la capacidad judicialmente completada”.

3. Procedimiento de medidas provisionales coetáneas.

Tampoco sufre modificación alguna el procedimiento para la adopción de las medidas provisionales coetáneas con la demanda de separación o divorcio, si bien se modifica el contenido de las medidas que pueden adoptarse:

«Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1ª Las relacionadas con el ejercicio de la patria potestad conjunta respecto a los hijos y en particular, el régimen de cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos, así como los periodos de convivencia con cada progenitor, en su caso, y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y el lugar o lugares de residencia de los hijos, y todo ello en interés de éstos.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, hermanos, parientes u otras personas allegadas 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.

2ª La atribución del uso de la vivienda, en función de lo que sea más conveniente para los intereses de

los hijos y, si fuera compatible con éstos, para el interés del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y asimismo, previo inventario, determinará los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que habrán de ser retirados, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3ª La contribución de cada cónyuge a las cargas familiares, incluidas, si procede, las litis expensas, estableciendo las bases para la actualización de cantidades y las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos se haya de abonar por los cónyuges.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que cada uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4ª La fijación, atendidas las circunstancias, de 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 de los mismos, así como sobre la rendición de cuentas. »

4. Procedimiento contencioso

El procedimiento contencioso mantiene su misma estructura, si bien se incluyen diversas modificaciones que pasamos a detallar:

a) *Demanda*

Se amplían los documentos que deben acompañarse con la demanda contenciosa de separación o divorcio, exigiéndose la presentación de:

- Un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, respecto de sus hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, si los hubiera.
- Documento en el que conste haberse procedido ya a la liquidación del régimen económico matrimonial por haber sido precedido de la separación matrimonial o, en su defecto, la propuesta para la formación de inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial junto con los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, en los términos previstos en los artículos 809 y 810. En la referida propuesta deberá incluirse un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la obligatoria rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mis-

mo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria.

b) *Admisión a trámite de la demanda.*

El Secretario judicial, en la misma resolución en la que admita la demanda, hará constar la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial, en su caso, y ordenará la apertura de una pieza separada para la formación del inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial, que se tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 809 y siguientes. Igualmente se procederá a la anotación de la demanda en el Registro Civil a los efectos del artículo 102 del Código Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Lo que no se aclara en el anteproyecto es si la no presentación de la propuesta de inventario por el cónyuge que solicita la separación o el divorcio puede constituirse en motivo de inadmisión de la demanda.

c) *Reconvención*

Si el cónyuge demandado pretende la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio, si éstas afectaran a los hijos comunes, deberá presentar un plan de corresponsabilidad parental respecto a los mismos. Y si las medidas se refirieran a la liquidación del régimen económico matrimonial o a la división de una comunidad ordinaria de bienes, tendrán que presentar la propuesta de inventario y liquidación de bienes, que incluirá el plan provisional de administración y disposición de los mismos.

d) *Cambio de procedimiento.*

La redacción del apartado 5.ª del art. 770 de la Lec que se propone en el anteproyecto resulta confusa pues en el mismo se indica que "En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo, cuando no se hubiera podido alcanzar el acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial".

e) *Suspensión del procedimiento para someterse a mediación*

El apartado sexto del art. 770 de la Lec tiene una nueva redacción: "Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley,

para someterse a mediación. Asimismo, el Juez podrá proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. En tales casos, el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez, en los términos establecidos en el artículo 777". Aunque parte de este texto está incluido en la regla séptima del actual art. 770 del CC se completa en el sentido de que el Juez podrá proponer una solución de mediación, regulándose la suspensión del procedimiento mientras los cónyuges se someten a la mediación.

f) Procesos de parejas de hecho.

Del texto del anteproyecto parece deducirse que el legislador pretende ampliar el proceso contencioso del art. 770 del CC, no solo a los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, sino también aquellos en los que se reclaman alimentos en nombre de los hijos eliminándose el matiz que se contiene en la normativa actual que se refiere solo a los hijos menores de edad.

g) Sentencia

Las modificaciones terminológicas motivan una nueva redacción del apartado 4 del artículo 774, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

"4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el Tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con el ejercicio de la patria potestad de los hijos, su guarda y custodia, el régimen de estancia, relación y comunicación con ellos, la atribución de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares y alimentos, la disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna".

5. Procedimiento de modificación de medidas

No sufre ninguna variación el proceso de modificación de medidas, si bien se da una nueva redacción al apartado primero del art. 775 de la Lec regulando con más detalle cuando es procedente instar la modificación: "El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o con la capacidad judicialmente completada y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de

los padres". Como puede apreciarse, en la redacción actual del art. 775.1 de la Lec se indica simplemente que "siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas", lo que nos lleva a pensar si el requisito de la alteración sustancial debe continuar exigiéndose para la modificación de medidas.

También debemos comentar que en la disposición transitoria segunda se prevé la revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior: "A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma".

La experiencia de las legislaciones autonómicas que contenían una disposición similar ha permitido constatar la presentación de innumerables demandas de modificación de medidas alentadas por la esperanza de obtener una revisión de lo que se acordó con anterioridad al aplicarse la nueva normativa, si bien, el resultado final no ha sido tan satisfactorio para los progenitores que han instado estas demandas, ya que si bien habría que analizar cada caso conforme a la nueva normativa, que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida y modifica sustancialmente el tema de la atribución del uso de la vivienda familiar, no puede ignorarse que se ha consolidado una situación de convivencia para los hijos que tendrá su peso específico en el momento de resolver la demanda de modificación.

6. Ejecución de resoluciones dictadas en procesos de familia

Lamentablemente, el anteproyecto se limita a realizar distintas modificaciones terminológicas sustituyendo régimen de visitas por "régimen de estancia, relación y comunicación" y progenitor guardador por "progenitor conviviente", pero sigue sin resolver la importante problemática que se presenta en fase de ejecución de sentencia.

7. Procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Una de las novedades más importantes de la reforma que se contiene en el anteproyecto es la relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial, en el sentido de que se inicie siempre con la admisión a trámite de la demanda de separación o divorcio contencioso, e incluso cuando el procedimiento que se tramita es consensual y los cónyuges no incluyen la liquidación dentro del convenio regulador.

En la exposición de motivos del anteproyecto se resalta que uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los menores. Solventando el aspecto económico desde el principio, se mejorarán éstas; de ahí la necesidad e importancia de su reforma.

a) Competencia.

Con una pequeña modificación terminológica se mantiene el mismo texto del actual art. 807 de la Lec: “Como antes hemos comentado al analizar el proceso contencioso regulado en el art. 770 de la Lec, el cónyuge que pide la separación, el divorcio o la nulidad, deberá presentar la solicitud de formación de inventario así como un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación”.

Ha desaprovechado el legislador la oportunidad de terminar con las innumerables controversias que en la práctica diaria se presentan en relación con la competencia objetiva para liquidar el régimen económico matrimonial cuando la disolución tiene lugar por una causa distinta a la separación, nulidad o divorcio.

b) Solicitud de formación de inventario

En la actualidad los cónyuges tienen plena libertad para solicitar la formación de inventario conjuntamente con la demanda de separación, divorcio o nulidad o en un momento posterior. Como antes hemos visto al analizar tanto el procedimiento consensual como el contencioso, en el anteproyecto se exige imperativamente a los cónyuges comenzar la fase de inventario conjuntamente con el procedimiento matrimonial. En este sentido, se propone la siguiente redacción para el art. 808 de la Lec:

“1. En la propia demanda de nulidad, separación o divorcio, cuando la liquidación del régimen económico matrimonial no se hubiera realizado con anterioridad y los cónyuges no estuvieran de acuerdo sobre ella, deberá instarse la formación de inventario, incorporando una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil. Igualmente aportará una propuesta de liquidación del régimen económico matrimonial en los términos del artículo siguiente y un plan provisional sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran

especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria. Se acompañarán los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en las propuestas.

2. Cuando se hubiera iniciado cualquier otro proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá presentar solicitud para la formación de inventario, acompañando una propuesta redactada conforme al apartado anterior. A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta”.

c) Tramitación de la solicitud de formación de inventario.

A la vista de la solicitud, si se hubiera realizado en el procedimiento matrimonial, el Secretario judicial, en la misma resolución en la que admita la demanda, dejará constancia de la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial y ordenará la apertura de una pieza separada para la formación del inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial, así como la anotación de la demanda en el Registro Civil a los efectos del artículo 102 del Código Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

d) Medidas urgentes en relación con la administración, disposición y seguridad de los bienes incluidos en la propuesta de inventario.

Abierta la pieza, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la citación para la formación del inventario puede comprometer el patrimonio del matrimonio, el Tribunal podrá acordar, sin más trámites, mediante auto, en el plazo de cinco días, lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en la propuesta de inventario y aquellas medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como de los libros, papeles, correspondencia y efectos susceptibles de sustracción u ocultación.

Contra el auto que acuerde dichas medidas sin previa audiencia del demandado cabrá oposición conforme al artículo 739 de la Lec.

e) Diligencia de formación de inventario y trámites posteriores en caso de controversia en la inclusión o exclusión de bienes o deudas,

No se contiene en el anteproyecto ninguna modifi-

cación del procedimiento.

f) Inicio del trámite de liquidación de la sociedad de gananciales.

En la normativa actual, se dejaba en manos de los cónyuges el inicio de la fase de liquidación una vez que concluyese el inventario y alcanzase firmeza la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial. Sin embargo, en el anteproyecto, con la modificación del art. 810 de la Lec se da la iniciativa para la liquidación al Secretario judicial cuando la disolución del régimen viene motivada por la sentencia de separación, divorcio y nulidad:

“1. Declarada la disolución del régimen económico matrimonial por sentencia de nulidad, separación o divorcio, firme ésta y concluido el inventario, el Secretario judicial dará traslado al actor para que, en el plazo de 10 días, presente una nueva propuesta de liquidación o complemente la inicial.

2. En los demás supuestos, concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de éste. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables”.

g) Trámites posteriores de la liquidación.

Admitida a trámite la solicitud de liquidación o, en su caso, presentada la nueva propuesta o complemento, o transcurrido el plazo para ello, el Secretario judicial señalará, dentro del plazo máximo de diez días, el día y hora en que los cónyuges deberán comparecer ante el mismo al objeto de alcanzar un acuerdo y, en su defecto, designar contador y, en su caso, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias.

El resto de la tramitación del proceso de liquidación no sufre ninguna modificación.

8. Procedimiento de liquidación de la comunidad ordinaria

Tras la modificación operada en el art. 438 de la Lec por la Ley 5/2012, de 6 de julio (BOE del 7), de mediación de asuntos civiles y mercantiles, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los

bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos. Pues bien, en el anteproyecto se modifica el art. 770 de la Lec en el sentido de que los cónyuges “podrá solicitar la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera”. Como puede apreciarse, la utilización del término “podrá” deja en libertad a los cónyuges para incluir dentro del proceso matrimonial la división del patrimonio común, no imponiéndoles imperativamente, como sucede en el régimen de gananciales, su liquidación.

9. Mediación familiar

En el anteproyecto se incorpora expresamente la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura, debiendo ser aprobado judicialmente el acuerdo al que lleguen, lo que lleva a introducir ciertas precisiones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ello, sin perjuicio de mantener la prohibición de la mediación en los supuestos en los que una de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género o doméstica. La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura.

También cabe destacar que los cónyuges pueden pactar en el convenio regulador “La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres”.

X. VALORACIÓN CRÍTICA DEL ANTEPROYECTO

En una valoración conjunta, el anteproyecto nos parece correcto y acertado, si bien es de esperar que las aportaciones que se hagan desde distintos sectores en el periodo de consultas iniciado por el gobierno, lo mejoren sustancialmente.

Por nuestra parte hacemos las siguientes aportaciones:

Artículo 90 del CC. Cuando se indica “2..Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para

uno de los cónyuges...Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio”, debería contemplarse la eficacia retroactiva de los convenios desde la fecha en que se suscriben evitando los problemas que plantea la ejecución de los pactos durante el periodo que va desde que se suscriben hasta que se aprueban judicialmente, dado que muchos juzgados entienden que no puede pedirse la ejecución, por ejemplo, de las pensiones alimenticias pactadas en el convenio regulador anteriores a la fecha de su aprobación.

Artículo 91 del CC. Se hace referencia a que «1. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará...” cuando no se establece ningún procedimiento judicial para la adopción de estas medidas en ejecución de sentencia. La referencia a “disolución del régimen económico” debería ser más precisa, puesto que si la propia sentencia de divorcio es causa automática de disolución de la sociedad de gananciales sin que sea necesario incorporar pronunciamiento alguno en la sentencia, sí podría aprovecharse la reforma para indicar que la sentencia podría pronunciarse sobre la “fecha en que se considera disuelta la sociedad de gananciales” lo cual será muy clarificador para aquellos casos en que los cónyuges llevan separados de hecho mucho tiempo.

Artículo 92 bis del CC. Deberá precisar con más detalle si el Juez puede acordar la custodia compartida cuando uno de los progenitores no ha solicitado ni siquiera la custodia individual e igualmente debería incorporarse al texto del artículo la precisión que se hace en la exposición de motivos en cuanto a que “sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia”.

Artículo 93 del CC. Debería regularse un procedimiento para la notificación al otro progenitor de la existencia de un gasto extraordinario, tal y como se recoge por ejemplo, en el art. 236.2 del CCCataluña, que contempla esta obligación de información e igualmente en el art. 236.11 del mismo cuerpo legal que regula el procedimiento a seguir para obtener el consentimiento expreso del otro progenitor o, en su caso, entender que se ha consentido tácitamente, lo que sucederá una vez transcurrido el plazo de treinta días desde la notificación que se realice con la finalidad de obtenerlo sin que el padre o la madre que no ejerce la potestad no plantee el desacuerdo, conforme a lo establecido en el art. 236.13.

