122
SEPTIEMBRE 2023

Abogados de Familia

EN EL INICIO DEL NUEVO AÑO JUDICIAL

Nueve cuestiones prácticas notariales sobre la ley 8/2021 de personas con discapacidad

ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA

C/ Alcántara 6, Bajo Interior Centro - 28006 MADRID
Tel. y Fax: 915410562
aeafa@aeafa.es www.aeafa.es

Presidenta M.ª Dolores Lozano Ortiz **Vicepresidenta** María Pérez Galván
Tesorera Carmen López-Rendo Rodríguez **Secretaria** Inmaculada Marín Carmona
Vocales José Luis Cembrano Reder, Beatriz de Pablo Murillo, Mª Dolores López-Muelas Vicente, Mª. José Sánchez González, Óscar Martínez Miguel, Álvaro Iraizoz Reclusa y Ramon Quintano Ruiz.

Abogados de Familia

Depósito Legal M-10126-1996
ISSN 1136-8942

COMITÉ DE REDACCIÓN
María Pérez Galván - M.ª Dolores Azaustre Garrido
Colabora: Lexfamily S.L.

La ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas en los artículos, comentarios y reseñas firmadas que publica.
A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 11/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley; para obtener la debida autorización puede dirigirse a ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (aeafa@aeafa.es). La ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no aceptará responsabilidad alguna por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contendía en esta publicación.

SUMARIO

04 Editorial

En el inicio del nuevo año judicial
Ramón Quintano Ruiz

06 Artículo Doctrinal

Nueve cuestiones prácticas notariales sobre la ley 8/2021 de personas con discapacidad

Fernando Gomá

14 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

30 Sentencias Comentadas

Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Vivienda familiar. Gastos extraordinarios. Pensión compensatoria. Compensación por el trabajo para la casa. Convenio Regulador. Cuestiones procesales. Ejecución de sentencia. Regímenes económicos matrimoniales. Protección de menores

66 Casos Prácticos

67 Noticias

69 Novedades Bibliográficas

EN EL INICIO DEL NUEVO AÑO JUDICIAL

Somos diversos. Me refiero a los abogados de la AEAFA —uso el masculino genérico recomendado por la RAE a pesar de que el 75 % de sus 2.700 asociados son mujeres y de que, quizá, deberíamos plantearnos modificar el nombre de nuestra asociación—: unos son de derechas y otros de izquierdas, unos se declaran monárquicos y otros republicanos, a unos les gusta el futbol o los toros o ambas cosas y a otros no, unos se dedican exclusivamente al Derecho de Familia y otros tocan también otras ramas del Derecho, unos aplican generalmente el derecho común y otros el foral, unos hablan idiomas —incluidas algunas lenguas cooficiales— y otros no, unos trabajan solos y otros lo hacen acompañados compartiendo despacho, unos ejercen en el turno de oficio y otros no, unos pasan por dificultades económicas y otros tienen una situación más desahogada, unos tienen clientes más pudientes —e incluso famosos— y otros los tienen menos acomodados —aunque igual de importantes—, unos están satisfechos con la actuación de sus colegios y de la abogacía institucional y otros no, … En fin, gozamos de mil diferencias que, sin duda, nos enriquecen.

Pero es evidente que en algunas cosas estamos totalmente de acuerdo. Por ejemplo, estamos de acuerdo en que se ha crear inmediatamente la especialización en Derecho de Familia dentro del orden jurisdiccional civil, así como juzgados especializados en todos los partidos judiciales de España, en que se ha de dotar de más medios personales y económicos a la Justicia, en que se ha de hacer lo posible y lo imposible para evitar más huelgas en la Justicia —todo indica que se avecina una nueva huelga de los LAJ y otra de los jueces— que agraven, aún más si cabe, la dramática situación de nuestros juzgados —que parece no importar a ningún partido político—, en que el legislador ha de legislar urgentemente sobre Derecho de Familia

y en que se han de mejorar inmediatamente las condiciones de retribución del turno de oficio.

En el inicio del año judicial que empezamos, todo apunta a que los partidos políticos y las instituciones que deberían sentirse convocadas a tales objetivos se olvidarán, otro año más, de la Justicia; ya que no les da votos ni réditos económicos. Pero, aunque a ellos no les interese este servicio público esencial, a la AEAFA y a sus asociados, sí. Y esta Junta seguirá llamando sin descanso a las puertas de quienes arrinconan la Justicia para afearles el gesto y evidenciar su actuación. Y reivindicaremos una especialidad en Derecho de Familia y más medios porque, aunque esta Justicia está moribunda, aún palpita, aun cuando sea a costa de la abogacía de trinchera y de echar horas y desatender a nuestras propias familias para que la Justicia mantenga las constantes vitales.

Y además de esta labor de lobby, que poco a poco da sus frutos, me gustaría recordaros que la AEAFA, fiel a sus fines estatutarios, continuará ofreciéndoos, además de los dos cursos que agotan sus plazas en cuanto se abre la inscripción (Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia y el nuevo Curso de Experto en Derecho de Sucesiones), todas las jornadas, webinars y servicios habituales que tanto nos enriquecen a nivel profesional. Son un auténtico referente, un punto de encuentro de la Abogacía de Familia que nos da la oportunidad de compartir experiencias y conocimientos con los que mejoramos todos.

Además, este año también habrá novedades en favor de nuestros asociados y que muy pronto desvelaremos. ¡Atentos!

Los miembros de la Junta Directiva estamos siempre a vuestra disposición. Muchos ánimos a todos para afrontar todos los retos que se os presenten.

Ramon Quintano Ruiz
Vocal de la AEAFA

NUEVE CUESTIONES PRÁCTICAS NOTARIALES SOBRE LA LEY 8/2021 DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Artículo publicado en: web:notariosyregistradores

Fernando Gomá

Notario de Madrid

ÍNDICE: I. ¿Quiénes son las personas con discapacidad según la ley 8/2021? II. ¿Qué son las medidas de apoyo? III. El sentido del artículo 25.4 de la Ley del Notariado. IV. La muchas veces recomendable acta notarial previa al otorgamiento. V. Cómo y en qué documento reflejar la labor notarial sobre el juicio de capacidad en caso de personas discapacitadas. VI. El acta de notoriedad de la existencia de guardador de hecho: sí, pero no siempre y no de cualquier manera. VII. El poder preventivo como medida de apoyo estrella. VIII. La novedosa escritura de autodeterminación de medidas de apoyo. IX. Atención al tema de las nulidades aplicables a los contratos celebrados por parte de personas discapacitadas.

De todos es conocida la complejidad y la multitud de matices que tiene la reciente ley 8/2021, algunos por falta de una mejor definición en la propia norma de determinadas instituciones que regula.

Tras trabajar sobre la ley para diversas conferencias, seminarios y otros actos públicos, así como para el libro sobre Derecho Notarial[1], del cual soy coautor, y varios artículos, y tras un tiempo suficiente de aplicación práctica, he querido exponer de manera clara varios conceptos notariales que considero imprescindibles para una adecuada comprensión de las líneas maestras de la norma.

No se trata de agotar la materia en cada tema, sino de dar una serie de ideas útiles.

I. ¿Quiénes son las personas con discapacidad según la ley 8/2021?

Esta cuestión es básica y esencial para comprender adecuadamente la ley.

El Código Civil define en su disposición adicional 4ª qué se entiende por persona con discapacidad: "La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las

1 La referencia del libro está en https://www.notariosyregistradores.com/web/participa/noticias/derecho-notarial-goma-3a-edicion/. Ver especialmente los capítulos IX y XIII.

personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

Vemos por tanto que, para seis artículos del Código Civil, y solamente para ellos, la discapacidad se define como la existencia de insuficiencias tanto psíquicas o físicas en los términos definidos en dos leyes. Y hay que tener en cuenta que estos seis artículos mencionados en la disposición no se refieren a otorgamientos o declaraciones de voluntad, sino a situaciones jurídicas que afectan a una persona con discapacidad: uso de la vivienda familiar en caso de divorcio, indignidad para suceder por falta de prestación de alimentos, gravamen de la legítima, donación o legado del derecho de habitación y no colación de determinados gastos.

Para el resto de los casos, el mismo precepto define a la persona como discapacidad como aquella que precise medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Eso significa que, en la práctica totalidad de los casos, la única discapacidad relevante desde el punto de vista de un otorgamiento notarial es la de tipo psíquico, no físico, aunque la ley se refiera en muchas ocasiones, con cierto déficit de claridad, a ambos tipos. Resulta evidente que una persona ciega, o sorda, puede formar su voluntad jurídica. Y es que a nadie se le ocurriría pensar que Borges, ciego, o Goya, sordo, o alguien en silla de ruedas necesitaran medidas de apoyo para formar su voluntad, lo pueden hacer perfectamente por sí mismos.

En resumen, cuando la ley habla de medidas de apoyo para la persona con discapacidad a los efectos de ejercer su capacidad jurídica, se refiere siempre a la psíquica, nunca a la física. Otra cosa es que una persona con discapacidad física, requiera "apoyos" o "ayuda" para tener una vida adecuadamente digna dadas sus limitaciones.

II. ¿Qué son las medidas de apoyo?

Este es otro concepto imprescindible para entender bien la ley, porque estas medidas constituyen una de las columnas esenciales de la norma. Vamos a delimitar qué son y también qué no son estas medidas.

Las medidas de apoyo se podrían definir en mi opinión como personas ayudando a otra persona a conformar y expresar su voluntad jurídica, en primer lugar y a cumplir su voluntad y deseos expresados de una determinada manera, en segundo lugar.

Finalmente, de manera excepcional, podrían representar a esa persona si no puede ejercer su capacidad jurídica.

Es decir, se trata siempre salvo algún supuesto verdaderamente excepcional, de una persona con discapacidad psíquica siendo ayudada por otra.

Siempre son personas actuando en este sentido, y así lo expone con claridad el programático artículo 249 CC:

"Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro".

Todo lo que no encaje en esta delimitación que acabamos de hacer no es medida de apoyo, sino otra cosa, como instrumento, ajuste o apoyo, sin más. Por tanto, no son medidas de apoyo instrumentos como la lectura fácil, el braille o los pictogramas, porque no son propiamente personas ayudando o representando, sino mecanismos útiles.

Y tampoco lo son personas que, aunque puedan intervenir en un determinado momento, su función no es ni ayudar a la PD a formar su voluntad jurídica, ni cumplir sus mandatos, ni representarle, sino otra: es el caso de los intérpretes o el experto en lenguaje de signos. Y también el del llamado facilitador profesional, regulado en los artículos 7bis.2.c) tanto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que se entiende aplicable por analogía al caso de otorgamientos notariales: "c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida".

Esto no es una mera distinción académica, por el contrario, tiene mucha importancia como veremos saber qué es y qué no es una medida de apoyo, por ejemplo, en el espinoso tema de la nulidad contractual por falta de medidas de apoyo (art. 1301), así como en la interpretación del art. 25.4 de la Ley del Notariado.

Las medidas de apoyo que existen son las que cita el artículo 250 CC, y son además numerus clausus:

- Las legales: Guarda de hecho, curatela, bien asistencial bien representativa, y defensor judicial.
- Las voluntarias: Escritura de autodeterminación de medidas de apoyo, en la que el otorgante prevé medidas de apoyo (personas que le ayuden) en relación a su persona y bienes, el poder preventivo, y la autocuratela.

III. El sentido del artículo 25.4 de la Ley del Notariado

Una vez comprendidos los conceptos de persona con discapacidad, y de qué son y qué no son las medidas de apoyo, se puede enmarcar adecuadamente el mandato del art. 25.4 de la LN:

"Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso".

El precepto no contiene medidas de apoyo, que como hemos visto se refiere a personas ayudando y son las que son, sino otra cosa: "apoyos, instrumentos y ajustes razonables".

No se requiere que la PD que comparece lo haga con alguna medida de apoyo (puede ser simplemente un sordo que acuda al lenguaje de signos, pero perfectamente capaz de razonar y querer jurídicamente), se puede acudir a este artículo siempre que sea necesario de acuerdo con la necesidad concreta.

La persona con discapacidad a la que se refiere el 25.4 es tanto la de tipo físico como la de tipo psíquico, puesto que cita, sin demasiado orden, instrumentos que son útiles para los físicos y otros que lo son para los psíquicos. Así, el braille, el sistema de comunicación táctil o el lenguaje de signos pertenecen al primer grupo, y la lectura fácil o los pictogramas, al segundo.

En definitiva, el legislador lo que quiere es que se hagan todos los esfuerzos posibles para que la PD pueda formar y expresar su voluntad, y simplemente lo que le dice al notario es que tiene carta blanca para utilizar cualquier instrumento, esté o no expresamente citado en el listado del 25.4, que ayude a cumplir ese objetivo. Que lo puede "dar todo" sin ningún problema, acudiendo a cualquier herramienta a su alcance, porque la ley ahora no solamente se lo permite, sino que se lo pide expresamente.

En sede testamentaria, hay que tener en cuenta lo que indica en el mismo sentido indicado el artículo 695.1 CC: «El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario."

Así como el 695.3: "Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad".

IV. La muchas veces recomendable acta notarial previa al otorgamiento

La Circular informativa 3/2021, de 27 de septiembre, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, menciona una serie de posibles actuaciones notariales para tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[2], y propone que se levante un acta previa al otorgamiento pretendido, en la que se reflejen los posibles informes sociales o documentos complementarios y la ayuda de las personas que presten su apoyo para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. Así como que el notario refleje, en su caso, en la correspondiente acta su colaboración o apoyo para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones.

El acta será un complemento conveniente en muchas ocasiones, y en alguna lo será imprescindible, para hacer constar de manera correcta, completa y fehaciente todo lo acontecido en torno al otorgamiento, en especial las declaraciones de la persona con discapacidad y las de las personas que ejercen las medidas de apoyo. Es en el acta donde deberá constar en su caso, los motivos por los que la persona con discapacidad realiza un determinado negocio, y los consejos o la información y opinión de las personas que apoyen. Que todo ello quede fijado notarialmente tiene gran importancia, porque tras la ley 8/2021, no hay blancos y negros, sino una infinidad de matices, de modo que no es suficiente en absoluto que todo este contenido quede en una mera expresión verbal efectuada con ocasión del otorgamiento. El notario actúa siempre "de frente" y con todas las cartas sobre la mesa, y ésta la mejor manera de mostrar cuáles han sido las bases para formar su juicio de capacidad. E igualmente lo es si en el futuro hay algún tipo de controversia sobre el negocio otorgado por la persona con discapacidad. Es beneficiosa tanto para la PD como para los que contraten con ella.

Ejemplos de contenido de esta acta:

La persona con discapacidad puede hacer constar que conoce que el precio en el que vende es inferior al de mercado, pero que lo hace por una conveniencia determinada; o los motivos por los que acepta un determinado lote hereditario en vez de otro; los de una renuncia de herencia; los de conceder un poder general a un hijo y no a otros; por

2 En mi opinión, las actuaciones pretendidas por la Circular -entrevistas, informes, indagaciones- pueden ser algo problemáticas, por varias razones: alejan el foco del objetivo principal de la ley, que es hacer que la persona con discapacidad decida ella misma y exprese su decisión, al preguntar a otras personas que no son ella; suponen una actuación no muy concorde con la discreción que deber presidir la actuación notarial, informando a otros de las intenciones de la persona con discapacidad, que quizá no conocieran; y además el notario se encuentra dudosamente legitimado para ello en la ley.

qué en el testamento quiere determinadas cláusulas, etc.

Si se estima conveniente y hay posibilidad, se puede incorporar un documento manuscrito escrito por la PD en el que brevemente fije esa voluntad: quiero dar un poder general a mi hija María porque es la que me cuida; estoy conforme con vender por este precio porque no creo que haya mejores ofertas.

Si hay personas que acompañen a la PD, sea el guardador de hecho, un acompañante puntual, su abogado o gestor, etc., también pueden y deben manifestar en el acta lo que se estime conveniente por considerarlo el notario relevante.

Así, por ejemplo, el guardador de hecho puede declarar cosas como: soy el guardador de hecho de mi padre porque vivo con él y me ocupo de su cuidado personal y las cuestiones legales y financieras, y le he aconsejado que venda la esta casa porque tiene muchos gastos, y aunque el precio teórico podría ser superior, ya tenemos esta oferta y le permite dejar de gastar en su mantenimiento.

Un acompañante incidental: soy amiga de la otorgante desde hace más de 30 años, y confiamos plenamente la una en la otra, me ha pedido que la acompañe a para firmar este préstamo personal, que necesita para arreglar su casa, he revisado con ella las condiciones, y las entiende bien, y creo además que son buenas para ella.

Su abogado: le he asesorado en la herencia que se va a otorgar, y en determinados aspectos de la partición he discrepado de ella, y así se lo he comunicado, pero ella, ha manifestado que está conforme, por el valor sentimental que tiene el inmueble del pueblo de sus padres.

O: creo que sería mejor que el poder se otorgara mancomunadamente a los hijos, pero, ella prefiere que sea solidario.

Y es que las aportaciones de los acompañantes no necesariamente tienen que ser coincidentes con la opinión y deseos de la PD, están para asesorarla y aconsejarla en la medida que la PD necesite y quiera, y la PD no tiene por qué seguir sus consejos, puesto que el deseo de legislador es que la PD decida con la misma liberta que la que no tiene esa discapacidad.

Por eso es tan conveniente que esos acompañantes, de existir, declaren en el acta. Además, una vez que consta en el acta notarial, se eliminan los “recuerdos” sobre lo que dijo uno u otro, o los “estoy seguro de que yo no dije tal cosa”.

Esta acta, en la medida que contiene las bases del juicio de capacidad del notario, aporta claridad y precisión frente a las meras manifestaciones verbales y es un elemento claro de seguridad jurídica y de cumplimiento tanto de la ley 8/2021 como de la delicada labor notarial en este tema, de modo que si el notario la considera conveniente debe otorgarse y por supuesto arancelarse, y la negativa a ello puede -y en mi opinión debe- ser causa de denegación del otorgamiento principal.

Lo más conveniente es que sea la propia persona con discapacidad la requirente, aunque sería posible autorizarla en un “por mí y ante mí” por el propio notario.

V. Cómo y en qué documento reflejar la labor notarial sobre el juicio de capacidad en caso de personas con discapacidad

Dependiendo del tipo de medida de apoyo que exista -guardador, curador, poder, escritura de medidas de apoyo…-, la constancia de la labor notarial en relación con el juicio de capacidad en caso de PD se hará en el documento notarial principal o en el acta previa antes estudiada, y se proponen estos criterios:

1. En el documento principal, sea una escritura o un acta, se reflejará todo lo relativo al curador representativo y al defensor judicial, en ambos casos con o sin autorización judicial, al apoderado preventivo y al guardador de hecho cuando ejerza funciones representativas con autorización judicial. También la existencia de un intérprete y la utilización de algunos de los ajustes o mecanismos del artículo 25.4 de la Ley del Notariado.

2. En el caso del curador asistencial, su existencia y nombramiento se reflejará en el documento principal, pero la asistencia que realice, sus manifestaciones y opiniones se reflejarán en el acta. Y lo mismo cuando se trate de las medidas de apoyo previstas por la propia persona en el artículo 255 CC, de la que luego hablamos.

3. Si se trata de medidas informales, como guardador de hecho meramente asistencial o acompañante amistoso, toda su actuación se hace constar en el acta, y nada en el documento principal o una breve mención a la existencia de esta acta, sin referencia al contenido puesto que lo que importa al negocio o acto principal es solamente que el notario haya formado su juicio de capacidad.

Y lo mismo cuando la persona con discapacidad comparece sin medida alguna de apoyo, frecuente el caso de personas mayores que solamente necesitan la labor notarial, pero en las que será conveniente muchas veces que se otorgue el acta previa en la que se expresen sus deseos, así como la labor efectuada por el notario.

VI. El acta de notoriedad de la existencia de guardador de hecho: sí, pero no siempre y no de cualquier manera

Es posible otorgar un acta de notoriedad para la determinación de la existencia de un guardador de hecho, pero, en mi opinión, no siempre o de cualquier manera. Para enmarcar adecuadamente la situación es preciso tener en cuenta una serie de ideas sobre el guardador de hecho, figura no suficientemente bien regulada en la ley:

a) En la figura del guardador existe una tensión entre dos conceptos opuestos. El primero es el antiformalismo, no existe un nombramiento oficial de guardador, como su denominación indica, es una situación de hecho, y por esencia, provisional, porque está sujeta a que en cualquier momento la PD pueda cambiarlo por otro o simplemente prescindir de él (art. 267.1 CC).