Artículo 94 del CC. No se considera adecuado que se obligue a los cónyuges a promover el inven-

tario de la masa común de bienes y derechos, pues debe dejarse a su criterio si estiman o no adecuado comenzar las operaciones liquidatorias o esperar a que concluya el procedimiento de divorcio. El Estado no debe inmiscuirse en las cuestiones que no se consideran de derecho necesario. Tal y como está regulado en la actualidad es más que suficiente para que un cónyuge pueda solicitar si le interesa el inicio de las operaciones divisorias tras la admisión a trámite de la demanda o posteriormente. Lo que sí tendría cabida es permitir que en el procedimiento matrimonial se pudiesen adoptar las medidas necesarias para la administración y gestión del patrimonio común. Por otro lado, si se permite la acumular al divorcio la acción de división de la cosa común, no tendría que existir tampoco problema alguno para la acumulación de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando solo existe un único bien (la vivienda familiar) evitando que en estos casos los cónyuges tengan que sufrir el procedimiento liquidatorio común.

Artículo 96 del CC. Presenta una redacción confusa que va a dar lugar a múltiples interpretaciones, por lo que se considera adecuado que se diferencien los supuestos en los que procede atribuir el uso a uno de los cónyuges o ambos, de aquellos en los que es recomendable la venta del inmueble. Debe clarificarse quien podrá tener el uso de la vivienda en los casos de custodia individual y custodia compartida. La experiencia nos enseña que una redacción confusa de un artículo da lugar a resoluciones contradictorias en los tribunales.

Artículo 100 del CC. No se entiende a que se debe la supresión por parte del legislador del termino “sustanciales” al referirse a los cambios de fortuna de los cónyuges, pues implica dejar sin efecto uno de los requisitos fundamentales que ha acuñado la jurisprudencia para el éxito de una demanda de modificación de medidas.

Artículo 102 del CC. En vez de la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales, sería recomendable que se incluyese como causa de disolución de la sociedad de gananciales la admisión a trámite de la demanda de separación.

Artículo 103 del CC. Deberían precisarse qué requisitos son necesarios para solicitar las litis expensas, y especialmente clarificar si la no solicitud de justicia gratuita es un impedimento para obtenerlas.

Artículo 156 del CC. Debería eliminarse el concepto “patria potestad” y sustituirlo por el de responsabilidad parental en vez de mantener ambos

Artículo 163 del CC. Debería de precisarse más cuando existen intereses contrapuestos entre un progenitor y el hijo, especialmente en los casos de

partición de herencia y liquidación de la sociedad de gananciales.

Artículo 1.396 del CC. Reiterar que debería considerarse como causa de disolución de la sociedad de gananciales la admisión a trámite de la demanda de separación o divorcio.

Artículo 770 de la Lec: Consideramos que el procedimiento matrimonial debería sustanciarse por los trámites del juicio ordinario, utilizando la Audiencia Previa, además de la para la proposición y admisión de laprueba, para la adopción de las medidas provisionales, de tal forma que cuando se celebre el juicio ya se habrán practicado las pruebas documentales y periciales, quedando solo los interrogatorios y las conclusiones finales. Ello no debe suponer ninguna ralentización en la tramitación del procedimiento, pues únicamente existirían dos vistas como hasta ahora, las medidas provisionales coetáneas (pasaría a ser la Audiencia Previa) y el juicio. En los casos en los que un progenitor se ve privado de los hijos o estos están desasistidos económicamente pueden regularse unas medidas provisionales urgentes. También procederían estas medidas en caso de que fuese necesario acordar la separación provisional de los cónyuges. Cuando el procedimiento se tramita de forma contenciosa, desde nuestro punto de vista ningún sentido tiene obligar a los progenitores a presentar un plan de parentalidad cuando se desconoce qué modelo concreto de custodia se adoptará. Además, tendrá poca eficacia si luego el Juez no incorpora el plan de parentalidad al fallo de la sentencia, como en la práctica viene sucediendo en los juzgados donde se aplica el Código Civil Catalán. Volvemos a insistir que no consideramos adecuado que el Secretario Judicial tenga que ordenar la apertura del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, pues debe dejarse liberto a los cónyuges para solicitarla junto con la demanda o posteriormente. En cuanto al cambio de procedimiento de contencioso a consensual deben precisarse las consecuencias para el caso de que finalmente no se llegue a un acuerdo y haya que continuar por los trámites del procedimiento contencioso. Se considera muy acertado que el legislador haya ampliado el objeto del proceso de las parejas de hecho a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar, si bien, y para evitar interpretaciones, no estaría de más, hacer expresa referencia en el texto articulado a esta cuestión. Sin embargo, no entendemos por qué no se amplía también el proceso a la compensación o indemnización que puede solicitar uno de los convivientes.

Artículo 775 de la Lec. Nuevamente hacer la precisión que se elimina en el texto del anteproyecto el requisito de que el cambio sea sustancial, y ello es abrir la puerta a múltiples demandas de modificación de medidas con escasas probabilidades de éxito

pues lo previsible es que los juzgados y tribunales sigan manteniendo el requisito de que el cambio debe ser sustancial.

Artículo 776 de la Lec. Sería necesario modificar en profundidad este artículo creando una sección dentro de los procesos de ejecución para dar respuesta a los múltiples problemas que se plantean en fase de ejecución de sentencia. Pero como consideramos que el espíritu del legislador no está por la labor de una modificación profunda, sin perjuicio de que se inicie un estudio más detenido de esta cuestión que pueda ser incluida en cualquier otra modificación posterior de la Lec, la redacción que se propone debería ser más precisa en cuanto a si producido el incumplimiento del régimen de visitas permitirá adoptar el cambio de medidas dentro de la misma ejecución o es necesario tramitar un procedimiento de modificación.

Artículo 777 de la Lec. Volvemos a insistir en el tema de que si los cónyuges no deciden liquidar el régimen económico matrimonial en el convenio regulador, no debe iniciarse de oficio la liquidación. Debería arbitrarse un procedimiento para que la ratificación se llevase a cabo en una vista con la asistencia de las partes, y en su caso del Ministerio Fiscal, para que pudiesen discutirse las modificaciones al convenio que se consideren necesarias tanto por el Tribunal como por el Ministerio Fiscal.

Artículo 807 de la Lec. Debe precisarse la competencia para conocer del procedimiento de liquidación cuando la causa de disolución es distinta a la sentencia de separación o divorcio.

Artículo 808 de la Lec. Nos reiteramos en la precisión de que es improcedente obligar a que los cónyuges liquiden el régimen económico matrimonial, debiendo dejarse plena libertad para decidir cuándo y cómo quieren liquidarlo.

Artículo 809 de la Lec. La misma precisión que en el artículo anterior. En todo caso, deberá expresarse con claridad que los cónyuges deben comparecer personalmente a la diligencia de formación de inventario. Teniendo en cuenta que el proceso de liquidación se prolonga en el tiempo, debería contemplarse la posibilidad de incluir algún procedimiento ágil de adición a la partición cuando se ha omitido algún bien o alguna deuda en el inventario, de tal forma que el Contador partidor pueda finalmente incluirlo, evitándose un procedimiento posterior.

Artículo 810 de la Lec. Tampoco estamos de acuerdo en que se fuerce a los cónyuges a iniciar la segunda fase de la liquidación de la sociedad de gananciales

Hacienda niega los beneficios fiscales de los alimentos pagados a los hijos en caso de custodia compartida

Guadalupe Díaz-Súnico Aboitiz
Abogada

Si bien los alimentos pagados a los hijos, a diferencia de los pagados al cónyuge, no pueden desgravarse en el IRPF del pagador, la Ley del IRPF regula un tratamiento particular para estas cantidades fijadas en sentencia judicial al permitir computarlas separadamente del resto de su base imponible. Dado que el IRPF es un impuesto progresivo, lo anterior puede suponer importantes ahorros fiscales en casos de separación judicial o divorcio. Una reciente consulta de la Dirección General de Tributos (DGT), de 26 de marzo de 2013, niega esta posibilidad en los casos de custodia compartida. Hacienda ya está girando actualmente propuestas de liquidación con base en el criterio de la Dirección General de Tributos.

Los alimentos pagados a los hijos en el IRPF

A diferencia de los alimentos pagados al cónyuge, aquellos que los padres abonan a los hijos no pueden reducir la base imponible del IRPF del pagador. Correlativamente, se trata de una renta exenta de IRPF para los hijos.

No obstante, la Ley del IRPF regula un tratamiento particular para estas cantidades fijadas en sentencia judicial al permitir computarlas separadamente del resto de la base imponible del pagador. Dado que el IRPF es un impuesto progresivo, ello puede suponer importantes ahorros fiscales en casos de separación judicial o divorcio.

En la práctica, lo anterior supone poder disgregar la base imponible del pagador en dos, calculando separadamente la cuota correspondiente a los alimentos, por un lado, y al resto de la base imponible, por el otro. Con carácter general, este mecanismo permite que el importe de los alimentos pagados a los hijos se

beneficie de un tipo impositivo más bajo en la declaración del pagador y, por tanto, reduce su tributación.

El mínimo personal y familiar y la custodia de los hijos

En los casos de separación o divorcio, la DGT ha interpretado que sólo puede aplicar el mínimo por descendientes el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos a la fecha del devengo del impuesto (31 de diciembre), al tratarse del progenitor que convive con aquellos¹.

No obstante, si la custodia de los descendientes es compartida, corresponderá el prorrateo por partes iguales con independencia de quién sea el progenitor con el que convivan a la fecha del devengo.

Custodia compartida y alimentos

De acuerdo con todo lo anterior, el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia podrá aplicar el mínimo por descendientes en su totalidad mientras que el otro, que es quien normalmente abona los alimentos, no podrá aplicar dicho mínimo pero podrá separar el importe de los alimentos del resto de su base imponible, reduciendo así su cuota de IRPF.

Ahora bien, queda analizar si estos dos beneficios fiscales pueden convivir, y ello es lo que ocurre en los casos de custodia compartida.

En la consulta de 26 de marzo de 2013, la DGT se

1. Es importante destacar que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2012 declaró inconstitucional la expresión "que conviva con el contribuyente" a efectos de la aplicación de este mínimo. Si bien la sentencia se refiere a una ley del IRPF no vigente (la Ley 40/1998, de 9 de diciembre), lo cierto es que la misma expresión se contiene en la ley actual.

pronuncia nuevamente, como ya lo hiciera en 2012, sobre cómo han de convivir en la declaración de la renta, el mínimo por descendientes y las especialidades aplicables en los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos.

Sorprendentemente, la DGT concluye que ambos son incompatibles y, más aún, entiende que en estos casos sólo cabe aplicar el mínimo por descendientes prorrateado al 50%, sin que quepa aplicar beneficio fiscal alguno por los alimentos pagados a los hijos. Es decir, a criterio de la DGT, estos beneficios no pueden aplicarse conjuntamente y no es una opción del contribuyente el aplicar uno u otro sino que necesariamente prima el mínimo por descendientes sobre los alimentos.

No sólo la lectura conjunta de los artículos no conduce a la interpretación de la DGT sino que incluso la misma podría apartarse del propio texto legal, siendo a todas luces equivocada.

No obstante, en la práctica, ya se están girando liquidaciones en las que la administración reclama las cantidades dejadas de ingresar en todos los ejercicios no prescritos como consecuencia de aplicar simultáneamente el mínimo personal (al 50%) y el tratamiento especial de los alimentos en la base imponible del pagador, por entender que sólo cabía imputar el mínimo por descendientes prorrateado. Creemos que existen sólidos argumentos para defender la improcedencia de estas liquidaciones.

Hemos de tener en cuenta que el cruce de datos de las casillas pertinentes de la declaración de renta para detectar estas situaciones de doble aprovechamiento del mínimo por descendientes y de los alimentos es sumamente sencillo para la administración, con lo cual no cabe descartar que exista una instrucción interna para comprobar todas estas declaraciones.

TEMA DE DEBATE

El Consejo General del Poder judicial ha dado el visto bueno a una tablas orientadoras para la fijación de las pensiones alimenticias. Como viene siendo habitual en estas cuestiones, encontraremos posiciones en favor y en contra de su aplicación.

¿Se ajustan las pensiones que resultan de la aplicación de las tablas a la práctica forense?

¿Servirán las tablas para que los cónyuges lleguen a acuerdos en el divorcio?

Isidro Niñerola Giménez

Abogado
Valencia

Entiendo que es un criterio más a tener en cuenta para conocer las magnitudes donde se va a mover la pensión alimenticia, pero no nos podemos olvidar que existen otros pagos en la familia, que se tendrán que pagar por mitad, como los préstamos hipotecarios, tal como ha resuelto el Tribunal Supremo, y cuyas cuantías deberán de ser tenidas en cuenta para conocer el líquido disponible de cada progenitor y de acuerdo con el modelo de convivencia, ya bien custodia materna, paterna o compartida, y se determine si la totalidad ha de ser pagada por uno de ellos, o en qué proporción, en su caso.

De antaño, siempre hubieron unas magnitudes que servían para tener una regla de fijación, y es que cuando era uno solo de los progenitores el que venía obligado al pago, se fijaba no más de un 35% de los ingresos líquidos y en el caso que hubiesen alimentos y pensión compensatoria, un 20% y un 15%, respectivamente, y en el caso que hubiese que acordar solo una de dichas medidas, poder llegar como tope al 35%, dependiendo del nivel económico de la familia y las necesidades de los hijos, cuya magnitud a destacar será si el colegio es público, concertado

o privado.

Estos criterios de porcentajes, solo fueron acuñados en su día por la Audiencia de Valladolid.

¿Servirían las tablas para que llegue los cónyuges a acuerdos con el divorcio?

La verdad es que desde que nuestro querido amigo Javier Pérez Martín y Eusebio Aparicio Auñón, realizaron el magnífico estudio, ha sido un instrumento muy eficaz para los operadores jurídicos que se dedican al Derecho de Familia.

Esta posibilidad ha sido revalidada el pasado mes de Julio por un estudio del Consejo General del Poder Judicial, coordinado por Ildefonso Villán Criado, y en el que han intervenido los Magistrados José Luis Utrera, M^a Dolors Viñas, Margarita Pérez-Salazar y José Javier Díez, quienes han demostrado su dilatada experiencia y valía en los Juzgados y Audiencias Provinciales. Las tablas han sido muy útiles, por lo que la respuesta es más que afirmativa en el sentido de que las tablas facilitan y facilitarán los acuerdos en el ámbito del Derecho de Familia.



María Antonia Mateu Gelabert

Abogada
Palma de Mallorca.