Pero por otro lado existe una necesidad de acreditar adecuadamente, en un momento concreto, quién es el guardador de hecho de una PD. Así, el CC dice que si el guardador desiste de su actuación debe comunicarlo en la forma indicada por el 267.2; que tiene derecho al reembolso de gastos justificados (art. 266); o, muy importante, que puede tener incluso facultades representativas de la PD (art. 264).

b) el legislador, ni define qué se supone que es un guardador de hecho, ni establece ningún criterio para su determinación. Eso es un error importante, en mi opinión, por la variedad de situaciones que pueden darse en la práctica. Pongamos un simple ejemplo: un padre con tres hijos y que tiene discapacidad psíquica. Uno de los hijos vive en la misma casa con él, otro viene todos los días a visitarle y se ocupa de sus aspectos médicos y de salud porque es médico, y el tercero no vive con su padre, pero es el que controla su dinero, trata con los bancos, negocia el arrendamiento y le hace la declaración de la renta ¿quién es el guardador de hecho a efectos de ser declarado así por acta de notoriedad?

c) El guardador de hecho no puede existir, según la ley, si ya hay medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (arts. 249 y 263 CC)

Con todo ello, y respecto del acta de notoriedad, resultarían los siguientes conceptos:

1.- Si la PD puede declarar quién es su guardador de hecho, no hay ninguna necesidad de acta de notoriedad, simplemente que lo haga constar en acta notarial de manifestaciones, porque solamente a esa persona incumbe decidir quién quiere que sea su guardador. Si es necesario, para hacer esta declaración, podrá utilizar apoyos, y en su caso, se otorgará el acta previa de la que hemos hablado anteriormente.

2.- Si la PD no puede razonablemente hacer esta declaración, puede acudirse al acta de notoriedad, con estas características:

2.1.- Hay que pedir un certificado del registro civil, dado que como hemos indicado no cabe el guardador si hay medidas judiciales (curatela) o voluntarias (poder preventivo, automedidas de apoyo que designen a alguna persona). Si existen estas medidas, y salvo que no se estén aplicando eficazmente, no cabe el guardador de hecho, pero esta apreciación estará habitualmente fuera de la órbita notarial, salvo que, por ejemplo, en un poder preventivo, el apoderado renuncie o declare que no puede actuar adecuadamente.

2.2.- Por analogía con el curador (art. 277), puede existir uno (o varios) guardadores de la persona y otro/s de los bienes. Por ello, al instarse el acta, se debe especificar con precisión para qué motivo se precisa la declaración, porque así se define también quién es la persona concreta que se ocupe de ese tema. No es lo mismo si es para que conste en el banco en el que tiene depositado su dinero la PD a los efectos de manejar la cuenta; o que sea para solicitar una prestación personal; o para disponer de objetos de poco valor económico (art. 264), porque puede ocurrir que sean personas diferentes las que, como en el ejemplo que he proporcionado antes, se ocupen de cada uno de estos diversos temas.

2.3.- En caso de duda por existir discrepancias familiares respecto de los roles de cada uno (hijos con malas relaciones entre sí, o con la segunda relación del progenitor, por ejemplo), faltará habitualmente la notoriedad pretendida, y el acta debería cerrarse de manera negativa.

2.4.- Nunca será necesaria el acta de notoriedad si se trata de una actuación notarial, puesto que en este caso es indiferente que la persona que apoye a la PD en un otorgamiento notarial concreto sea un guardador de hecho o un simple acompañante incidental. El notario en su caso levantará acta previa conforme a lo indicado anteriormente, y hará constar lo que proceda.

Y si se trata de una medida de apoyo representativa, deberá acreditarse esa representación con los documentos que procedan.

VII. El poder preventivo como medida de apoyo estrella

El poder preventivo es la medida de apoyo voluntaria por excelencia, y de carácter netamente notarial. La Ley 8/2021 establece una regulación expresa de los llamados poderes preventivos en la nueva redacción de los artículos 256 a 262 del Código Civil. “El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad” (art. 256 CC). Esta es la definición de lo que es el poder preventivo más frecuente, el que se otorga para que surta efectos de inmediato, y que no decaiga en el caso de que el poderdante precise apoyos en el ejercicio de su capacidad.

Una modalidad menos frecuente es la prevista en el art 257: que se otorgue el poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, y no antes. Es decir, el poder se otorga pero no está activado para los apoderados, y quizá nunca lo estará. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará,

si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido. El requerimiento para esta acta lo hará el apoderado, y en ella deberá comparecer el poderdante para ser examinado por el notario, y antes o después, por el perito correspondiente, cuyo informe se incorporará. No está prevista la repetición de la misma. Para hacer uso del poder se deberá acompañar de la copia autorizada de este acta.

Otra posibilidad para determinar y acreditar la discapacidad que activaría el poder, tarea que se le encomienda definir al poderdante, sería que se asuma la definición de discapacidad contenida en el primer párrafo de la disposición adicional 4ª del Código Civil, y que para acreditar su existencia de discapacidad suficiente (por ejemplo el 33%), el poderdante establezca que el apoderado, para ejercer el poder, exhiba un certificado médico en tal sentido, con una antigüedad máxima definida (seis meses, un año). De este sencillo modo se objetiva la acreditación de la vigencia del poder en el momento de ejercer sus facultades el nombrado. Todo ello es posible por la amplia libertad de que goza el poderdante para configurar esta medida de apoyo (art. 258. 3 y 4):

"258.3.- El poderdante podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder".

Creemos posible, dado el tenor de este párrafo, en especial su último inciso, que el poderdante nombre a una persona facultada para revocar el poder en caso de que considere que el apoderado esté haciendo un uso incorrecto del mismo.

"258.4.- Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa. "

El poder se extingue por tanto si el curador incurre en alguna de las causas previstas en el nuevo artículo 278 CC. Aunque el poderdante puede excluir esta causa, no parece conveniente en principio, dado que las causas del artículo 278 implican mal desempeño del cargo o problemas personales con el poderdante.

Artículo 259: "Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa." Lo más habitual es que el poder preventivo sea un poder general, por lo que, si se está en el supuesto de necesidad de apoyo, al remitirse con carácter general a las reglas de la curatela, significaría que se aplicaría el nuevo artículo 287 CC, de modo que el apoderado necesitaría autorización judicial para muchísimas cosas: desde vender inmuebles, aceptar herencias pura y simplemente, pedir dinero a préstamo, etc. Esto, en muchas ocasiones más que proteger mejor al poderdante puede constituir un impedimento y una traba, dado que la autorización judicial conlleva gastos, tiempo y trámites que están injustificados en la mayor parte de las ocasiones porque el apoderado será una persona que lo único que quiere es el bienestar del poderdante.

Pensemos en un padre o madre ya mayores y que dan poder a sus hijos, en los que confía plenamente porque les cuidan como corresponde; establecer una autorización judicial en estos casos parece contraindicado. Por ello, seguramente en muchas ocasiones lo más adecuado será excluir esta aplicación supletoria de las normas de la curatela.

Los poderes preventivos son siempre notariales, y una vez otorgados se comunican de inmediato por el fedatario al registro civil para su constancia en el registro individual del poderdante (art. 260).

Por su parte, la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 dice en sus dos últimos párrafos: "Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil".

Es decir, que los poderes anteriores a la entrada en vigor sí se remiten a las normas de la curatela, pero queda siempre excluida la autorización judicial del artículo 287 CC. Sin embargo, respecto de los poderes preventivos otorgados tras la entrada en vigor de la ley -es decir, desde el día 3 de septiembre de 2021, inclusive- habrá que estar siempre atento respecto de su ejercicio a que el apoderado manifieste al menos o incluso acredite como proceda que el poderdante no se encuentra en situación de "necesidad de apoyo", porque, si así fuera, y salvo que se excluya expresamente en el propio poder, como vimos antes, habrá de aportarse la autorización judicial en los casos que corresponda por aplicación de las normas de la curatela.

Respecto de los poderes preventivos anteriores a la entrada en vigor de la ley 8/2021, que se produjo el día 3 de septiembre de 2021, la disposición transitoria quinta establece que los apoderados preventivos podrán solicitar judicialmente la revisión del poder –se entiende que para verificar que esté conforme con la voluntad y situación de la persona con discapacidad-. Si no se solicita, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

No resuelve la norma cuál sería la situación a partir del día 3 de septiembre de 2024 respecto de los poderes preventivos anteriores al día 3 de septiembre de 2021 que no hayan sido revisados.

El Código Civil distingue del poder preventivo el mandato preventivo, que ha de entenderse referido a las facultades conferidas dentro del negocio bilateral del mandato y respecto a las facultades conferidas al mandatario. Se aplicarán las mismas reglas que para el poder preventivo (art. 262 CC). El mandato preventivo es posible dentro de la escritura de autoestablecimiento de medidas de apoyo, que vemos a continuación.

VIII. La novedosa escritura de autodeterminación de medidas de apoyo

Dice el artículo 255.1 CC: "Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes"

El 255 le da además una amplísima libertad al otorgante para decidir: Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

En definitiva, una persona que es PD o que aún no lo es, pero previendo que en el futuro lo sea, puede otorgar una escritura que sea prácticamente un traje a medida para sus necesidades o deseos.

Cuál sea el contenido más habitual de estas escrituras dependerá de la práctica, pero sí podemos ofrecer algunas ideas al respecto:

1. Contenidos que expresen meros deseos, del tipo: quiero que mi hijo me aconseje cuando haga inversiones financieras, cuando pida un préstamo, o para elegir una residencia de mayores para vivir, etc,. Si son simples expresiones sin ninguna consecuencia concreta, realmente sirven de muy poco. Decía González Palomino que, en derecho, todo lo que no son efectos es literatura. Por tanto, para que existan efectos, hay que adoptar medidas complementarias:

Los que sean designados como personas que van a ejercer el apoyo -habitualmente hijo, cónyuge u otros familiares- deben comparecer y firmar la escritura, para conocer y aceptar el encargo. Esto facilita el cumplimiento de lo otorgado. Si por ejemplo es su deseo no ser internado en una residencia salvo determinadas condiciones, los interesados ya lo saben y lo han aceptado.

En medidas del tipo que quiere ser asesorado cuando acuda a la entidad financiera para formalizar inversiones o préstamos, de modo que no quiere firmar nada sin el apoyo de la persona que establezca, es conveniente prever en la escritura un mecanismo de comunicación de esta decisión a la entidad financiera. Hay que tener en cuenta que la ley es de obligado cumplimiento para todos, y si la PD ejerce el derecho que le concede del art. 255, el banco debe acomodarse a él y respetarlo.

2. Se puede incluir un poder preventivo en esta escritura como medida de apoyo, o hacerlo aparte en otra, estableciendo instrucciones específicas para su utilización. Es muy conveniente que los apoderados estén presentes y firmen la escritura, y se comprometan a usar el poder en el sentido que indica la PD, de manera que más que un apoderamiento, realmente se pase a la figura del mandato.

3. Puede incluirse cláusulas de tipo personal, que pueden ser muy variadas, como designar al familiar que quiere que tome decisiones en caso de urgencia médica y requerido por los médicos, siempre respetando la norma especial aplicable; la negativa abandonar su casa para ser trasladado a una residencia, o al revés, la negativa a vivir con sus hijos si no puede valerse, prefiriendo ir a una residencia; o incluso, aunque no sea propiamente una medida de apoyo, si desea ser incinerado o enterrado, y dónde.

Esta escritura deberá inscribirse necesariamente en el Registro Civil (art. 300 CC). Una cuestión notarial importante es cómo actuar en el caso de que la persona con discapacidad declare que, para un determinado otorgamiento, quiere prescindir en todo o en parte de lo por ella decidido y plasmado en esa escritura. Opino que, en aras de la seguridad jurídica y la protección de los terceros contratantes, el mismo formalismo que exige el legislador para constituir estas medidas ha de exigirse para modificarlas o eliminarlas. Por tanto, la persona con discapacidad debería otorgar una nueva escritura con las modificaciones correspondientes, para inscribirla en el Registro Civil. Y solamente entonces, actuar conforme a las nuevas disposiciones.

IX. Atención al tema de las nulidades aplicables a los contratos celebrados por parte de personas discapacitadas

Un tema complicado es el de la anulabilidad de los contratos celebrados por las personas con discapacidad, según los artículos 1301 y 1302 CC. Es causa de anulabilidad del negocio cuando se otorgue por una persona con discapacidad "sin las medidas de apoyo previstas cuando sean precisas", expresión que plantea muchísimas dudas. Y el CC no las aclara ni contextualiza en otro lugar, lo que es un problema que puede llegar a ser importante, dado que el art. 1302 CC

concede la acción de nulidad a la persona con discapacidad, a sus herederos, a quien debió prestar el apoyo…, pero no a la otra parte contratante.

En todo caso, ahora se ve la importancia que al principio resaltamos de definir qué es estrictamente y qué no es medida de apoyo.

Parece que si una persona con discapacidad otorga, por ejemplo, una compraventa, y no actúa el curador asistencial, nombrado precisamente para realizar esa asistencia (asistencia que no implicar autorizar o dar el visto bueno al negocio, sino aconsejarle e informarle en la medida que lo necesite, porque quien decide es la persona con discapacidad), esa compraventa sería anulable. Lo cual ya es una consecuencia realmente grave, en especial para la otra parte contratante, que podría ignorar completamente esta circunstancia.

Pero, yendo más allá, ¿qué ocurre si hay un guardador de hecho que notoriamente le viene asistiendo, y no comparece en esa compraventa?; ¿o si la persona con discapacidad ha nombrado en escritura pública a alguien para que le asista en las compraventas, y tampoco comparece? ¿Es causa de anulabilidad? Pues no está expresado, pero en mi opinión solamente la falta de medidas judiciales es la que debe provocar un efecto tan grave.

En todo caso, en la escritura de medidas de apoyo será una buena práctica indicar expresamente que la falta de cumplimiento de las medidas establecidas por la PD en ningún caso podrá provocar la nulidad del art. 1301.

Esta regulación podría abrir la puerta incluso a la posibilidad de fraudes: que la persona con discapacidad (entre las que están por ejemplo, los pródigos) otorgara sin medidas de apoyo, por ejemplo una curatela asistencial, y de modo consciente, un negocio, reservándose de manera indebida la posibilidad de “arrepentirse” por medio de la anulación posterior del negocio. Por eso la conveniencia de solicitar certificado del registro civil, si bien debe quedar claro que la responsabilidad de declarar que tiene vigente esa medida de apoyo es de la propia persona con discapacidad.

Que se así o no dependerá en última instancia de las resoluciones judiciales que vayan dictándose, y hay varias tesis posibles, pero es innegable que aporta un factor de inseguridad negocial que puede crear un efecto paradójico: que, en la práctica, por esta regulación de la anulabilidad, en vez de fomentar la toma de decisiones de manera autónoma de la persona con discapacidad, se la acabe de hecho expulsando de la contratación de manera personal y se exija finalmente como regla general que alguien represente a la persona con discapacidad, como el curador o el apoderado. Y todo ello para evitar ese peligro, y porque nadie quiera contratar con aquélla ante el riesgo de una anulación del negocio por causas que la otra parte contratante muchas veces ni conoce, ni puede conocer.

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2023
Roj: STS 287/2023 - ECLI:ES:TS:2023:287
Nº de Recurso: 1026/2019
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

No está prescrita la acción de revocación de la donación. El incumplimiento de la carga modal es sucesivo y continuado porque si aquella consiste en atender a una persona y se la tiene permanentemente desatendida, el tiempo de ejercicio de la acción no se agota cuando se inició el incumplimiento, pues lo contrario dejaría al donatario desprotegido frente a la falta de atención del donatario, que está obligado continuamente.

Para la donación modal o con carga, el art. 647 CC no establece cuál es el plazo de que dispone el donante para revocar la donación "cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso". Es comúnmente admitido que el término "condición" en este precepto se debe entender referido a las cargas, obligaciones o gravámenes modales.

Ante la falta de previsión legal, son muy distintas las opiniones doctrinales acerca de cuál es el plazo de ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento de cargas. Las diversas alternativas que se han propuesto se apoyan bien en la naturaleza que se atribuye a la acción de revocación, bien en la similitud con otros supuestos que sí cuentan con una regulación expresa, bien en la inclusión del supuesto de incumplimiento de la carga en el espíritu de algunas de los otros supuestos para los que sí hay norma expresa. Así, se ha sostenido que el plazo es el mismo que el general para la acción de cumplimiento del modo o gravamen, por ser una alternativa de que dispone el donante (art. 1964 CC); o que es el de un año, dada la proximidad del supuesto al de la revocación por ingratitud (art. 652 CC, que expresamente prevé el plazo de un año); o que es el plazo de cuatro años del art. 1299 CC, por analogía con las acciones rescisorias, en tanto se trata de dejar sin

efecto una situación jurídica creada, el legislador no ha dotado a la revocación de las donaciones de un régimen unitario y la revocación por incumplimiento de cargas, a diferencia de otros ordenamientos y de los precedentes históricos es un supuesto autónomo de revocación de la donación y no una modalidad de la revocación por ingratitud. También se han mantenido posturas diferentes acerca de si el plazo debe calificarse como de caducidad (lo que se justifica en atención a la función que se atribuye a la caducidad y a la mayor seguridad jurídica y certidumbre que proporciona para evitar que se prolonguen situaciones de pendencia) o de prescripción (en cuanto que, en este supuesto, la revocación se fundamenta en el incumplimiento de una obligación).

La sala, hasta el momento, no ha tenido ocasión de sentar doctrina porque, al igual que sucede en este caso, la decisión de lo planteado en el recurso no está en función del plazo.

La sentencia de 11 de marzo de 1988, en un supuesto en el que el cumplimiento del modo no se limitaba al tiempo de vida del donante, consideró preferible el plazo de un año desde que el donante (sus causahabientes) tuvieron conocimiento del hecho del incumplimiento y posibilidad de ejercitar la acción; el problema de fondo era más bien si puede imponerse ilimitadamente un destino a un inmueble, en particular cuando, como sucedía en el caso, por el tiempo transcurrido, cien años, se hacía muy difícil mantener la institución (el destino de "correccional" de jóvenes que debía darse al inmueble donado, que luego pasó a ser un colegio). Pero, como observa la posterior sentencia 1104/2004, de 23 de noviembre, ese pronunciamiento no fue determinante del fallo, pues la sentencia de 11 de marzo de 1988 declaró que, aunque se aplicara el plazo de cuatro años, también habría transcurrido con exceso cuando se interpuso la demanda.

La sentencia 1104/2004, de 23 de noviembre, ante unos hechos más cercanos a los que nos ocupan, considera que es más defendible el plazo de cuatro años, "por tratarse de un tipo de acción asimilable a la rescisión". Pero este pronunciamiento también se hace obiter dicta, pues la caducidad de la acción se invocó por primera vez en casación, por lo que un pronunciamiento decisivo de la sala sin que la otra parte hubiera podido efectuar alegaciones, hubiera contrariado su más elemental derecho de defensa y generado indefensión, proscrita por la tutela judicial efectiva proclamada por nuestra Constitución.

También obiter dicta, la sentencia 900/2007, de 20 de julio, antes de concluir que en el caso que decide (referido al cambio de destino del inmueble donado) el plazo no ha transcurrido, tanto si se entiende que es de un año como de cuatro, afirma:

"El plazo para el ejercicio de esta acción no está determinado por el Código civil. La sentencia de 11 de marzo de 1988 parece mantener que es el plazo de un año, aunque no lo dice como fundamento del fallo y la de 23 de noviembre de 2004 dice que "es más defendible el plazo de cuatro años". Esta última afirma claramente que el dies a quo no es la escritura de donación, sino el conocimiento del incumplimiento del modo, lo cual es evidente, ya que en dicho momento se produce la actio nata. En todo caso, es un plazo de caducidad, como afirman las sentencias antes mencionadas".

2. En el caso que debemos resolver, la Audiencia Provincial, con cita de la sentencia de esta sala de 11 de marzo de 1988, se inclina por aplicar el plazo de un año porque entiende que el incumplimiento del modo denunciado por la actora se asemeja a la ingratitud, que no es sino el mal comportamiento de un hijo con sus padres. A continuación, fija el dies a quo para el cómputo del plazo en julio de 2012, cuando la actora remite un burofax a su hijo comunicando los desencuentros habidos con su esposa e hija y, requiriéndole, como usufructuaria, para que en el plazo de un mes abandonen la planta baja del caserío donde viven. A partir de allí, la Audiencia concluye que cuando se interpuso la demanda en marzo de 2017 la acción estaría ya prescrita, y añade que en el caso lo mismo sería aunque se estuviera al plazo de cuatro años.