Antes de dar respuesta a las cuestiones planteadas no puedo sino mostrar un cierto escepticismo respecto de las expectativas creadas, quizá demasiado optimistas, en cuanto a que las Tablas suponen facilitar enormemente la posibilidad de llegar a acuerdos, en cuanto a que incrementan la previsibilidad de la respuesta judicial y en cuanto a que aumentan la seguridad jurídica, considerando oportuno pues reseñar varias consideraciones.

En primer lugar, según se constata en la memoria explicativa, cabe recordar que “las Tablas tienen un carácter orientador por lo que respeta siempre la independencia de Jueces y Magistrados, tanto en su uso habitual o no, como en su aplicación a cada uno de los casos concretos”; en consecuencia, si nos atenemos a la experiencia judicial anterior respecto a la aplicación de similares tablas de baremación, nos podemos seguir encontrando con respuestas absolutamente diversas y contradictorias: desde juzgados y audiencias que repudien claramente su aplicación, frente a otros que las apoyen incondicionalmente, hasta el punto de su aplicación automática (1)

En segundo lugar, cabe recordar que una parte muy importante del contenido de la pensión de alimentos, la correspondiente a los gastos de vivienda y la correspondiente a los gastos de educación, se ha excluido de la elaboración de las tablas, debiendo ponderarse por tanto de manera independiente para, en su caso, incrementar la cantidad resultante de la

tabla en función de su importe y criterios de reparto. Es decir, no obstante la existencia de las Tablas, deberemos seguir trabajando con conceptos jurídicos indeterminados, sometidos por tanto al arbitrio judicial.

En tercer lugar, como se señala igualmente en la memoria explicativa, la utilización de las Tablas requiere la previa determinación de los ingresos netos de cada progenitor, y en algunos supuestos, no pocos, es precisamente la determinación de los ingresos lo que constituye el principal motivo de controversia.

Ello no obstante no puede sino afirmar que cualquier iniciativa que pretenda eliminar, o cuando menos disminuir o mitigar, la litigiosidad de un procedimiento judicial, particularmente de familia, merece y debe ser aplaudida por tanto no puede sino expresar mi satisfacción por la iniciativa tomada por el Consejo General del Poder Judicial respecto a la elaboración y difusión de las tablas de pensiones alimenticias que en definitiva se configura como un recurso más, como un instrumento de trabajo más -nunca el único- con el que podemos contar todos los operadores jurídicos; recurso que como tal se debe utilizar, eludiendo por supuesto su aplicación automática: cada caso merece un estudio exhaustivo y cada caso concreto merece una respuesta particular e individualizada, sirviendo las tablas de criterio orientador, configurándose en consecuencia y desde esta pers-

(1) A modo de ejemplo: la sentencia de la AP de Navarra, Sección 2ª, de 15 de junio de 2010, dictada en el recurso 194/2009 señala que “... debemos señalar que en verdad lo que resulta insólito es que se pretenda imponer a jueces y tribunales la aplicación de unas tablas estadísticas en sustitución de los criterios legalmente establecidos en los artículos 142 y ss. y jurisprudencia que los interpreta; tablas que, por mucho interés que puedan ofrecer en razón al foro en que se aprueben, acrecen del más mínimo valor normativo e incluso práctico para resolver las controversias que se planteen en el ámbito judicial de los alimentos debidos a hijos menores de edad; tablas que desde luego esta Sala no ha aplicado jamás ni lo hará en el presente caso pues, obvio es decirlo, nos debemos al pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, del que, afortunadamente, al día de hoy, no forman parte los acuerdos que se invocan en el recurso y que en contra de lo que se sostiene en él, no son de aplicación habitual por los órganos judiciales, siendo llamativo a este respecto, que no se cita en el recurso ni una sola sentencia aplicando las mencionadas tablas estadísticas”. La sentencia de la AP de Málaga, Sección 6ª, de 19 de julio de 2012, dictada en el recurso 1012/2011, señala que “... carecen de eficacia vinculatoria alguna a Jueces y Tribunales...”, mientras que la sentencia de la misma Sección y Audiencia,

de fecha 21 de diciembre de 2010, dictada en el recurso 292/2010 determina que “... si la sentencia de instancia, aplicando las tablas orientadoras que se utilizan en los Juzgados de Familia ha fijado en 650 € mensuales la pensión alimenticia a favor de las dos hijas partiendo de que los ingresos del padre son de 2000 € mensuales, la acreditación de que éstos son menores y en aplicación de las mismas tablas, procede estimar parcialmente el recurso y fijar en 570 € mensuales dicha obligación. En esta misma línea se expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª de 4 de abril de 2012, dictada en el recurso 347/2011 al indicar que “.. Desde este punto de vista, siguiendo como criterio orientativo las tablas estadísticas de pensiones alimenticias recogidas en determinados tratados (en particular las consignadas en el Tratado de Derecho de Familia editado por Lex Nova firmado por Antonio Javier Pérez Martín, 1ª Edición de febrero de 2007), para unos ingresos de 1.550 euros mensuales, cuando son dos los hijos, se fija una cantidad de 510'20 euros, así pues si actualizamos dicha suma a la fecha en que se dictó la resolución en primera instancia (...) veremos que la pensión de alimentos fijada por la sentencia impugnada es superior a la establecida como criterio orientativo, por lo que juzgamos oportuno atemperar el importe de la misma, reduciendo su cuantía a la suma final de 300 euros por hijo...”

pectiva como un instrumento útil y como tal facilitador de acuerdos.

Respecto del ajuste de las pensiones a la práctica forense, lo cierto es que resulta, en mi caso, precipitada una respuesta, ya sea en uno u otro sentido, positiva o negativa; pero sí quiero advertir que me ha llamado la atención que la aplicación del índice de corrección de las tablas por tamaño de municipio, conlleve que las pensiones en grandes poblaciones



María Pérez Galván

Abogada
Sevilla

Con la justificación por parte del Consejo General del Poder Judicial de reducir la litigiosidad, se nos quieren vender las tablas para la determinación de las pensiones alimenticias como un instrumento útil. Anticipo que no me gustan ni creo en ellas más que como herramienta orientativa. Tampoco en esta ocasión nos han pedido opinión a la AEAFA, con el potencial tan bueno que tenemos y la información de primera mano de la que disponemos.

Como crítica, no distingue si los hijos son mayores o menores de edad, no se tiene en cuenta si el obligado al pago tiene otros hijos de otra relación o concurre con otras obligaciones o cargas familiares, ni si el progenitor que recibe la pensión de alimentos de los hijos percibe pensión compensatoria, indemnizatoria del 1.438 CC, u otras circunstancias que inciden sin duda en el cálculo de la pensión, como tampoco se tiene en cuenta el tiempo y la dedicación de los progenitores a los menores.

Parece que quieran quitar trabajo a los Jueces quienes, especialmente en nuestra materia deben analizar pormenorizadamente las circunstancias, no sólo económicas de las partes, sino también las sociales, laborales, familiares y demás del caso concreto y las necesidades reales de los menores, siendo la vivienda familiar una de las partidas más importantes para determinar la pensión.

Bajo el paraguas de que con la aplicación de las tablas, tendremos mayor previsibilidad de la respuesta judicial y aumentará la seguridad jurídica, me temo que el efecto rebote será que tengamos que plantear más recursos de apelación para que se valoren adecuadamente las circunstancias concretas del caso.

Se justifica su elaboración en que países como Canadá, Noruega, Estados Unidos y Alemania ya lo

resulten en definitiva más altas que las correspondientes a menores residentes en pequeños pueblos, cuando la práctica ha demostrado, desde luego en el ámbito geográfico en el que trabajo, que los menores de pequeños municipios tienen mayores gastos que los residentes en ciudad, donde la oferta de los recursos, de las necesidades que precisan, es más amplia y por ende más económica.

vienen aplicando y me planteo ¿qué tenemos que ver nosotros con esos países si, en la práctica, vemos como cambia la economía familiar, dependiendo de regiones de nuestro propio país y hasta localidades más o menos próximas?

Se predica también que favorecerá la auto-composición en los procesos de familia cuando, en mi opinión, los mejores acuerdos los alcanzamos cuando los abogados trabajamos a fondo sabiendo todos los pormenores del caso y concordamos, presentando al Juzgado el mejor convenio que no dará más trabajo que homologarlo y dictar sentencia. De no alcanzarse el acuerdo, con Fiscales y Jueces especialistas, con vocación y preparados en Derecho de Familia, conocedores de los conceptos y partidas que incluyen el contenido de los alimentos, resuelven con pronunciamientos congruentes al caso, ¿no se está dejando vacía de contenido la facultad jurisdiccional en materia de alimentos en cuanto afecta al orden público el aplicar las tablas?

En la elaboración de las tablas no se han tenido en cuenta para la determinación de los ingresos netos las cargas que deba atender (hipoteca, alquiler) y se han excluido los gastos de educación de los hijos o si estos tienen necesidades especiales, etc.

El tiempo nos irá diciendo las bondades o no de las tablas. En estos momentos, no soy partidaria de ellas y, de seguir con esta política para resolver problemas, vamos a sobrar abogados y jueces de familia.



Antonio Javier Pérez Martín

Magistrado
Córdoba

Todos somos conocedores que los juzgados y Audiencias Provinciales han establecido el mínimo vital que debe fijarse como pensión alimenticia para los hijos con independencia de que el progenitor no custodio perciba o no ingresos. La AP de Murcia, Sec. 4.^a en su Sentencia de 22 de marzo de 2013 lo ha establecido en torno a los 200 euros por hijo; la AP Ciudad Real, Sec. 2.^a, en su Sentencia de 28 de febrero de 2013 lo ha fijado en 100 euros por hijo; la AP Córdoba, Sec. 2.^a, en su Sentencia de 21 de enero de 2013 ha entendido que el mínimo vital debe situarse en 150 euros; la AP Valencia, Sec. 10.^a, en Sentencia de 16 de enero de 2013 lo ha cuantificado en 180 euros por hijo; la AP Lugo, Sec. 1.^a, en Sentencia de 20 de diciembre de 2012 lo ha situado en 125 euros; la AP Castellón de la Plana, Sec. 2.^a, en Sentencia de 26 de mayo de 2011 ha señalado la cantidad de 75 euros; por último, la AP Albacete, Sec. 1.^a, Sentencia de 12 de febrero de 2013 solo ha otorgado 50 euros por hijo.

Las circunstancias que concurrían en los casos que han dado lugar a estas sentencias son similares, el progenitor no custodio no percibía ingresos o solo contaba con la subvención del desempleo que rondaba los 400 euros, con lo cual los elementos a valorar para fijar el quantum eran realmente reducidos. Sin embargo podemos comprobar como la pensión que se fija puede variar incluso en un 300% que a estos niveles es mucho, pues no es lo mismo recibir 50 euros por hijo que 200.

Si se estableciera una norma que fijase la pensión mínima en 150 euros por hijo ¿Significaría que se está quitando independencia a los jueces? ¿Supondría esto una indefensión para las personas que se separan por la aplicación casi automática de un baremo para fijar la cuantía de la pensión? ¿Se podría llegar a más acuerdos si, dándose estas circunstancias, conocemos la cuantía de la pensión mínima? Las respuestas son obvias.

Claro, una cosa es la pensión mínima y otra la pensión en los casos en que ambos progenitores o uno de ellos tiene unos ingresos más elevados.

Lo que nos movió allá por el año 1999 a confeccionar las primeras tablas de pensiones alimenticias fue precisamente la importante diferencia en la cuantía de las pensiones que se venían fijando cuando los progenitores no custodios tenían unos ingresos similares. Después de analizar miles de sentencias

donde se reflejaban con claridad los ingresos de los progenitores y obviamente el número de hijos, tratamos todos esos datos estadísticamente dando el resultado por todos conocido. Desde un principio insistimos que se trataba únicamente de un material de trabajo con carácter orientativo con el que se perseguía que con un sueldo de 1.500 euros el progenitor no custodio pagase por un hijo una pensión cercana a 350 euros. Daba igual que se fijasen 325 o 370 euros, pero no 600 o 180 euros cuando las condiciones eran muy similares.

Ahora, otro grupo de jueces, con la misma inquietud de dotar de cierta seguridad jurídica a los procedimientos de familia, han trabajado utilizando otro sistema y han conseguido unas nuevas tablas orientativas que servirán para conocer de forma aproximada la pensión que finalmente puede fijarse. Lo novedoso es que se añaden más variables en función del núcleo de población donde vivirá el menor, y dejan fuera los gastos de enseñanza y el capítulo de vivienda.

Unas y otras tablas siempre se verán bajas para quien tiene que recibir la pensión o altas para el que tiene que pagarla, pero no se podrá negar que están basadas en datos objetivos y que se aproximan bastante a la realidad judicial. Nunca defenderemos la aplicación automática, pero tampoco que las pensiones que se fijan se distancien excesivamente, por arriba o por abajo, de lo que suele considerarse como normal.

El debate que comenzó en el año 1999 entre muchos abogados, ya se vivió en el ámbito del derecho de circulación con el baremo de tráfico para valorar la incapacidad temporal, permanente y secuelas. Hoy nadie discute la bondad del sistema.

En un futuro vendrán nuevas tablas que posiblemente introduzcan más variables como la edad de los hijos, la edad de los progenitores, si se paga además de la pensión alimenticia una pensión compensatoria, etc. y con ello se perfeccionará aún más el sistema.

Finalmente una reflexión: lo difícil no es establecer la cuantía de la pensión alimenticia, sino probar los ingresos reales que perciben los progenitores, y aquí está el verdadero arte de la profesión de abogado.

Carácter retroactivo de la modificación desde la fecha en que se produjo el hecho extintivo

La acción de enriquecimiento injusto se ejerció en un juicio ordinario

AP Oviedo, Sec. 5.^a, Sentencia de 27 de diciembre de 2012

Se acuerda en un proceso ordinario dar carácter retroactivo a la sentencia de modificación de medidas para evitar el enriquecimiento injusto pues la esposa convivía con un tercero y el hijo era independiente económicamente.

Como antecedentes a tener en cuenta para centrar la cuestión litigiosa, cabe señalar:

A) En fecha 20-5-87 por el Juzgado nº 1 de Avilés se dictó sentencia por la que se declaró la separación matrimonial de D. Segismundo y Doña Ana María, fijando la contribución por parte del esposo de abonar un 40% de los ingresos mensuales como contribución a las cargas.