Con independencia de que la Audiencia omite la cita de las dos sentencias de la sala que en 2004 y en 2007 se inclinaron (obiter dicta) por el plazo de caducidad de cuatro años, la decisión del primer motivo del recurso debe basarse en que la Audiencia no tiene en cuenta la naturaleza y el contenido del comportamiento impuesto al donatario y cuyo cumplimiento exige una atención permanente que, si no se observa, da lugar a que se esté incumpliendo continuadamente.

En efecto, con independencia de las divergencias existentes acerca de cuál es el plazo y su naturaleza, por lo que se refiere a cuándo debe computarse, es generalmente admitido que empieza a correr desde que el donante pueda conocer el incumplimiento, pero que si el modo impuesto al donatario consiste en una actividad o un comportamiento continuados y el incumplimiento es duradero, no existe un día concreto de incumplimiento, sino que el incumplimiento persiste, y el plazo no empieza a contar cuando se inició el incumplimiento, y mientras el incumplimiento dura se va renovando el comienzo del tiempo de ejercicio de la acción.

En este sentido, la citada sentencia 1104/2004, de 23 de noviembre, declara: "el dies a quo para el cómputo del plazo no es la escritura pública, es decir, el contrato de donación, sino el conocimiento del hecho, como dice el artículo 652, aplicándolo al incumplimiento de la carga, como dice el 647; en este caso concreto, tal incumplimiento es la falta de atención y cuidados a la donante; ésta es una conducta continuada, que no se puede concretar en un día concreto, sino que persiste continuadamente, por lo que la acción seguía viva en el momento de interposición de la demanda, sin haberse producido el transcurso del plazo de caducidad".

La aplicación de este criterio al caso determina que la recurrente tenga razón en las alegaciones del primer motivo del recurso, cuando dice que el incumplimiento es sucesivo y continuado porque si la carga consiste en atender a una persona y se la tiene permanentemente desatendida, el tiempo de ejercicio de la acción no se agota cuando se inició el incumplimiento, pues lo contrario dejaría al donatario desprotegido frente a la falta de atención del donatario, que está obligado continuamente.

Debemos concluir por tanto que la facultad de revocación por incumplimiento de carga no se ha ejercido de manera extemporánea, y en este punto el razonamiento de la sentencia recurrida es incorrecto. Cuestión diferente es que, por lo que diremos al resolver los demás motivos del recurso, la demanda no pueda ser estimada, dado que no ha quedado acreditado el incumplimiento de la carga ni tampoco procede la revocación por ingratitud.

Puesto que la sentencia recurrida, a pesar de considerar que la acción se ejercitó de manera extemporánea, se ha pronunciado cumplidamente sobre la existencia de incumplimiento de la carga y sobre la concurrencia de causa de ingratitud que pudieran facultar a la donante para revocar la donación, procede que entremos a analizar los motivos segundo y tercero del recurso, en los que la recurrente impugna la decisión de la sentencia de la Audiencia.

Como ya hemos apuntado, nos ocupamos en primer lugar del incumplimiento del modo a que se refiere el segundo motivo porque, de entender que hubo incumplimiento, como hizo el juzgado, procedería la estimación de la demanda y no sería preciso entrar en el tercer motivo del recurso.

TS

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2023

Roj: STS 1436/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1436
Nº de Recurso: 1319/2022
Ponente: Excma. Sra. D.ª María del Ángeles Parra Lucán

Se confirma la custodia materna ya que las niñas llevaban viviendo con su madre tres años, concretamente desde que el padre se marchó del domicilio familiar y durante este tiempo el padre solo ha estado con las hijas mayoritariamente en planes festivos o viajes de ocio o vacacional. Pese a que el padre dijo no ser su intención la de trabajar tanto ni viajar tanto como lo hacía antes, los hechos hablan por sí solos y resulta que son numerosísimos los viajes que por trabajo está realizando -además de los que hace por ocio, que también son muchos-, por lo que su disponibilidad y dedicación en modo alguno cabe pensar que pueda ser siquiera cercana a la de la madre.

En este caso, la razón por la que se consideró por el juzgado que el mejor interés de las niñas quedaba salvaguardado con la situación de custodia exclusiva de la madre no fue la de petrificar una situación que se produjo a raíz de la separación de los padres. El juzgado entendió, de manera motivada y con razones convincentes, que las circunstancias que se daban en el momento de dictarse en el auto de medidas (que reproduce parcialmente) se veían confirmadas por la valoración conjunta de la prueba y por una serie de causas que expuso con detalle.

El juzgado se refirió en el auto de mediadas a que las niñas (nacidas el NUM002 de 2014) llevaban viviendo con su madre desde que el día 27 de diciembre de 2015 el demandante se marchó del domicilio familiar, de modo que han estado viviendo con la madre desde hace más de tres años, tiempo durante el cual, como se puso de manifiesto en la vista, el contacto con el padre ha sido muy inferior al que han tenido con su progenitora materna. De igual modo, añade el juzgado, "la demandada expuso de un modo ciertamente convincente que el actor ha estado con sus hijas mayoritariamente en planes festivos o viajes de ocio o vacacionales, hasta el punto de llegar a decir que durante estos tres años solamente una o dos veces el padre ha recogido a las niñas un fin de semana completo para estar con ellas en Madrid, sin irse a sitios como DIRECCION004. Y aunque esto ha sido negado por el demandante, reconoció este que en el último año y medio tan solo ha tenido a sus hijas en su actual domicilio unas ocho veces".

El juzgado refuerza esta idea valorando las declaraciones del padre: "En la misma línea, el demandante

manifestó que está intentado montar una nueva empresa dedicada a la pastelería, por lo que ha realizado en los últimos meses numerosos viajes a países como Seattle, Chicago, un curso de pan en Suiza, un viaje a México para intentar retomar la relación con sus socios mexicanos, a República Dominicana, a París, a Japón en dos ocasiones -en este caso para despedirse de sus ex socios, dijo, si bien difícilmente habría viajado a Japón dos veces con ese único fin, siendo lo presumible que lo hubiera hecho en realidad con la intención de retomar los negocios con ellos de cara a su futura empresa-, etc. Así, pese a que dijo no ser su intención la de trabajar tanto ni viajar tanto como lo hacía antes, los hechos hablan por sí solos, y resulta que son numerosísimos los viajes que por trabajo está realizando -además de los que hace por ocio, que también son muchos-, por lo que su disponibilidad y dedicación en modo alguno cabe pensar que pueda ser siquiera cercana a la de la madre, a quien sorprendentemente pareció reprocharse en la vista el haber viajado a Barcelona el mes pasado durante unos días por trabajo".

El juzgado considera que es beneficioso que se mantenga la situación que se ha prolongado en el tiempo de mayor dedicación de la madre porque, aunque el demandante alegue ser buen padre, eso no es suficiente para entender que el interés de las niñas aconseje el sistema de guarda compartida. Frente a la realidad de que la madre permaneció en el domicilio familiar, muy próximo al centro escolar, tiene en cuenta que el demandante ha estado en dos domicilios distintos de Madrid desde que se fue de casa, algo importante no solo de cara a la estabilidad de las niñas, sino en cuanto a la proximidad hasta el centro escolar.

En el acto del juicio celebrado en 2020 y que esta sala también ha visionado, el actor refirió haber alquilado un piso cerca del que fue domicilio familiar y del colegio. Ello sin duda facilita el cumplimiento del amplio sistema de visitas establecido por el juzgado, pero no disipa, y el criterio es compartido por la sala, las dudas sobre que la guarda compartida sea el sistema idóneo para el mejor interés de las niñas.

El juzgado expresamente valoró en la sentencia que el padre manifestó en la vista principal que dispone de una total libertad de horarios en la nueva empresa que está montando, pero añadió que la prueba practicada impide aconsejar como bueno para las niñas introducir el cambio que el padre pretende. Ello no solo en atención al informe de marzo de 2020 unido al procedimiento, que recomendaba que se mantuviera la custodia materna con un régimen de visitas y comunicaciones paterno-filial, y en el que se expresaban las dudas sobre la alternancia de custodia compartida que presentaba el padre "acrecentadas por su reciente proyecto empresarial y por el testimonio de las menores de donde se infiere que el padre se ocupa de muchos asuntos laborales cuando está con ellas".

El juzgado también valoró, reproduciendo en su sentencia argumentos del auto de medidas, la invocada mayor disponibilidad del actor para estar con sus hijas, y lo hizo con un razonamiento que revela a juicio de esta sala las justificadas dudas acerca de la conveniencia de adoptar una custodia compartida. Sobre esta particular dijo el juzgado: "Resulta de la prueba practicada que la dedicación de la madre ha sido muy superior durante todo este tiempo, no solo constante convivencia, sino desde que el padre se marchó del domicilio familiar en diciembre de 2015, siendo además que salvo los periodos vacacionales, reconoció el actor en su interrogatorio que no ha estado con sus hijas más que fines de semana y días inter-semanales, pero nunca una semana entera. Es cierto que dijo que en un principio intentó obtener una custodia compartida a través de un mediador, algo que finalmente no consiguió, por lo que solamente pudo ver a sus hijas cuando la madre se lo fue permitiendo; sin embargo, resulta que durante tres años no solo no han seguido las partes un régimen que se parezca en modo alguno a una custodia compartida, sino que tampoco ha presentado el padre demanda alguna solicitándolo hasta el día de hoy, cuando ha pasado casi un año desde que en marzo de 2018 dejó de trabajar para el grupo Mallorca, y cuando han pasado casi tres desde que de facto rige entre las partes una custodia materna, a la que las menores parece que se han adaptado bien, siendo buenas también sus calificaciones escolares según dijo el padre. A mayor abundamiento, indicó el demandante que pedía ahora la custodia compartida y no la pidió cuando se separaron porque trabajaba antes 7 días a la semana, pero resulta que como él mismo dijo, la verdad es que también en esa época trató de conseguir una custodia compartida, a la que la madre se opuso. Resulta llamativo que pida ahora la custodia compartida porque dice tener más tiempo, pese a que lleva ya un año "teniendo más tiempo", y pese a que también la pidió cuando resultaba no tenerlo porque viajaba por todo el mundo y trabajaba 7 días a la semana; y en todos esos casos buscaba supuestamente el interés superior de las menores, llegando a reconocer en su interrogatorio que pedía ahora la compartida porque ahora era cuando tenía tiempo, y que no era de esos padres que pedían la compartida para que estuvieran las niñas con la empleada del hogar. Llamativo resulta, como se ha dicho, pues eso es precisamente lo que parece que habría pasado si la madre, hace tres años, hubiera accedido a la custodia compartida que él solicitaba".

En el informe de la trabajadora social, junto a los demás datos expuestos además, se valoró también que los problemas de comportamiento que, a pesar de estar adaptadas a nivel personal, escolar y social, se habían producido por parte de las niñas y reconocían los padres con especial atención a Blanca, se podrían intensificar si se reducía la presencia de la madre en ese momento.

En definitiva, ante las fundadas dudas sobre la alternancia de la custodia que motivó el juzgado, ni la mera afirmación de parte efectuada por el recurrente acerca de su mayor disponibilidad (no contrastada por el hecho de que aporte una copia de su pasaporte) y que, en cualquier caso, también fue valorada por el juzgador

de instancia en los términos que se han expuesto, ni la actual cercanía de los domicilios de los progenitores en atención a que las niñas y la madre siguen ocupando la vivienda familiar y el padre ha alquilado un piso cercano, ni la comunicación cordial entre los progenitores sobre aspectos que afectan a las niñas, son garantías suficientes para introducir cambios en un sistema de guarda que está funcionando adecuadamente en atención a la mayor dedicación y disponibilidad de la madre, cubierta si puntualmente debe hacer algún viaje por razón de trabajo con la ayuda de una empleada del hogar, dado que no cuenta con ayuda familiar en Madrid. La anterior valoración, reforzada por el informe socio familiar realizado en la instancia, no se ve contradicha tampoco por el informe de evaluación psicopedagógica que, como hechos nuevos, aportó el recurrente y que esta sala también ha valorado al resolver el recurso por infracción procesal.

Partiendo de todos estos datos, la sentencia recurrida, al desestimar el recurso de apelación del actor y confirmar la sentencia del juzgado, valoró qué es lo que resulta más beneficioso para las menores, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, sin partir de un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio. Por todo ello el recurso debe ser desestimado

TS

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2023

Roj: STS 1009/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1009
Nº de Recurso: 3289/2022
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Acordándose la custodia compartida del hijo, el uso de la vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges, debe limitarse a un año, siendo indiferente que la madre se encuentra en el paro y no disponga de otra vivienda.

Las circunstancias que califican el caso que debemos resolver son las siguientes: la vivienda familiar es cotitularidad de ambos cónyuges y es de carácter ganancial; los cónyuges han hecho un reparto parcial de los bienes y cada uno de ellos ha percibido 20.000 euros; el lugar de residencia de la Sra. Paloma es una población pequeña; la población en la que el Sr. Marino ha alquilado una vivienda (por un importe de 270 euros al mes) y estudia la hija se encuentra a pocos quilómetros de distancia de la vivienda familiar; la Sra. Paloma, que en su escrito de oposición al recurso manifiesta encontrarse en paro, no solo ha trabajado antes, durante y después del matrimonio sino que, como dice la sentencia recurrida, posee suficiente cualificación profesional, al haber realizado estudios de formación profesional como técnico superior de peluquería y auxiliar de enfermería, de modo que es una persona joven y con posibilidades de acceso al mercado laboral; la única hija del matrimonio alcanzará la mayoría de edad en marzo de este año; los progenitores, en concepto de pensión de alimentos para la hija, deben contribuir a los gastos de habitación y alimentación de la menor durante sus períodos de custodia, correspondiendo, además, al Sr. Marino el pago de una pensión de 200 euros mensuales y el 70% de los gastos extraordinarios; la Sra. Paloma viene ocupando la que fue vivienda familiar, según el recurrente, desde agosto de 2020, lo que no ha sido negado por la recurrida.

A la vista de las circunstancias anteriores, resulta acertado que se considerara como interés más necesitado de protección el de la madre, y que por ello se le atribuyera el uso de la vivienda, pero no de manera indefinida. La diferente capacidad económica de los progenitores justifica también, como acertadamente observa la fiscal, el pago de una pensión de alimentos a cargo del padre, pero no la atribución indefinida del uso de la vivienda, que es ganancial, y más en un caso en el que la hija está próxima a alcanzar la mayoría de edad, con lo que se extinguirá el sistema de guarda establecido.

La jurisprudencia de la sala también ha entendido, para cuando se supera la menor edad de los hijos, que la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refería el del art. 96.III CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello “parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes” (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, 315/2015, de 29 de mayo, 390/2017, de 20 de junio, y 527/2017, de 27 de septiembre, entre otras).

La sala, en funciones de instancia, declara que procede establecer una limitación temporal al uso de la vivienda.

El recurrente, que en su contestación a la demanda solicitó que la atribución del uso se hiciera hasta la liquidación de gananciales, en su recurso de apelación introdujo la petición de que se fijara el plazo máximo de dos años, sin concretar desde qué momento, y ahora en su recurso de casación solicita que se fije el límite temporal de un año desde la sentencia de la Audiencia, plazo que esta sala considera insuficiente, en atención a que se cumplirá en apenas unos días desde el dictado de esta sentencia de casación.

De acuerdo con lo decidido en casos semejantes, y con la finalidad de posibilitar el tránsito ordenado a la nueva situación, el derecho de uso de la vivienda familiar se fija en un año a contar desde la notificación de la presente sentencia para el caso de que antes no se haya llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales

TS

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2023

Roj: STS 1011/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1011
Nº de Recurso: 2105/2022
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

El hijo mayor de edad se trasladó a convivir con el padre, por lo que la pensión alimenticia que se fija a cargo de la madre en un procedimiento de modificación de medidas tiene efectos desde la fecha de interposición de la demanda.

La cuestión planteada se centra en si la pensión de alimentos que solicita el padre para atender a las necesidades del hijo, se ha de abonar desde la sentencia de la Audiencia Provincial, o desde la interposición de la demanda.

El hijo hasta los 14 años estuvo bajo la custodia de la madre, abonando el padre la correspondiente pensión de alimentos.

A partir de los 14 años el hijo se trasladó a la residencia del padre, por acuerdo de los progenitores, y el padre en noviembre de 2019 interpone demanda solicitando de la madre el abono de pensión de alimentos, dado que ya no estaba con ella sino con el demandante en su condición de padre. Es decir, no se solicitó una reducción o ampliación de cuantía, sino la instauración de una nueva pensión de alimentos que debería abonar la madre, al haber perdido, de forma pactada, la custodia.

Esta sala en sentencias 696/2017, de 20 de diciembre, y 183/2018, de 4 de abril, declaró: "1. Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio:

""Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014.

"Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).

"En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "(d)ebe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

"En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n° 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anterior-

mente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente".

"2. No es este el caso. Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso (sentencia 696/2017, de 20 de diciembre)".

La doctrina jurisprudencial referida es plenamente aplicable al caso, por lo que la pensión de alimentos que se fijó por la Audiencia Provincial deberá abonarse desde la interposición de la demanda, al ser una pensión que se fija ex novo a favor del padre y abonable por la madre (art. 148 C. Civil).

TS

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2023

Roj: STS 331/2023 - ECLI:ES:TS:2023:331
Nº de Recurso: 4646/2022
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Unos copropietarios de un inmueble en pro indiviso, aunque no reúnan la mayoría de las cuotas tienen legitimación activa para interponer una demanda de desahucio por precario.

Con el fin de precisar la cuestión a la que debe dar respuesta la sala en el supuesto que se plantea en este recurso de casación, conviene hacer dos consideraciones previas.

En primer lugar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 LEC, debemos tener como parte a todos los efectos a los copropietarios que no presentaron inicialmente la demanda, pero cuya solicitud de intervención como demandantes fue admitida por el juzgado. En consecuencia, el conflicto se suscita, de una parte, entre quien ocupa la vivienda en virtud del uso conferido por una copropietaria que ostenta el 50% de la propiedad y, de otra, los demás copropietarios, herederos del otro copropietario originario fallecido, que suman el 50% restante de las cuotas de propiedad y ejercitan acción de desahucio por precario para que se desaloje la finca y poder venderla libre y sin ocupantes.

En segundo lugar que, en su recurso de casación, la parte demandada recurrente insiste en calificar como comodato el título en virtud del que posee, cuando lo cierto es que la sentencia recurrida, en atención a la falta de plazo en el documento contractual por el que se confirió el uso, con independencia del nombre que le dieron las partes, con cita de doctrina y jurisprudencia, califica la situación de precario. Dado que no se ha interpuesto un motivo de casación para impugnar tal calificación, debemos estar sin más razonamiento por nuestra parte a la calificación de la Audiencia.

La Audiencia, por lo demás, también tiene en cuenta la aportación por la parte demandada de un documento otorgado por la misma copropietaria que había conferido el uso y en el que, después de la presentación de la demanda (en la que se hablaba de desahucio por precario), fijaba un límite temporal máximo al uso de la vivienda. Dice la Audiencia que, aunque se admitiera tal modificación de la circunstancia existente cuando se presentó la demanda, la misma debería ser estimada, por haberse rebasado tal plazo en el momento de dictar sentencia. La parte recurrente no hace ninguna consideración sobre este particular.

Partiendo de estas premisas, la cuestión conflictiva planteada en el recurso de casación es si los demandantes están legitimados para ejercitar la acción de desahucio por precario.

2. El recurso no puede ser estimado porque, al admitir la legitimación de los demandantes, la sentencia recurrida no infringe los arts. 394 y 398 CC ni es contraria a su interpretación por esta sala, tal como explicamos a continuación.

La demandada no es copropietaria de la vivienda, y ampara su derecho de uso en exclusiva en la cesión gratuita de uso efectuada por una copropietaria que lo es de la mitad indivisa del pleno dominio.

Los demandantes, que sí son copropietarios de la vivienda, no pretenden que se reconozca su facultad de uso al amparo del art. 394 CC, ni solicitan que en atención a la imposibilidad de goce y disfrute solidario se establezca un sistema de uso por turnos (admitido por la sentencia 700/2015, de 9 de diciembre, con cita de las anteriores de 23 de marzo de 1991 y 31 de julio de 1998). Tampoco invocan un acuerdo de la mayoría (inalcanzable en la situación de hecho descrita, en el que han quedado acreditadas las posturas enfrentadas de los dos grupos que ostentan cada una de las mitades indivisas del pleno dominio de la vivienda) por el que, en interés de la comunidad, y con el límite del art. 398. III CC, se hubiera decidido ceder el uso a un tercero, por ejemplo, mediante un contrato de arrendamiento. Los demandantes, lo que pretenden, tal como la propia demandada ha admitido, es que la vivienda quede desocupada para proceder a su división, con adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás o venta y reparto del precio (art. 404 CC).