B) En el año 2.010, por Doña Ana María y uno de los hijos de matrimonio, Don Juan Antonio, se solicitó despacho de ejecución respecto de determinada cantidad adeudada por Don Segismundo dimanante de la referida sentencia de separación, habiéndose dictado por el Juzgado nº 1 de Avilés el 27-5-10 auto despachando la ejecución por importe de 21.346 euros de principal más 6.400 euros para intereses y costas.

C) Formulada oposición por el ejecutado, se desestimó la misma por auto de 27-10-10, que recurrido en apelación fue confirmado por auto de 24-03-11.

D) En el interim, y durante la ejecución, Don Segismundo formuló demanda de divorcio, en la que solicitaba la extinción de la pensión compensatoria y alimentos (comprensiva del concepto acuñado en su día en la sentencia de separación como "contribución a cargas"), y ello con efecto retroactivo. La sentencia dictada en fecha 30-6-11 (autos nº 31/11) decretó el divorcio así como la extinción de la obliga-

ción de contribución a cargas, más sin darle efecto retroactivo.

En dicha resolución se reconoció como probado que Doña Ana María durante más de 20 años convivió maritalmente con otra persona, y que Don Juan Antonio (de 33 años de edad) había entrado en el mercado laboral desde hacía años (desde el año 1996 según consta en la hoja laboral aportada a autos).

E) Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, resuelto por esta Sala en sentencia de 15-12-11, que confirmó el pronunciamiento denegatorio de dicho efecto retroactivo, señalando en su fundamento jurídico segundo lo que ahora se transcribe: "En cuanto al efecto retroactivo de la declaración de extinción de sus deberes pecuniarios contributivos explica el recurrente que aunque es criterio de esta Sala y de la generalidad de nuestros tribunales la consideración de las sentencias como la de autos de clase o naturaleza constitutiva con efectos ex nunc, debe matizarse el mismo cuando el hecho extintivo es indubitado, objetivo e indiscutible, como sería en el caso el reconocimiento por la demandada de su convivencia marital y la declaración de la sentencia recurrida en tal sentido, así como que el hijo común, Don Juan Antonio, trabaja y lleva incorporado al mercado de trabajo desde el año 1.996 y porque de otro modo se propiciaría un abuso de derecho y el enriquecimiento injusto.

En cualquier caso, entiende el recurrente que el efecto extintivo lo sería desde el dictado

de la sentencia en la instancia y no desde su firmeza.

Pues bien, como el propio recurrente advierte, esta Sala en su sentencia de 15-10-2.010 ha declarado el efecto, en principio constitutivo, de las resoluciones por las que se establezcan, modifiquen o extingan las medidas matrimoniales aparejadas a una declaración de separación o divorcio y su efecto *ex nunc*; y así dice esta resolución “No parece que en principio haya de discutirse tanto el carácter de consumible de los alimentos como el hecho de que las resoluciones por las que se establezcan, modifiquen o extingan las medidas derivadas de un procedimiento matrimonial tienen carácter constitutivo y no declarativo, de ahí que sus efectos se hayan de producir “*ex nunc*”, y por tanto sin retroacción. Este es el criterio que en general se viene manteniendo en las Audiencias del territorio nacional, habiendo las recurrentes citado algunas de ellas así como otras varias de otros tribunales, a las que podríamos añadir a título de ejemplo las sentencias de 10-2-09 y 26-1-10 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en los que se afirma el efecto no retroactivo habida cuenta del carácter consumible.

Por otro lado, este criterio general no está exento de posibles excepciones y no ya en los supuestos de abuso de derecho o mala fe, sino en otros que se han considerado en diversas resoluciones de la llamada jurisprudencia menor.

Así, podemos referirnos a la sentencia de 22-1-10 de la Audiencia Provincial de Cádiz, que resolviendo un asunto en el que se planteaba el efecto retroactivo de la extinción de una pensión compensatoria, tras aludir a la regla general del carácter constitutivo, diferenció claramente entre los supuestos en los que se requiere para acordar la extinción de la medida una actividad deductiva de valoración probatoria para resolver si se debe entender acreditada la circunstancia determinante al efecto (como podría ser una nueva convivencia o una mejora de fortuna), lo que impediría por su falta de fijeza y concreción previa la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en los que dicha circunstancia podría resultar indubitada (como el matrimonio o fallecimiento) y ello ya en relación a la pensión compensatoria o alimentos, en cuyo caso sí podría darse el efecto retroactivo.

En términos parecidos se pronunció la sentencia de 5-10-09 de la Audiencia Provincial de Pamplona, que consideró que cuando la extinción de las obligaciones alimenticias resultare procedente en base a la existencia en momento anterior de una circunstancia manifiesta e indiscutible se podría producir una excepción a la regla general de no retroacción.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 11-9-09 negó el efecto retroactivo más allá de la interpelación judicial en un supuesto en

el que el obligado a pagar la pensión compensatoria lo habría seguido haciendo aún con conocimiento de la alteración sustancial.

Descartada la existencia de mala fe de las demandadas y ahora recurrentes, lo cierto es que existió una causa objetiva de extinción de las pensiones alimenticia y compensatoria, cual fue los matrimonios contraídos por ambas, siendo ésta una circunstancia que acreditada exime de cualquier valoración o elucubración, pues viene establecida expresamente en lo que a la pensión compensatoria se refiere en el art. 101 del Código Civil y en lo que respecta a los alimentos puede racionalmente inferirse del art. 152.3 de dicho cuerpo legal.

En este sentido, y analizando un caso similar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23-12-04, citada por el actor, señaló que la carencia de causa que justificare la pensión de alimentos determinó un cobro de lo indebido constitutivo de un enriquecimiento injusto, figura ésta respecto de lo cual nuestro Tribunal Supremo ha venido en algunas resoluciones recientes confirmando a la ausencia de causa un sentido no meramente formal sino material, señalando como esencial la inexistente justificación de desplazamiento patrimonial producido, de tal manera que la causa se desvanece con el hecho de no obedecer el pago a una relación obligacional; así, no es necesario que exista mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (sentencia 14-12-94) o, como dice la sentencia de 18-11-05, ausencia de justificación en su origen por no haber razón legal o negocial que explique la desarmonía producida.

En suma, y sin desdeñar el criterio sentado en las resoluciones antes citadas, es a juicio de este Tribunal la vía del enriquecimiento injusto la más adecuada a los efectos de fundar el éxito de la pretensión.”

En la literatura científica es habitual la clasificación de las acciones judiciales y de las sentencias que las resuelven en acciones de condena, declarativas o mero declarativas y constitutivas, identificando éstas últimas con aquéllas en que se hace valer un derecho al “cambio jurídico” es decir, un cambio en la situación existente que la sola voluntad del interesado no puede producir, requiriendo de la declaración de un tribunal en tal sentido.

Su efecto tanto puede ser positivo como negativo; si lo segundo sirve para dejar sin efecto un estado jurídico preexistente y unas veces, las más, con efectos *ex nunc*, desde la sentencia y otras, en algún caso, *ex tunc*, retro trayéndolos bien al momento de la demanda bien al del hecho constitutivo del derecho al

“cambio jurídico”.

La acción de petición de modificación de medidas o extinción de alguna de las decretadas en proceso precedente tiene carácter constitutivo. A partir de la concurrencia del hecho material y fáctico contemplado en la norma y del que se hace depender el cambio nace el interés del accionante a su declaración y éste se produce con la declaración judicial estimatoria en ese sentido.

Ciertamente, no se desconoce que cierto sector doctrinal aboga por una sutil distinción, sosteniendo el carácter meramente declarativo de las sentencias de modificación o extinción cuando el hecho material del cambio es indubitado, citando en tal sentido y a modo de ejemplo los supuestos de extinción del derecho a la pensión en caso de muerte del beneficiario o de contraer matrimonio, manteniendo su carácter constitutivo en todos los demás en que sea necesario un debate sobre la concurrencia del hecho extintivo (cambio de fortuna o convivencia marital).

Sin embargo, no hay razón para el cambio de calificación de la acción por la mayor posibilidad o facilidad probatoria, objetividad o certeza que acompaña a unos y otros hechos prefijados normativamente como sustentadores de la tutela al “cambio jurídico”.

No es la facilidad o dificultad probatoria o la certidumbre objetiva que emana del propio hecho la que determina la calificación de la acción sino la tutela que se persigue, esto es, en el caso de las acciones constitutivas, el cambio.

Dicho lo anterior, la extensión de los efectos de la declaración jurisdiccional del “cambio”, si ex nunc o con efectos más o menos retroactivos, vendrá, ante todo, determinada normativamente y así, como ejemplo, suelen citarse los efectos retroactivos que acompañan a la declaración de nulidad, rescisión o ineficacia (art. 1.303 CC.) o los consecuentes a la revocación de una donación.

En el supuesto del art. 101 del CC, que regula los supuestos de extinción del derecho a la pensión compensatoria, no se dispone efecto retroactivo alguno y lo mismo puede decirse respecto de la extinción al derecho a alimentos (art. 152 CC), ni tampoco explica y argumenta el recurrente el por qué de su petición de retroacción al 1-1-2.003.

Más cabalmente, con ser cierto que la negación del efecto retroactivo a la fecha del hecho material productor del cambio pudiera provocar resultados contrarios a la equidad, la respuesta adecuada para conjurar ese resultado sería acudir al medio reparador del enriquecimiento injusto y sino y mejor al del abuso de derecho o el fraude de ley (art. 7 CC.), en cuanto

que, como sustentado en la equidad, se sobrepone a la apariencia de derecho en aras de un resultado final efectivamente justo, que si por el limitado ámbito de cognición del juicio de ejecución se entendiere no oponible, habrá de otorgársele posibilidad de planteamiento a través del oportuno juicio declarativo. Como dice la STS de 22-6-2.010 “En cuanto al abuso del derecho se debe destacar, con la sentencia de 21 de septiembre de 2.07 (RJ 2007, 6267), que constituye un límite al derecho subjetivo, y de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance singularmente restrictivo. Sólo procede invocarlo y, consiguientemente, apreciarlo, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro utilizándolo de modo anormal o contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige, pues, que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho, y por la objetiva de exceso en su ejercicio.” (y en igual sentido STS 15- 11-2.010).

Por lo demás, como es que la sentencia de la instancia declara la extinción de las medidas alimentarias y compensatoria y todas las partes se han aquietado con esa declaración, no siendo objeto de recurso, es obvio que el efecto constitutivo empezará a desplegar sus efectos desde el dictado de dicha resolución”.

F) Don Segismundo, tomando como base lo consignado en la resolución que acaba de citarse, formuló el 26-3-12 la presente demanda frente a Doña Ana María y Don Juan Antonio, solicitando de tales demandados la devolución de las cantidades por las que en su día y en concepto de pensiones atrasadas se despachó ejecución, en total 27.746 euros, mas los intereses legales, ejercitando las acciones de enriquecimiento injusto y abuso de derecho, habiendo señalado en su escrito rector que la cuantía embargada había sido 10.205,22 euros.

Los demandados sostienen que no se habrían cumplido los presupuestos para el éxito de la acción, y además estimaron que concurriría cosa juzgada, habida cuenta de la existencia de otras resoluciones ya firmes que habrían abordado la cuestión.

El Sr. Juez de primera instancia, tras excluir la procedencia de la cosa juzgada, dado fundamentalmente el tenor de la sentencia de 15-12-11 antes referida, estimó que no se daban los presupuestos para el éxito de la acción de reclamación y ante la existencia del auto firme en el procedimiento de ejecución, que sería la causa justificativa que excluiría cualquier enriquecimiento injusto o ejercicio abusivo de un derecho.

Partiendo de todo lo expuesto, y centrándonos en la figura del enriquecimiento injusto, cabe señalar que ha sido tratado de manera profusa tanto por la Jurisprudencia como la doctrina, y así el profesor de La Cadara ha venido a aludir y diferenciar los supuestos en que un patrimonio se enriquezca a costa de otro sin que el enriquecimiento responda a un fundamento jurídico susceptible de justificarlo conforme al propio ordenamiento, y aquellos en los que a pesar de existir ese fundamento jurídico se alcancen resultados contrarios a la justicia, caso éste que enlazaría con el abuso de derecho. Por su parte, el profesor Silvio señala como injusto el enriquecimiento que carece de causa o significación. Asimismo, el profesor Juan Luis señala como un supuesto la pretensión de que se restituya el contenido de una prestación que no tiene razón de subsistir. Aludiría pues, lo que antecede a la distinción entre enriquecimiento injusto formal y material.

Por todo ello, en modo alguno la existencia del auto rechazando la oposición a la ejecución y ordenando seguir la misma adelante, podría resultar un obstáculo al reconocimiento del enriquecimiento injusto, anudado si se quiere al abuso de derechos máxime cuando lo así resuelto dejó impregunada tal cuestión, y es que dicha ejecución dimana de la sentencia de

separación, a cuyo dictado obviamente no concurrían las circunstancias que ahora se invocan.

Ciertamente, y volviendo a remitirse a la sentencia de esa Sala de 15-12-11, y teniendo en cuenta los hechos declarados probados en la sentencia de 30-6-11, es claro que existiendo las circunstancias descritas, consolidadas desde hace varios años, resultaría contraria a la más estricta justicia y equidad la percepción por parte de los hoy apelados de las cantidades devengadas procedentes de la contribución a cargas (pensiones alimentaria y compensatoria).

Llegados a este punto, la recurrente postura la condena de los demandados y hoy apelados a la devolución de las cantidades por las que se despachó ejecución, mas en realidad, y al conferir efecto retroactivo a la extinción de las pensiones como es lo que resulta en el caso, la consecuencia no es otra que quede sin efecto lo postulado en el título en virtud del cuál se despachó aquélla, con todo lo que ello conlleve en orden a dar la ejecución por concluida, con restitución de lo percibido, alzamiento de medidas adoptadas y lo demás que en dicho procedimiento comprenda.

La pensión alimenticia de los hijos mayores hay que solicitarla por reconvencción expresa

No obstante, como en la demanda se pidió que no se fijase pensión se considera introducida la cuestión en el litigio

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2012

La pensión de alimentos y cuantas prestaciones económicas a favor de los hijos mayores de edad puedan acordarse en los procedimientos matrimoniales con base en lo previsto en el art. 93-2 CC están sujetas de manera estricta al principio de rogación y ello supone que cuando sean solicitadas por la parte demandada será exigible la formulación de una reconvencción expresa.

A diferencia de otras medidas que son de orden público, la pensión de alimentos y cuantas prestaciones económicas a favor de los hijos mayores de edad puedan acordarse en los procedimientos matrimoniales con base en lo previsto en el art. 93-2 CC están sujetas de manera estricta al principio de rogación (sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2001) y ello supone que cuando sean solicitadas por la parte demandada será exigible la formulación de una reconvencción expresa en conformidad con lo previsto en el art. 770-2 en relación con el 406 y demás concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, esta Sala se ha mostrado propicia a un tratamiento flexible de la materia en supuestos como el presente donde la cuestión es planteada de forma negativa en la demanda, anticipándose la parte demandante y manifestando las razones por las que a su juicio no procedía la pensión de alimentos (vide en especial folio 5), de manera que la petición de ésta en la contestación no introduce en realidad un objeto nuevo en el debate sino que expresa una posición de la parte demandada contraria a una pretensión de la demanda (sentencias de 27 de marzo de 2003 y otras muchas posteriores).

El colegio lo pagará solo la madre

Se pactó el pago al 50% y que se consensuase el colegio al que asistiría la menor

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

Si se pactó que los padres asumieran al 50% el coste del colegio siendo elegido éste de mutuo acuerdo entre ambos, procede estimar la oposición del padre a la reclamación que efectúa la madre al quedar acreditado que fue exclusivamente ésta la que eligió el centro escolar.

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, ha solicitado que se despache la ejecución interesada, declarando la deuda a cargo del demandado, por el importe del 50% del coste del colegio de la hija, por importe de 8.080 euros.

Con fecha de 18 de septiembre de 2007 se dictó sentencia de divorcio, que aprobó el convenio de 13 de septiembre de dicho año, en cuya estipulación quinta se estableció que el esposo debía abonar el 50% del coste del colegio, cuando se inicie la actividad escolar, siendo elegido el centro de mutuo acuerdo.

Resulta ajustado a derecho el auto hoy apelado, por cuanto que se hace referencia a los propios términos de dicha cláusula quinta del convenio judicialmente aprobado, con referencia, también, al informe pericial social emitido en su momento, a propósito de la ejecución de otras medidas de orden personal, y que se ha aportado al proceso de ejecución, informe de fecha 17 de febrero de 2010, y así se infiere de la lectura del texto de dicho informe que, ciertamente, siendo preciso el requisito previo del mutuo acuerdo para la elección del centro, la hoy recurrente ha prescindido de manera intencionada y voluntaria de dicho pacto previo, siendo terminante el texto de dicho informe cuando se advierte que existen dificultades en la consolidación de las relaciones paterno filiales, asociada a una continua conflictividad interna parental, que parece justificar la aparente exclusión del padre en la toma de decisiones en todo lo relativo a la niña, educación, salud, etcétera, lo que conlleva que el padre ni tan siquiera conozca el centro escolar al que asiste la hija, lo que determinó la solicitud de aquél del reconocimiento del derecho a conocer el colegio al que asiste dicha hija, así como el proyecto educativo de la misma, en el ejercicio de la patria potestad, a todo lo cual se muestra reticente y resistente la madre.

Es claro que la hoy recurrente prescindió del concurso de voluntades exigido en el convenio para adoptar la medida cuyas consecuencias económicas

pretende extender al apelado no aportando la recurrente prueba alguna de la información previa que debía ofrecer al hoy apelado, a propósito del proyecto educativo de la hija y, de manera esencial, en referencia al centro escolar en el que dicha hija iba a cursar los estudios.

En modo alguno se puede alegar, como lo hace la parte recurrente, la aplicación de la teoría de los actos propios, y por cuanto que es lo cierto que ha quedado constancia, por medio del informe del centro escolar, emitido el 21 de julio de 2010, que la inscripción para el curso 2009/2010 fue solicitada única y exclusivamente por la madre.

Ni tan siquiera se alega por la parte recurrente la comunicación previa al demandado de dicha circunstancia, la mención al centro escolar concreto al que iba a acudir la hija para sus estudios, el gasto escolar, de matrícula, mensual, etc. que suponían los estudios de dicha hija en el centro escolar en cuestión, y es evidente que el hecho de conocer el demandado que la hija había iniciado los estudios en dicho colegio, en la medida que la recurrente no comunicó tal circunstancia, ni tampoco requirió al demandado, de ningún modo ni por ningún medio, al pago del 50% de los gastos, es evidente que no ha concurrido la teoría del acto propio, pues conviene recordar que iniciando los estudios dicha hija en dicho centro escolar en el curso 2009/2010, se plantea por primera vez la reclamación en cuestión en el mes de noviembre de 2011, habiendo mediado ejecución anterior al respecto de la medida relativa al régimen de visitas, sin que se hubiera formulado reclamación anterior en este ámbito.

Al plantear la oposición contra la demanda de ejecución, ya advierte el hoy apelado que no está de acuerdo en la elección de dicho centro, habida cuenta del elevado coste económico del mismo, pues se trata de un colegio privado que genera unos gastos que el demandado no puede asumir, con mención a su situación laboral y económica y a los gastos que debe afrontar dicho apelado, dejando bien claro que no puede aceptar la unilateral decisión adoptada por la recurrente, sin consultar al apelado.

Abuso de derecho al instar la demanda de ejecución

La hija no convive con la madre, sino con la abuela materna

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

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.

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 C.C., 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 7-2º 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 Escuela 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.

Custodia compartida, pero cuando el hijo tenga 3 años

El Juzgado de Familia había atribuido la custodia a la madre teniendo en cuenta la edad de la hija y que fue aquella quien tras la ruptura asumió principalmente sus cuidados

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012

En atención a la edad de la menor se establece la custodia compartida en el momento de su escolarización y en todo caso cuando cumpla los tres años.

La Ley 2/2010, art 6, hoy recogido por el Código del Derecho Foral de Aragón -art 80-, estableció un sistema en el que se configura la guarda y custodia compartida como régimen legal preferente y la individual como excepción, debiendo aplicarse la primera siempre que los progenitores estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (STS-JA 30-9-11), pudiendo establecerse la segunda cuando resulte más conveniente para el interés del menor, lo que exigirá una atenta valoración de la prueba que acredite esa conveniencia frente al criterio preferente de la custodia compartida (STSJA 15-12-11), siendo especialmente relevantes en ese menester los informes psicosociales -art 80.3 CDFA- obrante en autos, y la opinión de los hijos cuando tengan suficiente juicio -art 80.2.c) CDFA-.

Producida la separación de hecho de la pareja en febrero de 2011, Carla, que el pasado NUM003 cumplió 2 años de edad, quedó con la demandada en el domicilio familiar, relacionándose con su padre con frecuencia, de manera irregular y en presencia de la madre. El 10-11-11 se dictó auto de medidas provisionales, que aprobó un acuerdo según el cual la guarda

y custodia de la menor sería ejercida por la madre y, hasta que cumplierse tres años se relacionaría con su padre viernes, sábados y domingos de fines de semana alternos, sin pernocta, un día a la semana de 10 a 20 horas y mitad de las vacaciones escolares, llevándose a cabo las visitas en el Punto de Encuentro Familiar. El sistema se ha venido desarrollando con regularidad y ausencia general de problemas.

El Sr Bruno, de 45 años, reside en Zaragoza, C/ DIRECCION000 - BARRIO000 -, y se encuentra en situación de desempleo desde 2011. Cuenta con una adecuada red de apoyo familiar.

La Sra. Milagros, de 43 años, vive en AVENIDA000 NUM000. Trabaja como limpiadora en el Hospital "Miguel Servet", a jornada reducida -turno de tardes-. También cuenta con una buena red de apoyo familiar.

La Psicóloga dice en su informe que ambos cónyuges están capacitados para el cuidado y educación de la hija. Y finalizado el estudio de la situación familiar, recomienda que lo más conveniente para la menor es que continúe con el sistema de guarda y custodia individual seguido hasta el momento -el establecido

en auto de medidas provisionales- con mantenimiento de las medidas acordadas por la pareja respecto de fines de semana y periodos vacacionales, y recomendación de que hasta que Carla cumpla dos años -ya cumplidos, como se ha dicho- el Sr. Benito disfrutase con su hija dos tardes entre semana desde la hora del almuerzo hasta las 20 horas, tal y como la sentencia recogió-; que a partir de los dos años la relación hija/padre sea en fines de semana alternos, de viernes a lunes, dos tardes a la semana y mitad de las vacaciones escolares; y que cuando comience su escolarización, que permanezca con cada progenitor en periodos bimestrales alternos con un sistema de visitas para el progenitor que no ostente la custodia del menor en ese momento.

El Juez, sin embargo, atribuye la guarda y custodia de la menor a la madre, teniendo en cuenta la edad de Carla y que fue ella quien tras la ruptura asumió principalmente sus cuidados, denegando la guarda y custodia compartida que la psicóloga recomendó para a partir de la escolarización de la niña e instaurando dos nuevas fases -hasta los dos años, desde los dos años y desde los cuatro años- con las que entiende que, culminado el sistema con la llegada a esta edad, "será tan amplia la relación que carece de sentido ir

más allá de la regulación".

Se cumplen, sin embargo, para cuando la niña alcance la edad de escolarización -tres años en principio-, todos los presupuestos que condicionan la aplicación del sistema que la Ley establece como régimen preferente, el cual, por más que la relación alcanzada sea tan amplia como se dice, no ha de verse desplazado por el que, además, supone en realidad una guarda compartida "sui generis". Por lo que, como quiere el actor, debe estimarse su recurso y, manteniéndose hasta la escolarización, o hasta los tres años de la menor si aquella no se hubiere producido antes, el sistema de custodia individual vigente, establecerse a partir de uno de los citados momentos el sistema de guarda y custodia compartida, que es el que la Psicóloga informa como el más adecuado para preservar el interés de Carla, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte a los menores en general (art 76.2 CDFIA).

Señalar en este punto, por lo demás, que para la fijación del paso de un régimen a otro, por evidentes razones prácticas y de claridad, se señalará el 1-9-2013, al margen de que la escolarización de la menor tenga lugar unos días mas tarde.

Cumplimiento del pacto de cesión de uso de un apartamento durante el verano

El padre vendió el apartamento y deberá abonar en sustitución 1.800 euros cada año

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2012

La venta por el padre del apartamento de la playa sobre el que recaía el pacto de cesión de su uso durante un mes de verano, justifica que se fije a su cargo una indemnización anual de 1800 euros hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad.

La sentencia apelada por ambos litigantes suprime la estipulación sexta, apartado segundo, del convenio suscrito el 1 de Octubre de 2009, relativa a la cesión del uso temporal de un piso en Conil durante un mes de verano, y dicha supresión constituye el objeto específico del recurso de la Sra. Noelia.

La atribución temporal del uso durante la estación veraniega de una vivienda veraniega de Conil, a favor de los hijos y del progenitor custodio, si bien no se prevé expresamente en el Código Civil por no tratarse de la vivienda familiar, fue pactada libremente y con asesoramiento de Letrado, y hubo de tener influencia en la cuantificación de la pensión alimenticia. Aunque se refiera a una segunda residencia propiedad privativa del Sr. Carmelo, fue contemplada expresamente

en el convenio regulador del divorcio, de suerte que su enajenación a tercero el 30 de Abril de 2012, sin aguardar siquiera al resultado final del proceso de modificación de medidas, debe llevar necesariamente aparejada una compensación económica, solicitada de modo alternativo por la Sra. Noelia, y cuantificada en 1.800 euros (150 euros x 12 meses), equivalente al importe del alquiler, durante un mes de verano, de un piso de similares características. Dicha compensación pecuniaria fue solicitada por la demandada en el suplico de su escrito de contestación a la demanda, lo que llena las exigencias legales en orden a su otorgamiento, aunque no medie reconvencción formal, pues afecta de forma mediata a la pensión alimenticia de los hijos, en la medida que en la fijación de la cuantía

de ésta se tuvo en consideración la cesión del uso de uno de los pisos del litoral gaditano durante un mes al año en época veraniega.

En definitiva, la venta del piso de Coníl, sobre el que recaía el pacto de cesión de su uso durante un mes de verano, efectuada por su titular dominical exclusivo, el Sr. Carmelo, ha de determinar la supresión de la cláusula sexta, párrafo 2º del convenio regula-

dor, pero la pérdida por los hijos y el progenitor custodio de la utilización de la vivienda veraniega, al incidir de modo indirecto en la pensión alimenticia de los menores, ha de llevar aparejada una compensación económica, que se cifra en 1.800 euros anuales, hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad, y que viene a suponer un incremento mensual de 150 euros en la pensión de alimentos.

La pensión compensatoria se mantiene hasta que finalice el plazo que se fijó.

Aunque la ex esposa trabaja, no se estableció previsión de revisión por cambio de circunstancias.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de enero de 2013

No cabe extinguir la pensión compensatoria antes del tiempo fijado por la sentencia que la estableció con carácter temporal y sin previsión alguna de revisión por cambio de circunstancias.

D. José Pedro ya intentó la extinción iniciando proceso de modificación de medidas que fue rechazado por la Juez de Instancia pues a pesar de que se acreditó que D.ª Lidia trabajaba desde abril de 2009, sin embargo se consideró que al ser mediante sucesivos contratos de prácticas no se entendía que hubiese alcanzado la estabilidad laboral.

En el presente proceso de modificación de medidas se reitera la misma petición de extinción de la pensión compensatoria presentada el 30 de junio de 2011 siendo rechazada nuevamente por la Juez de Instancia a pesar de que se reconoce que ha ido encadenando diversos contratos, justificándose en este caso el mantenimiento de la pensión en que los ingresos de D.ª Lidia son similares a los que obtenía en el anterior trabajo y por tanto se mantenía la situación de desequilibrio.