La parte demandada recurrente niega que los demandantes puedan oponerse a su uso de la vivienda con el argumento de que no reúnen la mayoría requerida por el art. 398 CC para un acto de administración como es el ejercicio de una acción de desahucio. Sostiene que, si bien con carácter general podría predicarse la legitimación de los actores como copropietarios (art. 394 CC), la oposición a la acción de desahucio por parte de una copropietaria que ostenta el 50% revela que hay criterios dispares sobre la materia discutida, y hasta que estas diferencias no desaparezcan, no puede conocerse con certeza cuál es el criterio más beneficioso para la comunidad.

Ciertamente, las sentencias citadas por la recurrente han negado la legitimación a copartícipes que no representaban mayoría de intereses y que decían actuar en beneficio de la comunidad en supuestos en los que constaba la oposición de otros partícipes a la acción ejercitada. Acreditada la oposición, dice esta jurisprudencia, cede la presuposición que funda la admisión de su legitimación, que no es otra que la presunción de que, a pesar de no acreditar la mayoría, cuentan con la aceptación y conformidad de los demás porque están actuando en beneficio de la comunidad.

Ahora bien, la recurrente prescinde de que esa jurisprudencia que cita se ocupa de casos en los que la acción ejercitada por un comunero sin respaldo de la mayoría y con oposición acreditada de algún partícipe se dirigía a resolver (o contradecía) un contrato previamente concertado contando con la mayoría o la unanimidad requerida según los casos, en función de la naturaleza de acto de administración o de disposición de que se trate. Así, un contrato de arrendamiento (sentencias de 20 de diciembre de 1989 y 460/2012, de 13 de julio), cuya extinción priva a los copropietarios de la renta del alquiler; un contrato de compraventa (sentencias de 8 de abril de 1965 y 26/2000, de 20 de enero), cuya resolución o incumplimiento lleva aparejadas consecuencias restitutorias o indemnizatorias. En ese contexto, cobra sentido la jurisprudencia conforme a la cual, ante la oposición de un condómino, cede la presunción del beneficio a la comunidad de la conducta unilateral dirigida a extinguir o resolver un contrato previamente celebrado en interés de la comunidad, reforzada además por la exigencia de que sean parte en el proceso quienes se pueden ver afectados por el pronunciamiento judicial en atención a las circunstancias concurrentes (sentencia 105/2022, de 8 de febrero).

Pero nada de eso sucede en el caso que juzgamos, pues la acción ejercitada no trata de poner fin a la situación de uso por un tercero establecida previamente por un acuerdo de la mayoría. Por el contrario, el uso de la parte demandada se basa en la sola voluntad de una copropietaria que carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso sobre la vivienda, pues es titular de una mitad indivisa y, por tanto, no ostenta la mayoría (con independencia de que, aunque la tuviera, en caso de grave perjuicio a los interesados en la cosa común siempre cabría acudir al juez, conforme al art. 398.III CC).

Es decir, se da la paradoja de que la demandada, que basa su posesión de la vivienda en la concesión de quien carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso, niega la legitimación de los demandantes para exigir que cese en su uso precisamente con el argumento de que son ellos quienes no ostentan la mayoría. Ello a pesar de que, como razona la Audiencia, en criterio plenamente compartible, la acción ejercitada por los demandantes redunda de forma objetiva en beneficio de la comunidad, pues la ocupación de la vivienda podría apreciarse como una carga tanto por los copropietarios como por terceros y ello redundaría en el beneficio económico que se podría obtener en la venta. Este control judicial de que, por su finalidad, el ejercicio de la acción no se desvía del beneficio común, permite concluir afirmando la falta de justificación de la pretensión de la demandada, que pretende mantener, en claro perjuicio de los demás copropietarios, el uso de la vivienda que le fue cedida en precario por una copropietaria. En definitiva, ante la inexistencia de mayoría y el bloqueo de las posiciones, lo que han hecho los demandantes es acudir al juez, como autoriza la primera parte del art. 398.III CC.

Por último, tampoco pueden aceptarse las alegaciones realizadas por la recurrente acerca de que lo que se está planteando es la nulidad del contrato otorgado por una copropietaria que no ha sido parte en el proceso y a la que se le generaría indefensión. Con independencia de que no se ha planteado un recurso por infracción procesal, lo cierto es que ni los demandantes han solicitado la nulidad del contrato por el que la copropietaria confería el uso de la vivienda a su nieta ni la sentencia

recurrida declara tal nulidad. Lo que se ha planteado, se ha debatido y ha sido objeto de decisión, para admitirlo, es si los demandantes están legitimados para el ejercicio de la acción de desahucio frente a la demandada, cuya posesión trae causa de la cesión gratuita del uso por parte de una copropietaria, sin beneficio alguno para los demás interesados en la cosa común.

TS

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2023
Roj: STS 1434/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1434
Nº de Recurso: 3799/2020
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

La acción de partición de herencia y la acción de liquidación de la sociedad de gananciales pueden acumularse en un solo proceso.

Esta Sala reconoce que la cuestión suscitada por el recurso es controvertida en sede de nuestros tribunales provinciales, si bien cabe concluir que el criterio mayoritario, en la denominada jurisprudencia menor, es el que admite la acumulación impugnada, criterio que es compartido por este tribunal.

En efecto, la parte recurrente entiende que es primero necesario proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial del causante para proceder ulteriormente a la partición de su herencia, argumento con el que estamos de acuerdo, cuestión distinta es la posibilidad de acumulación de ambas pretensiones. Para resolver afirmativamente tal cuestión partimos de las consideraciones siguientes:

(i) La muerte de los cónyuges disuelve ipso iure la sociedad de gananciales y se constituye una comunidad postganancial.

Como hemos señalado, hasta la saciedad, en el supuesto de matrimonios sometidos al régimen de la sociedad legal de gananciales, la muerte de cualquiera de los cónyuges produce ipso iure (por ministerio de la ley) la disolución de dicho régimen económico matrimonial (arts. 85 y 1392.1 del CC), surgiendo en tales casos una comunidad postganancial entre el cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto (sentencias 21/2018, de 17 de enero; 672/2018, de 29 de noviembre; 474/2019, de 17 de septiembre; 196/2020, de 26 de mayo y 691/2020, de 21 de diciembre entre otras), en la cual cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes que integran dicho patrimonio común.

A la precitada comunidad se refiere la sentencia 603/2017, de 10 de noviembre, en la que se señala: "La llamada "comunidad postganancial", existente desde que se disuelve la sociedad de gananciales hasta que se produce la liquidación, carece de regulación en el Código Civil, pero esta sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el régimen aplicable a este patrimonio del que son titulares, según los casos, los cónyuges o excónyuges o el viudo y los herederos del premuerto. Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales (sentencias 754/1987, de 21 de noviembre; 547/1990, de 8 de octubre; 127/1992, de 17 de febrero, sentencia 1213/1992, de 23 de diciembre, 875/1993, de 28 de septiembre, 1258/1993, de 23 de diciembre, 965/1997, de 7 de noviembre, 50/2005, de 14 de febrero, 436/2005, de 10 de junio)".

(ii) Constituye presupuesto de la partición de los bienes del causante la previa liquidación de su sociedad ganancial.

En efecto, la partición hereditaria requiere, como presupuesto o elemento esencial, la determinación de los bienes y derechos que integran el patrimonio hereditario del causante, susceptibles de ser transmitidos y repartidos entre sus herederos; pero, para ello, es necesario previamente proceder a la liquidación de su régimen económico matrimonial, y, en este sentido, se ha expresado, sin fisuras, la jurisprudencia, véase, por ejemplo, la STS 968/2002, de 17 de octubre, bajo sanción de nulidad.

Más recientemente, la sentencia 196/2020, de 26 de mayo, lo explica en los términos siguientes: "Disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada, no corresponde a los cónyuges, o sus herederos, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes gananciales, sino que la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo. Únicamente cuando concluyan las operaciones encaminadas a su liquidación, aquella cuota sobre aquella masa patrimonial será sustituida por las titularidades singulares y concretas que a cada uno de los ex cónyuges o sus herederos se adjudique en la liquidación. Por tanto, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es nece-

saria la previa liquidación de la sociedad de gananciales (incluidas las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos), pues solo después de tal liquidación es posible determinar el caudal partible".

(iii) La ausencia de dicha liquidación es susceptible de provocar la nulidad de la partición.

De esta forma se manifiesta, como expresión de la jurisprudencia al respecto, la STS 248/2018, de 25 de abril, en la que señalamos: "La consideración de la liquidación de la sociedad como un presupuesto de la partición de la herencia ha llevado a esta sala a declarar la nulidad de la partición en algunos casos en que la falta de previa liquidación de la sociedad de gananciales daba lugar a alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que debían adjudicarse a cada uno de los herederos. Así, en la sentencia 508/1999, de 8 de junio (en un caso en el que la madre instituyó herederos a los cuatro hijos, pero el marido, que falleció con posterioridad, otorgó testamento en el que adjudicó a dos hijos unas fincas privativas suyas, a las dos hijas un bien ganancial y a los cuatro hijos otro bien ganancial, lo que fue reproducido por el contador nombrado por el esposo); en la sentencia 968/2002, de 17 de octubre (en un caso en el que se liquidó la sociedad del segundo matrimonio sin haber liquidado la sociedad del matrimonio anterior del causante, de modo que en la liquidación se incluyeron bienes que no le pertenecían a él sino a su primera esposa); en la sentencia 845/2005, de 2 de noviembre (en un caso en que se incluyen en la partición de los dos cónyuges bienes de la sociedad de gananciales de los padres de la esposa y que corresponderían a esta por herencia, sin contar con los demás herederos de tal herencia); y en la sentencia 954/2005, de 14 de diciembre (cuando la esposa, fallecida en primer lugar, había nombrado al esposo heredero en el tercio de libre disposición y el esposo, que falleció después, había mejorado a un hijo). Pero también se ha mantenido la partición cuando, en atención a las circunstancias, los intereses en presencia no se veían vulnerados pese a no mediar previa liquidación de la sociedad de gananciales. Así, por ejemplo, cuando el viudo ha intervenido en la partición hereditaria sin hacer valer su derecho (sentencia 570/2003, de 11 de junio, en un caso en el que la madre consintió la partición realizada entre las dos hijas, lo que se entendió como renuncia a ejercitar sus derechos sobre la masa ganancial y los que tenía por herencia de un hijo premuerto lo que, en definitiva, supone que la partición se hizo por todos los partícipes); o cuando puede identificarse el objeto del caudal relicto (sentencia 524/2012, de 18 de julio, en un caso en el que existía una única finca registral y se atribuyó a los dos hijos la mitad indivisa de los derechos gananciales que sobre la misma correspondan a la causante)".