Tras acordarse prueba en esta instancia y tras diversos intentos de esta Sala por conocer los ingresos y contrato laboral de la apelada con la empresa Cerro Inversiones Madrileñas S.L., en la que constaba que había empezado a trabajar el 3 de octubre de 2011, al haberse acordado tal prueba por auto de 16 de marzo de 2012, la citada empresa no contestó el oficio remitido, por lo que se recordó nuevamente el 24 de abril de 2012, el 11 de junio de 2012, 30 de julio de 2012, el 18 de septiembre de 2012, esta vez con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, y finalmente el 10 de octubre de 2012 con nuevo apercibimiento, recibándose finalmente en un sobre dirigido a esta

Sección y con remite de la empresa, una comunicación de contrato de trabajo en el que figura fecha del inicio del contrato el 6 de octubre de 2012 y finalización el 6 de enero de 2014 y dos nóminas aparentemente de julio y agosto de 2011 donde aparecen manipuladas burdamente tanto la fecha de antigüedad en la empresa (apareciendo 3 de octubre de 2011, con el "1" final escrito a bolígrafo) como el periodo de la nómina, en ambos casos modificada la fecha del año con un "2" a bolígrafo en el último número, a su vez se recibió por exhorto los documentos aportados por la empresa, con nominas de agosto y septiembre de 2012 como similar manipulación que las nóminas recibidas por correo, pero con la novedad de que el mismo contrato recibido en esta ocasión tiene alterada la fecha de fin de contrato y en lugar de 6 de enero de 2014, como figuraba en el recibido por correo, ahora figura 6 de enero de 2013, encontrándose el "3" final escrito a bolígrafo, todo lo cual obliga a esta Sala a deducir testimonio al Juzgado de Instrucción de guardia, por la posible comisión de diversas infracciones penales contra el responsable o responsables de la empresa Cerro Inversiones Madrileñas S.L. y contra D.ª Lidia por si existiera connivencia.

En cuanto a los efectos civiles de toda esta serie de vicisitudes y a pesar de las manipulaciones y retraso provocado por la empresa e incluso resultar acreditado que la demandada tiene una situación laboral más o menos estable, el problema es que la resolución de la Sección 4ª de la Audiencia, estableció

un límite temporal de seis años para la pensión compensatoria, precisamente con la finalidad de que D.^a Lidia pudiera formarse e iniciar el acceso al mercado laboral, sin que tal resolución que fija el límite en los seis años estableciera previsión alguna de reducción del tiempo en caso de que consiguiese la citada estabilidad laboral antes del cumplimiento del plazo, ni tampoco la sentencia de la Audiencia empleó fórmulas como las recogidas en otras sentencias del tenor siguiente “ sin perjuicio de lo que en el futuro pudiera solicitarse por los interesados si se produjera alguna variación sustancial de las circunstancias que aquí han sido tenidas en cuenta para la fijación de los derechos económicos de que se trata”.

Hay que tener en cuenta que como señala la sentencia de esta sección de 19 de noviembre de 2009 “cobra todo su sentido el establecimiento de una temporalidad en el devengo del repetido derecho conforme a la doctrina ya expresada por esta Audiencia Provincial en Sentencias de Secc. 4^a de 3-9-2008 y Secc. 7^a de 13-11-2006 en las que se contempla el criterio

de la temporalidad como un mecanismo que sirve de estímulo o incentivo indiscutible para evitar una postura de pasividad en el perceptor, potenciando el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral”.

En el sentido expresado no cabe extinguir la pensión compensatoria antes del tiempo fijado por la sentencia que la estableció con carácter temporal y sin previsión alguna de revisión por cambio de circunstancias.

En consecuencia procede desestimar el recurso de apelación si bien sin la condena de la parte apelante al pago de las costas de la apelación teniendo en cuenta que el motivo por el que ha sido rechazada la extinción en la instancia ha sido por una causa distinta de la que aquí se sostiene, e incluso distinta de la expresada en la sentencia que rechazó el primer intento de extinción de la pensión, lo que genera serias dudas de derecho para no imponer las costas, todo ello de acuerdo con el art. 398.1 en relación con el art. 394.1, párrafo 1^o, inciso último.

El Juzgado no dió el trámite de conclusiones

No se considera motivo para declarar la nulidad de actuaciones.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 2 de noviembre de 2012

No procede declarar la nulidad por no haberse dado el trámite de conclusiones a la finalización del juicio, pues dicho trámite es directamente subsanable mediante la oportunidad argumental que supone el recurso de apelación.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la nulidad interesada tanto por vulneración de las normas y garantías procesales al haberse impedido por la Juez “a quo” en el acto de la vista que las partes pudieran realizar alegaciones a través del trámite de conclusiones, como por la denegación de la prueba testifical interesada con alegación de una efectiva indefensión; lo cierto es, que la pretensión de nulidad ha de ser examinada en todo caso con absoluta cautela y criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla que se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia o defensa generadores de una efectiva indefensión, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial que declara que aquella pretensión de nulidad exige una razonable proporcionalidad entre el grado de importancia del defecto procesal y las consecuencias que se dé a dicho defecto; estimándose por esta Sala, que si bien

es cierto que el trámite de conclusiones esta previsto en el art. 753.2 para la vista del juicio verbal en estos procesos y la comparecencia a que se refiere el art. 771; también lo es, que dicho trámite (conclusión concisa sobre los hechos controvertidos con breve resumen de las pruebas) es directamente subsanable mediante la oportunidad argumental que supone el recurso de conformidad con el art. 465.3 de la Lec. Por otro lado, tampoco se aprecia vulneración alguna al haberse denegado la prueba testifical interesada, ya que ello es subsanable en esta alzada de conformidad con lo dispuesto en el art. 460 de la Lec, como efectivamente realizó la representación procesal del ahora apelante quien solicitó el recibimiento a prueba en segunda instancia y fue denegada (dicha prueba testifical aunque se admitió la documental aportada) en virtud de auto de 23 de Marzo de 2012, por no considerarse estrictamente necesaria a la cuestión debatida, inadmisión que ni siquiera fue recurrida en reposición.

No procede la reducción de la pensión alimenticia

La crisis económica no es una presunción legal para solicitar una rebaja en la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2012

Si bien es cierto que la economía española entró en recesión en el cuarto trimestre del 2008, siendo el sector de la construcción uno de los más afectados, sin que transcurridos cuatro años desde entonces haya visos de recuperación económica, ello no puede constituir una presunción que exima de prueba sobre la concreta minoración de los ingresos a la parte que la alega a fin de modificar sus obligaciones económicas para con sus hijos contraídas anteriormente.

Constituyen los siguientes los antecedentes de la cuestión sometida a esta Sala: A) El 15 Diciembre 2006 se dicta sentencia de divorcio del matrimonio formado por D. Pedro y D.ª Rosa estableciéndose pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de los dos hijos del matrimonio en la cuantía de 400 € mensuales por las mismas razones contenidas en el auto de medidas provisionales dictado el 6 Octubre 2006, B) el 9 Noviembre 2010, D. Pedro formula demanda de modificación de medidas a fin de que dicha pensión alimenticia fijada a favor de los dos hijos (Adrián y José Manuel, de 18 y 11 años respectivamente en ese momento) se reduzca a 200 € mensuales, pretensión que fundamenta en que las circunstancias económicas del demandante han cambiado considerablemente puesto que fue beneficiario de una prestación por desempleo desde Diciembre 2009 hasta Agosto 2010 y desde Septiembre de 2010 está desempleado y sin ingresos, C) la sentencia de instancia estima parcialmente la demanda reduciendo la pensión alimenticia a la cantidad de 300 € mensuales al considerar acreditado que los ingresos del demandante han descendido pues al tiempo del divorcio percibía una prestación por desempleo de 800 € mensuales y actualmente recibe una ayuda por el mismo motivo de 426 € mensuales, llevando desempleado desde Diciembre de 2009 en un contexto generalizado de crisis económica que afecta especialmente al sector de la construcción, sin que pueda estimarse la reducción a la mitad de la cuantía de la pensión alimenticia que se solicita en la demanda porque, siendo también precaria la situación económica de la demandada al estar también en el desempleo, las necesidades de los hijos han aumentado, sobre todo la del mayor que estudia y reside en Granada con óptimos resultados académicos percibiendo por ello una beca de 3.000 € anuales.

Frente a lo así resuelto interpone recurso de apelación el demandante a fin de que, estimándose íntegramente la demanda, se reduzca la pensión alimen-

ticia a 200 € mensuales, lo que fundamenta, en primer lugar, en que ha existido una clara infracción de normas o garantías procesales (sic), motivo recurrente que ni procede analizar al omitirse por el apelante incluso qué norma o garantía procesal ha sido infringida. En relación al fondo del asunto, se alega en el recurso que la sentencia ha infringido la jurisprudencia aplicable a casos similares y ha incurrido en error de la valoración de la prueba puesto que, reconociéndose en la sentencia que ha habido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia de divorcio, la misma no aporta la razón de reducir en 100 € mensuales la cuantía de la pensión alimenticia en lugar de reducirla a 200 € mensuales tal como se solicitaba en la demanda, no habiendo tomado en consideración la beca que percibe el hijo (que equivale a 250 € mensuales) con la que no se contaba cuando se estableció la pensión alimenticia, en consecuencia, procede la estimación íntegra de la demanda en base a la mejora en la situación económica del hijo. Este motivo recurrente procede ser desestimado por cuanto, en primer lugar, carece de fundamento que se alegue falta de motivación de la sentencia cuando, tal como se indicó en el anterior fundamento de derecho, la misma razona la reducción de la pensión alimenticia en 100 € en lugar de en 200 € en las circunstancias de todos los miembros de la unidad familiar, estando clara la ratio decidendi de la misma y, en segundo lugar, porque el artículo 216 LEC configura el principio de justicia rogada como aquel en virtud del cual los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, consagrando este precepto otro de los principios que rige nuestro ordenamiento procesal civil cual es el de aportación de parte, que significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición. En este ámbito, la «causa petendi» viene constituido por el acaecimiento histórico, por la

relación de hechos que al propio tiempo que delimitan la demanda, sirven de fundamento a la pretensión que se actúa, sin que el juzgador o las partes pueden alterar la «causa de pedir» o acontecimiento histórico que sirve de fundamento a la pretensión que se actúa, significando ello en definitiva que no puede modificarse la acción ejercitada como hace la recurrente en el escrito de interposición del recurso que, basando la demanda en la situación de desempleo del demandante, alega ex novo en este recurso que igualmente procede la reducción de la pensión alimenticia por la beca para los estudios que percibe el hijo mayor, cuando esta posibilidad ni siquiera se había citado en la demanda, siendo aplicable la doctrina reiterada y constante de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que señala que los puntos de hecho y de derecho objeto del debate y las pretensiones de las partes quedan fijadas en el período de alegaciones y a ellas hay que atenerse, no a lo que se diga posteriormente (Sentencia de 18 de mayo de 1945) por lo que la sentencia no puede hacerse cargo de una petición nueva formulada en dicho escrito, alegada por ello extemporáneamente, dado que la relación jurídico procesal había quedado definitivamente constituida (Sentencias de 17 de marzo de 1934 y 12 de abril de 1955 y 22 de Febre-

ro de 1991), no pudiéndose olvidarse que en nuestro Derecho prevalece la teoría de la sustanciación de la demanda, conforme a la cual el relato fáctico debe concretar según circunstancias fácticas determinadas en cohesión con la fundamentación, las razones jurídicas de pedir, debiendo indicarse que solo en base al principio de la reformatio in peius esta Sala procede a confirmar la sentencia de instancia dado que la situación de desempleo del demandante ya existía cuando se dicta la sentencia de divorcio, y si bien es cierto que la economía española entró en recesión en el cuarto trimestre del 2008, siendo el sector de la construcción uno de los más afectados, sin que transcurridos cuatro años desde entonces haya visos de recuperación económica, ello no puede constituir una presunción que exima de prueba la concreta minoración de los ingresos a la parte que la alega a fin de modificar sus obligaciones económicas para con sus hijos contraídas anteriormente, máxime cuando en el auto de medidas provisionales dictado el 6 Octubre 2006, respecto de la situación económica del ahora demandante recurrente ya se consideraba acreditado que, a pesar de que se encuentra en situación laboral de desempleo, siempre ha trabajado.

La liquidación de gananciales no puede dejarse sin efecto

La ex esposa pidió la nulidad de la partición al no poder abonar al ex esposo el exceso de adjudicación

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2012

Adjudicada a la esposa el 82% de la vivienda con la obligación de abonar al ex esposo el exceso de adjudicación, no puede atenderse a la petición de la esposa de que se declare la nulidad de la partición por la desigualdad en la adjudicación de lotes, pues va en contra de los actos propios.

En dicha demanda se solicitó la nulidad de la partición en base a la desigualdad de lotes adjudicados a los litigantes en el previo procedimiento liquidario, sobre la cuestión, considera la ahora apelante que se ha infringido el art. 1061 CC en base a argumentar que no hay igualdad de lotes en cuanto que se le adjudico el 82,25378% de la vivienda familiar y el 100% del préstamo hipotecario, de ahí que plantee una nueva partición bajo las premisas que expone, que, en esencia, se reducen a mantener la situación de indivisión respecto a la vivienda y trastero sitos en la Avda. de Camelias de Vigo.

El art. 1061 CC, inserto en la regulación propia de

la partición de herencias, pero al que remite el art. 1410 CC, en sede de la regulación propia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, establece el designio de búsqueda de la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad, y la observancia de una equitativa ponderación. Habiendo declarado la jurisprudencia que se ha de respetar la posible igualdad; que no se trata de una igualdad matemática o absoluta; y que la índole de la norma en cuestión es de naturaleza más facultativa que imperativa. Así la STS de fecha 25 de noviembre de 2004

interpuesta el referido precepto en el sentido de que la partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad (STS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y de observancia de una equitativa ponderación (STS 25 de marzo de 1995); esta Sala ha declarado que se ha de respetar la posible igualdad (STS 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998); que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (STS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990); que la norma tiene un carácter orientativo u orientador (STS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991), de índole más facultativa que imperativa (STS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1995, cuya última resolución alcanza dicha posición sin desconocer la importante corriente doctrinal que propugna la imperatividad relativa, no absoluta, del precepto); igualmente, se condiciona la posibilidad de igualdad por las circunstancias de cada caso (STS de 16 de junio de 1902, 13 de junio de 1970 y 17 de junio de 1980).

La pretendida desigualdad de lotes que invoca la apelante y que, según manifiesta, le ocasiona grave perjuicio, la basa en el hecho de que en la partición de la sociedad consorcial no adquirió el pleno dominio de la vivienda, sino que la misma le fue adjudicada en un 82,25378%, ya que el resto pertenece privativamente al esposo y a ella en cuotas iguales. Sorprende tal alegato, ya que fue precisamente la ahora apelante quien en el previo procedimiento de liquidación de gananciales impugnó la resolución de instancia con el objeto de que sobre la vivienda se diferenciara la parte privativa que ostentaban uno y otra litigante y la parte ganancial la vivienda, de manera que los derechos que sobre la vivienda correspondían como privativos no solo fue objeto de discusión jurídica, sino que fue una pretensión concreta de la ahora apelante, cuyo efecto le fue reconocido judicialmente, de ahí que ahora, en base a la doctrina de los actos propios, no sea lícito accionar preñando la alteración de una situación jurídica declarada judicialmente, por quien la ha creado y, en consecuencia, se haya obligada a respetarla, admitir lo contrario significa transgredir el principio de buena fe y de exigencia de una conducta coherente dentro de los procesos. En fin, que la situación jurídica en la que se encuentra la vivienda obedeció al propio designio de la ahora apelante y así fue reconocida y declarada judicialmente, por lo que ahora ha de permanecer inalterable con las consecuencias que ello comporta.

Se alega, también, que le ha sido adjudicado el 82,25378% de la vivienda y el 100% del préstamo hipotecario, con lo que ni siquiera puede disponer libremente de la vivienda para financiar el pago al actor. Este alegato, a los efectos pretendidos, no puede ser

tenido en cuenta ya que el préstamo hipotecario se concertó una vez empezó a regir entre los litigantes la sociedad de gananciales y, en todo caso, como ya apuntamos la situación de indivisión con la pequeña cuota privativa del esposo fue generada por ella misma.

Seguidamente procede pasar a conocer del núcleo de la pretensión deducida por la apelante, o lo que es lo mismo de la declaración de nulidad de la partición llevada a cabo en el previo procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales y de la procedencia de la partición propuesta por la ahora apelante, en base a que se ha producido una violación del art. 1061 CC por desigualdad en la adjudicación de lotes. Reexaminada la propuesta de partición que unilateralmente propone la apelante, debemos rechazarla. La misma parte de la premisa de constituir un condominio al 50% sobre el único bien inmueble existente, lo cual es contrario a los criterios que señala el art. 786 LEC que recomienda evitar la situación de indivisión y ello en línea con el art. 1062 CC que establece que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división cabe su adjudicación a calidad de abonar a otros el exceso, salvo que por uno cualquiera de los herederos se interese su venta en pública subasta, supuesto aplicable al caso en que existe una notable desproporción entre el valor del bien adjudicado con el resto de lo que compone el patrimonio familiar. Lo anterior, ya permite, de entrada, sentar la corrección de las operaciones particionales realizadas en el previo procedimiento de liquidación, pues se ha atendido al criterio establecido en el precepto mencionado de la LEC y se ha adoptado la solución expresada en el segundo. Pero hay más, en esa partición se ha adjudicado a la esposa numerario, en concreto 48.000 euros, el préstamo hipotecario, a tenor de la nota de cargo bancaria que presenta la propia apelante, ya estaría de cara al acreedor hipotecario a estas fechas vencido, puesto que en el mismo se señala como tal el 31 de julio 2011, con lo que ya no tiene que hacer frente a la hipoteca que gravaba la vivienda familiar. Doña Marisa, a tenor de la documental que aportó con su demanda reconvencional, trabaja y según la Declaración del IRPF del año 2009, tuvo unos ingresos netos reducidos de 33.610,32 euros, percibe una pensión de alimentos que supera los 1000 euros mensuales, y, lo que es más importante, se le ha adjudicado en propiedad la vivienda, en una proporción que supera el 90%, con lo cual necesariamente tiene que compensar el exceso de adjudicación a la otra parte, con la finalidad de que se equilibren los lotes, pues está y no otra es la finalidad que se persigue con la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales que rigió constante matrimonio.

La custodia compartida es inviable cuando el padre no tiene disponibilidad horaria

El padre no puede delegar sus funciones en los abuelos paternos

AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Sentencia de 27 de diciembre de 2012

El padre carece de disponibilidad horaria para asumir el cuidado cotidiano de los hijos y no puede delegar dichas obligaciones en terceros (abuelos paternos), por cuanto, la custodia que se le otorgase no cumpliría el fin previsto por la norma que el fomento de la relación con los menores y su corresponsabilidad en el ejercicio de las obligaciones que detenta para con sus hijos..

Recorre en apelación el Sr. Isaac la Sentencia de instancia, suplicando su revocación y se otorgue la custodia compartida de los dos hijos del matrimonio por trimestres alternos, con el uso alterno por los progenitores de la vivienda familiar cuando ejerza la custodia y del garaje de la misma, manteniéndose el régimen de visitas y vacaciones vigente para el progenitor que no ejerza la custodia, y se fije una pensión alimenticia de 500,- euros al mes para cada progenitor, con fundamento implícito en error valorativo de la prueba practicada en el proceso.

El actor fundó su demanda de modificación de medidas, presentada el 30 de septiembre de 2010 en que con la custodia compartida sus hijos estarán mejor atendidos, única argumentación invocada en la misma al amparo de la entrada en vigor de la Ley 2/2010, alegando ahora en su recurso que su intención es velar por los derechos de los menores entendiendo que lo mejor es que mantengan una relación continuada con ambos progenitores.

Los alegatos expuestos carecen de todo sustrato fáctico.

La prueba pericial psicológica practicada en el proceso el 29 de junio de 2012 y de la Psicóloga Sra. Debora, concluyen de forma categórica en la conveniencia del mantenimiento de la custodia de los dos hijos a favor de la madre, atendiendo con carácter prioritario al interés de los hijos (folios 195 y ss.).

El padre alude a que los hijos estarán así mejor atendidos, sin embargo, no expresa exactamente como puede hacerse cargo de ellos si su jornada laboral se extiende desde las 9'30 h. de la mañana y, por la tarde de 4 a 8'30 h., lo que supone, trabajando en Santa Isabel, que no llega a su domicilio antes de las 9 h. de la noche. No tiene vivienda propia, y reside en casa de sus padres.

Al margen de las vicisitudes surgidas en las visitas con sus hijos a raíz de la denuncia formulada por la

demandada en 2010, debe reseñarse que los problemas de relación y asimilación de la figura parental de los menores pueden remontarse a su escasa edad al tiempo del divorcio, 2 años Laura (NUM000 -2006), y meses Eduardo (NUM001 -2008).

El padre carece, en consecuencia, de disponibilidad horaria para asumir el cuidado cotidiano de los hijos; no puede delegar dichas obligaciones en terceros (abuelos paternos), por cuanto, la custodia que se le otorgase no cumpliría el fin previsto por la norma, el fomento de la relación con los menores y su corresponsabilidad en el ejercicio de las obligaciones que detenta para con sus hijos.

Menos puede aceptarse, tras lo reseñado, la alternancia en el uso de la vivienda familiar, medida generadora de importantes conflictos e inconvenientes y que además le impediría contar con la asistencia que propone de sus padres para cuidar a los niños.

La custodia compartida no puede adoptarse de forma automática, sólo en interés de los hijos, cediendo ésta cuando la individual se revele más beneficiosa para aquellos (Artº. 80-2 del Código de Derecho Foral de Aragón).

El Juzgador de instancia ha valorado de forma pormenorizada las circunstancias concurrentes, otorgando un amplio régimen de visitas al padre, estipulando que los hijos estén con él el tiempo en que no ejerce horario laboral, permitiéndoles un contacto diario y cercano.

No existe fundamento jurídico, que avale la estimación del recurso planteado, debiendo ratificarse la Sentencia dictada por sus propios y acertados fundamentos.

Indemnización por daño moral a quien figuró como padre sin serlo

No se estimó la petición del daño material por la asistencia económica a la hija

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2012

Se reconoce el perjuicio económico a quien figuró como padre sin serlo, y se condena a la madre al pago de 5.000 euros por daño moral.

Don Calixto interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación solidaria de la cantidad de 100.800 euros frente a las demandadas Doña Socorro y Doña Elisabeth, resultando de la sentencia de instancia la absolución de la segunda de las citadas y la estimación parcial de la reclamación frente a la primera por cuantía de 25.000 euros, siendo recurrida dicha resolución por la citada condenada.

De esta primera manifestación se debe concluir que el recurso nunca podrá alcanzar a la posición de absolución de la codemandada Doña Elisabeth por cuanto “el demandado condenado no puede pedir la condena del codemandado absuelto” por cuanto sólo la podría pedir la parte demandante, lo cuál no es el caso ya que ésta consintió el pronunciamiento.

En segundo lugar también la Sala debe decir que la reclamación que hace el demandante lo es en petición de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, a cuyo tenor el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

El componente fáctico de la reclamación lo es que en fecha 8 de febrero de 1975 Don Calixto contrajo matrimonio con la demandada Doña Socorro, naciendo en fecha NUM000 de 1981 una hija, la codemandada Doña Elisabeth, la cuál se independizó económicamente en 1988. Posteriormente, en 18 de noviembre de 2004 se produjo la disolución del matrimonio. En el año 2009 Doña Elisabeth comunica a su padre que no es hija suya, por lo que éste presenta demanda de impugnación de la filiación, recayendo sentencia en fecha 29 de octubre de 2010 estimatoria de la pretensión. Se reclaman, por dicha circunstancia, daños materiales cuantificados en 40.800 euros por la asistencia económica a la hija desde su nacimiento hasta su independencia: y daños morales por importe de 60.000 euros, siendo estos los únicos que se reconocen en la sentencia de instancia y moderados por el juzgador de instancia en la cifra de 25.000 euros.

Pues bien, son estos daños morales los únicos recurridos y sobre los que la Sala debe centrar su pro-

nunciamiento.

Dice el actor en su demanda de impugnación de paternidad que estuvo ingresado en el Centro Penitenciario de Huelva desde el día 18 de diciembre de 1980 hasta el 23 de noviembre de 1981 y que las relaciones íntimas con la que entonces era su esposa que se limitan a un encuentro esporádico en prisión hacen imposible el acierto de la presunción de paternidad matrimonial recogida por el artículo 116 del Código Civil. Teniendo en cuenta que Doña Elisabeth nace en NUM000 de 1981, está introduciendo la duda de que no era posible la concepción durante aquellas fechas, siendo esas dudas despejadas luego por la sentencia de fecha 29 de octubre de 2010 en la que se declara su no paternidad. Pero lo cierto es que el demandante mantuvo la presunción de paternidad y la relación con su esposa e hija con total normalidad hasta que comenzaron las desavenencias matrimoniales que terminaron con la disolución del matrimonio en 2004; siendo más que incluso tuvo que pleitear con la propia hija para obtener el reconocimiento de su derecho a comunicar con las nietas, como así se desvela con las sentencias de 3 de junio de 2003 y 13 de febrero de 2009. Indica la madre demandada, ahora recurrente, que ella está segura que su hija no lo es del Sr. Calixto tras el juicio instado relativo a la paternidad y que antes no era consciente de que el apelado no lo fuera, aunque albergara dudas, pero prefirió apartar esas dudas de su mente y continuar con su matrimonio y defender los sentimientos de su hija.

En cuanto a los daños morales no podemos ofrecer una definición desde un punto de vista positivo, sino negativo, como afectante a una serie de valores, sentimientos, sensaciones, que integran un peculiar patrimonio espiritual o inmaterial del individuo. Suele relacionarse con el dolor, aflicción, preocupación; en fin, con una contrariedad de tipo psicológico. Es una perjudicialidad extrapatrimonial de no fácil traducción económica. En ella cabe integrar el dolor físico, inherente a la lesión producida, y el daño moral propio, como la alteración del equilibrio psíquico del individuo, con disminución de sus posibilidades de goce de la existencia, fuerte inclinación al decaimiento, sensa-

ción de desvalimiento, que suelen sumirle en estados depresivos. Y el dolor afectivo ante la pérdida de un ser querido también se considera como perjuicio moral.

Estas consideraciones son aplicables al caso que nos ocupa. Si bien ambas partes tienen sus dudas acerca de la paternidad desde el principio, no es menos cierto que la demandada ocultó negligentemente desde 1981 a 2010 la posibilidad de la no paternidad del actor, manteniendo una situación de convivencia matrimonial y de relaciones personales permanentes, a las que se puede añadir, como expresión o dicho popular: “no me importa si mis hijos son realmente míos, ya que no puedo dejar de quererlos”, habiendo quebrado precisamente ese afecto tras la ruptura con su esposa, las malas relaciones con la hija, y la de-

manda de impugnación de paternidad, circunstancias todas ellas que nos llevan a concluir con la existencia de un daño moral; conducta negligente entonces y daño que están incursos en el artículo 1.902 del Código Civil.

Sin embargo, como también se ha dicho, es difícil valorar el daño moral, y, en el caso presente, volviendo a las dudas que se suscitan por ambas partes y que pudieron poner fin acudiendo a la determinación biológica de la paternidad en su momento, la Sala considera más acertado señalar como cuantía de la indemnización la de 5.000 euros, ya que no se puede convertir la traducción del daño moral en una fuente de mejora de fortuna para el demandante. Por ello se estima en parte el recurso de apelación.

Controversias en el inventario de la sociedad de gananciales

La factura a nombre de un cónyuge no acredita quien realizó el pago de los bienes que se compraron

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2012

Que una factura se expida a nombre de una determinada persona no acredita y ni tan siquiera puede ser indicativa de que el dinero con el que se abonó era propiedad exclusiva de aquél teniendo en cuenta que el destino de las compras era la vivienda que se preparaba para ser la conyugal y que los litigantes han mantenido una cuenta bancaria común.

Versando la presente litis sobre la formación de inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por D.ª Sacramento y D. Doroteo, se inició mediante solicitud a esos efectos formulada por la primera de ellos en la que se incluye en el activo, entre otros, el mobiliario, ropas y menajes de la vivienda familiar afirmando que son o bien regalos de boda o bien adquiridos constante matrimonio, partida ésta a la que se opone casi en su totalidad D. Doroteo afirmando que esos bienes fueron comprados exclusivamente por él con anterioridad a 18 Noviembre 2000 (fecha en la que se contrae el matrimonio). La sentencia de instancia acuerda incluir en el activo dichos bienes al considerar que D. Doroteo no ha probado lo que alega pues tan solo ha aportado algunas facturas que no destruyen la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, siendo este pronunciamiento objeto de recurso a fin de que se excluya del inventario el ajuar de la vivienda familiar, lo que se fundamenta en que las facturas aportadas acreditan que los bienes que en ellos se reflejan son bienes privativos del esposo al haber sido comprados

por éste con anterioridad a contraer matrimonio. Este primer motivo recurrente debe ser rechazado por los mismos razonamientos contenidos en la sentencia recurrida ya que, basándose el mismo exclusivamente en la persona a cuyo cargo se emiten las facturas que como documentos nº 10 a 19 se aportaron en el acto del juicio, esa titularidad no acredita, ni tan siquiera puede ser indicativa, de que el dinero con el que se abonaban esas facturas era propiedad exclusiva del recurrente teniendo en cuenta que el destino de las compras era la vivienda que se preparaba para ser la conyugal y que los litigantes han mantenido cuenta bancaria común, pero es que, aun si admitiéramos la tesis que dicha parte esgrime desde un principio, el resultado sería el mismo pues las facturas reflejan compras de muebles y enseres en un periodo anterior a la celebración del matrimonio (entre los meses de Marzo a Agosto de 2000) efectuadas tanto a nombre de uno como del otro litigante.

Regímenes económicos matrimoniales

En la diligencia de inventario se incluyó en el activo una vivienda de protección oficial en régimen de propiedad diferida, surgiendo en la fase de liquidación la controversia en cuanto a qué valor debe darse al inmueble.

Teniendo en cuenta que la titular del inmueble es el organismo público hasta tanto se otorgue la correspondiente escritura, a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales no puede contabilizarse el valor de la vivienda sino el valor asignado a los derechos que

correspondan a la sociedad de gananciales. Como es obvio, el proceso de liquidación no es el idóneo para determinar si se han cumplido los presupuestos administrativos que posibilitan el acceso a la propiedad por parte de los cónyuges.

Gastos extraordinarios

Tras la reclamación de gastos extraordinarios de carácter médico, el padre se opone alegando que no tuvo conocimiento de la enfermedad del hijo pues nada se le comunicó en tal sentido por la madre, por lo que nada debe pagar. Con carácter subsidiario solicitó que no se le impusieran las costas de la ejecución ¿Puede estimarse algunas de las pretensiones del padre?

Entendemos que no, pues no informar al padre de la existencia de un gasto extraordinario de carácter médico no le libera de la obligación de su participación en el pago, además, tras recibir la demanda ejecutiva ha conocido de su existencia al acompañarse copia de la prescripción médica y la factura que acredita su importe. El padre puede efectuar su protesta de la tardía notificación de los gastos, ya que pudo

haberlos satisfecho sin necesidad de acudir al proceso de ejecución, pero una vez conocidos debió mostrar su conformidad y abonarlos solicitando la no imposición de costas. Sin embargo, prefirió oponerse al pago sin abonar cantidad alguna, por lo que desestimada la causa de oposición es procedente la imposición de las costas.

Ejecución de Sentencia

Instada demanda de ejecución reclamando el pago de las pensiones alimenticias no abonadas por el padre desde que se dictó el auto de medidas provisionales, éste se opone a la ejecución alegando que la madre incumplió su obligación de designar una cuenta corriente para el ingreso de las pensiones. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

No. Establecida en la resolución judicial la obligación de pago, correspondía al deudor acreditar la extinción de la obligación, no pudiendo olvidarse que entre los medios de extinción de las obligaciones previstos en el artículo 1.156

del Código Civil, se encuentra la consignación, por lo que el padre pudo consignar en forma el importe de las pensiones alimenticias.



CÁDIZ II Jornadas de Derecho de Familia.

El día 13 de septiembre de 2013, se celebrarán en Cádiz, en el salón de actos del Hotel Playa Vicytoria las II Jornadas de Derecho de Familia organizadas por el ICA de Cádiz y la Asociación Española de Abogados de Familia

09:30 h. Recepción de asistentes.

09:45 h. Apertura de las Jornadas

D. José Manuel Jareño Rodríguez-Sánchez. Decano del ICAC
D. Manuel M. Estrella Ruiz. Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz
D. Gonzalo Pueyo Puente. Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia

10:00 h.: **Problemas penales más frecuentes en las crisis de familia**

Ponente:

D. Manuel M. Estrella Ruiz. Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz.

11:00 h. **Problemática procesal en el proceso de liquidación de gananciales. fase de formación de inventario.**

Ponente:

D.^a Ana Dolores Sánchez López. Secretaria del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Fuengirola.

12:30 h. Descanso.

13:00 h. **Cuestiones de competencia entre el juzgado de violencia sobre la mujer y el juzgado de familia.**

Ponente:

D.^a M.^a de los Ángeles Ruiz González. Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Málaga.

14:30 h. Almuerzo-aperitivo: hotel Playa Victoria de Cádiz.

16:00 h. **Problemática sustantiva y procesal en el procedimiento de modificación de medidas: la alteración sustancial de las circunstancias por traslado de menores.**

Ponente:

D. Gonzalo Pueyo Puente. Abogado. Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA).

17:30 h. **El régimen de guarda y visitas de los abuelos, parientes y allegados. su regulación legal y la interpretación por los tribunales.**

Ponente:

D. Francisco Salinero Román. Presidente de la Sección 1.^a de la AP de Valladolid.

19:00 h. Clausura de las Jornadas y entrega de diplomas.



MADRID

Encuentro Consejo General del Poder Judicial con la abogacía especializada en Derecho de Familia.

Durante los días 25, 26 y 27 del mes de septiembre de 2013, se celebrarán en Madrid en la sede del Consejo General del Poder Judicial (c/Trafalgar 27-29) se celebrará el Encuentro con la abogacía especializada en derecho de familia

25 DE SEPTIEMBRE DE 2013

12:00 h. **Criterios para la fijación de la cuantía de la pensión por alimentos. Gastos extraordinarios**

Ponentes:

D. Francisco Ruíz-Jarabo Pelayo, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia, 25 de Madrid.

D. José Luis Utrera Gutiérrez, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia, 5 de Málaga.

D.ª Pilar Troncoso González, Asociación de Mujeres Juristas Themis.

16:00 h. **La nueva normativa en materia de reclamación internacional de alimentos**

Ponente:

D.ª Alegría Borrás Rodríguez. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Barcelona.

26 DE SEPTIEMBRE DE 2013

10:00 h. **Traslados internacionales ilícitos de menores.**

Ponentes:

D.ª Ana M.ª Saravia González. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia, 3 de Córdoba.

D.ª Amalia Fernández Doyague. Asociación de Mujeres Juristas Themis.

12:00 h. **Los conflictos de intereses entre menores. El principio de proporcionalidad del interés del menor y su relación con parientes y allegados. Especial mención a los conflictos con relaciones paterno-filiales yuxtapuestas.**

Ponentes:

D.ª Gloria Alonso Ballester. Fiscal.

D.ª M.ª Antonia Mateu Gelabert. Abogada de la AEAFA.

16:00 h. **Los pactos entre los cónyuges en orden a la regulación del cese de la convivencia. Cuestiones de derecho público y derecho dispositivo**

Ponentes:

D. José Javier Díez Núñez. Presidente de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga.

D.ª Isabel Bonilla Moreno. Abogada de la AEAFA.

27 DE SEPTIEMBRE DE 2013

10:00 h. **El Consentimiento y el asentimiento en la adopción. Procedimientos de oposición a las decisiones administrativas.**

Ponentes

D.ª M.ª Ángeles Núñez Bolaños. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Sevilla.

D.ª Carme Adell Artiga. Abogada Miembro de la SCAF.

12:00. CONCLUSIONES GENERALES



SEVILLA

Jornadas de Derecho de Familia Sevilla 2013

Los días 3 y 4 de octubre de 2013 se celebraran en el Salón de Actos del Centro Cultural Cajasol. ("Sala "Joaquín Turina", c/ Laraña n.º 4 - 41003 Sevilla) las Jornadas de Derecho de familia "Sevilla 2013" organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia, Colegio de Abogados de Sevilla y Libertas Ediciones. La dirección corre a cargo de D.ª María Pérez Galván, abogada de Sevilla y miembro de la AEAFA.

JUEVES, 3 DE OCTUBRE DE 2013

16:30h. Apertura.

D. José Joaquín Gallardo Rodríguez, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.
D. José A. Seijas Quintana, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
D. Gonzalo Pueyo Puente, Presidente de la AEAFA.

17,00 h.: **El cambio de domicilio del progenitor custodio y sus efectos en la guarda y custodia, régimen de visitas y pensión alimenticia**

Ponente: D. Francisco Ruiz-Jarabo Pelayo. Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 25 de Madrid

19,00 h.: **La responsabilidad civil en el Derecho Familia**

Ponente: D.ª Teresa Marín García de Leonardo. Catedrática de Derecho Civil

22:00h. CENA

VIERNES, 4 DE OCTUBRE DE 2013

9,45:00 h.: **Los terceros en el Derecho de Familia.**

Ponente: D.ª D.ª Margarita Pérez Salazar Resano. Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Pamplona.

12:00 h.: **La ejecución de los otros pactos de contenido económico incluidos en el convenio regulador**

Ponente: D.ª Ana Dolores Sánchez López, Secretaria Judicial del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Fuengirola (Málaga)

17:00h.: **El informe psicosocial: metodología, eficacia e impugnación.**

Ponente: D.ª Mila Arch Marín, Psicóloga Forense y Profesora de la Universidad de Barcelona

18:00 h. FORO ABIERTO

Dirige: D. Antonio Javier Pérez Martín. Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba.

(pueden proponerse temas de debate enviando un e-mail a info@libertasediciones.com, un fax al número 983258893 o a través de la cuenta de Twitter @JDFSevilla2013)

Puede descargarse el boletín de inscripción en la página www.aeafa.es



Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja
Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

Editorial Bosch - Barcelona 2013 - 1564 pág.

La evolución de la sociedad española, que ha sufrido una aceleración geométrica, ha dibujado un marco, que difiere de modo esencial del que existía hasta no hace mucho. La igualdad legal progresiva entre hombres y mujeres, la dificultad de compaginar las vidas profesionales y laborales con el cumplimiento de los deberes familiares, especialmente respecto de los hijos, así como la aproximación de los roles domésticos entre padres y madres, se han unido a la inestabilidad de las convivencias de las parejas para exigir del orden jurídico un cambio en la normativa de aplicación a estas crisis. .



La Ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia
Antonio Javier Pérez Martín

Editorial Lexnova - Valladolid 2013 - 1160 pág.

Esta monografía tiene un carácter eminentemente práctico; analiza todos y cada uno de los problemas que a diario se presentan cuando se trata de dar cumplimiento a lo acordado en una sentencia o en un convenio regulador. Esta tercera edición, totalmente actualizada, contiene dos nuevos capítulos (la ejecución de otros pactos del convenio regulador y la ejecución de la sentencia que liquida la sociedad de gananciales) y más de 500 nuevas resoluciones judiciales. Contiene comentarios prácticos, jurisprudencia, casos prácticos, esquemas procesales y formularios.



Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español. Daniela Jarufe Contreras

Editorial Editorial Dykinson - Madrid 2013 - 404 pág.

Esta monografía trata de las filiaciones no biológicas, esto es, la filiación adoptiva y la que es resultado de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), donde habrá a veces una coincidencia total con la biología (gametos ambos del padre y la madre), a veces la habrá parcial (inseminación artificial con semen del marido y óvulo de donante) o a veces inexistente (utilización de gametos de extraños por ambas partes).



La vivienda familiar
Cristina Gil Membrado

Editorial Reus - Madrid 2013 - 288 pág.

¿Consideramos vivienda familiar un inmueble en construcción?; ¿los desembolsos por adquisición de la vivienda familiar se incluyen en el concepto de cargas del matrimonio?; ¿puede el titular de la vivienda realizar un acto de disposición unilateral sobre la misma?; ¿abarca ello la disposición sin transmisión?; ¿cuál es la naturaleza de la vivienda familiar adquirida a plazos por un cónyuge antes del comienzo de la sociedad conyugal?; ¿se atribuye de modo automático el uso sobre la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio?... y muchas más cuestiones.



Violencia y familia: educar para la paz
María Crespo Garrido

Editorial: Constitución y leyes, S.A. (Editorial Colex) - 2013 - 599 pág.

Este libro plasma las investigaciones, promovidas por la Comunidad de Madrid y la Universidad de Alcalá de Henares, realizadas por los autores y que tienen como resultado la educación para la paz como medio de prevención de la violencia en el seno de la familia, empresa y administración

La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas en los artículos, comentarios y reseñas firmadas que publica.

A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 11/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, la ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley; para obtener la debida autorización puede dirigirse a ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (aeafa@aeafa.es). La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no aceptará responsabilidad alguna por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

PRESIDENTE DE HONOR

D. LuíS Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

JUNTA DIRECTIVA

D. Gonzalo Pueyo Puente. Presidente
D^a M^a Gabriela Domingo Corpas. Vicepresidenta
D^a Isabel Bonilla Moreno. Tesorera
D. José LuíS Ferrer-Sama Pérez. Secretario
D^a M^a Dolores Azaustre Garrido. Vocal
D^a Pilar Cunchillos Pérez. Vocal
D. Fernando Hernández Espino. Vocal
D^a M^a Antonia Mateu Gelabert. Vocal
D^a M^a Mercedes Mira Cortadellas. Vocal
D Santiago de Miotá Navarro. Vocal
D. Jose Gabriel Ortolá Dinnbier. Vocal

COMITÉ DE REDACCIÓN

D^a Pilar Cunchillos Pérez
D^a M^a Mercedes Mira Cortadellas
Colabora: Lexfamily S.L.



ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

c/ Princesa nº 3 Dpdo. - Of. 1408
28008 MADRID
Tel. y Fax: 91.541.05.62
E.mail aeafa@aeafa.es / WEB www.aeafa.es