(iv) Los contadores pueden llevar a efecto con el cónyuge supérstite la liquidación de la sociedad legal de gananciales del causante.

Aunque lo natural es que dicha liquidación se llevará a efecto entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido que, entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores, se encuentre la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (SSTS de 18 de abril de 1928, 17 de abril de 1947, 194/1995, de 8 de marzo, 968/2002, de 17 de octubre), lo que conformaba una práctica habitual del foro en los denominados juicios de testamentaría, precedente del actual procedimiento de división judicial de la herencia de los arts. 782 y siguientes de la LEC.

Se expresa sobre tal cuestión, también, la STS 248/2018, de 25 de abril, que recoge la tradicional línea jurisprudencial al respecto: "Se ha admitido sin embargo que será válida la liquidación de la sociedad por el contador designado por el premuerto con el viudo o con los herederos de este si también ha fallecido (sentencias de 10 de enero de 1934, 2 de abril de 1996, Rc. 2891/1992, 508/1999, de 8 de junio, y 164/2000, de 25 de febrero). Incluso, la sentencia 301/2001, de 29 de marzo, en la línea propugnada doctrinalmente, admite que el mismo contador-partidor nombrado por ambos cónyuges puede por sí solo realizar la liquidación de la sociedad de gananciales".

(v) La vis atractiva del proceso de división judicial de la herencia al ser juicio universal conforme resulta del art. 98 LEC.

Así el numeral 2.º de dicho precepto norma que se acordará la acumulación de procesos, "cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal".

(vi). El carácter flexible de la acumulación de acciones en la jurisprudencia de este Tribunal.

En la sentencia 788/2007, de 10 de julio, cuya doctrina es ratificada por la sentencia 564/2015, de 21 de octubre, nos referimos a los criterios que inspiran la acumulación de acciones, en este caso la de liquidación de la comunidad postganancial con la de división de la herencia. En dicha resolución fijamos las pautas siguientes:

"1ª.- Flexibilidad, en el sentido de ser admisible la acumulación aunque el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción del art. 156 si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los arts. 154 y 157 (SSTS 5-3-56, 12-6-85, 24-7-96, 7-2-97 y 3-10-00).

"2ª.- Distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir, concepto más amplio, como hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición o, si se quiere, como relato histórico en que se funda la demanda (SSTS 24-7-96 y 3-10-00).

"3ª.- Relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión causal entre las acciones ejercitadas como criterio para medir la identidad de su causa de pedir, la

pertinencia de su acumulación y la justificación de tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia (SSTS 5-3-56, 7-2-97, 3-10-00 y 10-7-01).

"4ª.- Evitación de dilaciones indebidas siempre que no se mermen ni restrinjan los medios de defensa e impugnación de las partes (SSTS 14-10-93, 18-7-95, 19-10-96 y 10-7-01)".

Pues bien, en este caso, dichas acciones son compatibles, en tanto en cuanto no se excluyen mutuamente, ni son contrarias entre sí (art. 71.3 LEC).

Concurre una indiscutible conexión jurídica y causal, pues, como hemos indicado, la liquidación de la comunidad postganancial es presupuesto para llevar a efecto la partición de la herencia, pues ésta exige previamente conocer cuáles son los bienes del causante para, una vez determinados, distribuirlos entre las personas llamadas a su herencia.

Esta vinculación no solo existe desde el punto de vista material sustantivo, dado que el art. 1410 del CC, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, remite, en lo no previsto, a la reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y en lo no regulado a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, sino que, también, el art. 810 de la LEC, relativo al procedimiento de liquidación de la sociedad ganancial, cuando las partes no se pongan de acuerdo al respecto, dispone que se nombrará contador y, en su caso peritos, conforme a lo dispuesto en el art. 784 de la LEC, continuando el procedimiento por los trámites del art. 785 y siguientes de dicha disposición general; es decir, por el cauce de la división judicial de herencia.

Por último, concurren evidentes razones de economía procesal que aconsejan el ejercicio conjunto de ambas acciones; puesto que, de tener que acudirse previamente al procedimiento divisorio de la sociedad conyugal de los arts. 806 y siguientes de la LEC, con la posibilidad de agotar todas las instancias, sin que se produzcan los efectos de cosa juzgada, y con la posibilidad de acudir al juicio ordinario que corresponda a tenor del art. 787.5 LEC, incluso con interposición de recurso de casación, la acción de división hereditaria se podría dilatar de una forma inasumible, máxime si se usa con fines dilatorios, con vulneración del art. 24.2 CE, que proclama el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La imposibilidad de la acumulación incrementaría, por otra parte, los gastos del proceso, con una duplicación de nombramiento de contador, cuando uno solo podría llevar a efecto la liquidación de ambos patrimonios tanto del conyugal como del hereditario.

Es más, el art. 783 LEC norma que debe ser llamado al procedimiento de división de la herencia el cónyuge sobreviviente.

Los coherederos, el legatario de parte alícuota o el cónyuge viudo no sufren indefensión alguna, en tanto en cuanto en el procedimiento pueden ejercitar sin cortapisa su derecho de defensa, siendo indiscutible su interés jurídico de intervenir en el ejercicio de ambas pretensiones divisorias.

Dentro del marco de dicha flexibilidad, la jurisprudencia ha reconocido, por ejemplo, que es perfectamente válida, y no contraviene norma alguna, que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos (SSTS 11/2012, de 19 de enero y 640/2012, de 18 de octubre).

Desestimación de los concretos motivos de infracción procesal

En el primero de los motivos, se alega la vulneración del principio de justicia rogada del art. 216 LEC, al ampliarse el procedimiento a una acción, la de liquidación del régimen económico matrimonial, no ejercitada.

Hemos señalado en la sentencia 25/2020, de 20 de enero, cuya doctrina reproducen las más recientes sentencias 28/2021, de 25 de enero; 575/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre o 341/2022, de 3 de mayo, que:

"El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:

"Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

"La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (art. 218.1 LEC)".

Pues bien, en este caso, tal principio es respetado, dado que el tribunal no se pronuncia sobre algo no pedido, no introduce hechos distintos a los alegados por las partes, ni acuerda pruebas de oficio, sino que se limita a tramitar una acción deducida como es la petición de división de la herencia del causante, en cuya solicitud inicial ya se indica que los únicos bienes del haber hereditario son de naturaleza ganancial, con ausencia de privativos. El procedimiento se inicia a instancia de la heredera testamentaria y el cónyuge supérstite. El juzgado, al resolver la petición de nulidad de actuaciones, sostiene y advierte al recurrente que, al ser presupuesto de la división la liquidación de la sociedad de gananciales, ambas pretensiones se tramitarán acumuladamente, por lo que, desde el primer momento, advertido de ello, pudo ejercitar su derecho de defensa.

No se introduce una pretensión ajena a la que cons-

tituye el objeto del proceso, pues la partición de herencia exige la liquidación de su sociedad ganancial, en una indiscutible conexión jurídica.

Los motivos segundo y tercero se refieren a la falta de competencia del juzgado que conoce del procedimiento, por considerar objetivamente competente el juzgado de familia para la liquidación del haber ganancial, y no poder llevarse a efecto, en consecuencia, la acumulación de pretensiones (art. 73.1.1.º LEC).

Tampoco podemos aceptar dicho argumento, dado que las atribuciones de dicho juzgado no comprenden la división judicial de herencia, que es la acción ejercitada, otra cosa es que el juzgado de familia conozca del procedimiento de liquidación de la sociedad legal de gananciales cuando haya dictado la sentencia que determine su disolución como señala el art. 807 de la LEC. No obstante, dicho precepto no es aplicable al presente caso en función de que la disolución del régimen económico matrimonial del causante opera ope legis (por ministerio de la ley) a consecuencia de su fallecimiento (arts. 85 y 1392.1 CC) y no en virtud de una decisión judicial previa como manifestación de un criterio de competencia funcional (art. 61 LEC).

Por otra parte, el acuerdo del Pleno del CGPJ de fecha 19 de diciembre de 2002, dictado al amparo del art. 98 LOPJ, que atribuye al Juzgado de Familia de Badajoz el conocimiento de "los procedimientos relativos a la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial" ha sido interpretado por la Audiencia de dicha provincia, en el sentido de que se circunscribe a los casos de "crisis matrimonial como consecuencia de nulidad, separación o divorcio", en una interpretación razonable de dicho acuerdo, y coherente con las funciones que se atribuyen un órgano jurisdiccional de tal naturaleza.

En el último de los motivos de infracción procesal se denuncia la existencia de incongruencia y la vulneración del art 218 LEC, al acordar que el procedimiento siga adelante acumulando dos acciones, para luego no resolver nada respecto de una de ellas, que constituye requisito previo para el ejercicio de la otra.

Tampoco podemos aceptar este argumento impugnativo, la Audiencia no es incongruente cuando resuelve los concretos motivos de apelación formulados por el actor, circunscritos a la nulidad del procedimiento sin cuestionar el inventario practicado.

Otra cosa sería infringir lo normado en el art. 465.5 LEC cuando dispone que "el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461".

En cualquier caso, la liquidación de la sociedad de gananciales se llevará a efecto, por el contador partidor, en la fase procedimental de liquidación, no en la de inventario.

En aquel trámite se adjudicarán los bienes y derechos que correspondan al causante, en la disuelta, por ministerio de la ley, sociedad conyugal, para, posteriormente, distribuirlos entre sus herederos, al integrarse de esta forma en el patrimonio hereditario con la condición de propios del causante (arts. 1068 y 1410 CC).

TS

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2023

Roj: STS 1096/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1096
Nº de Recurso: 3749/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Aunque es incontrovertido que para la compra de una finca ganancial el esposo entregó como parte del precio una finca privativa, se considera que tiene carácter ganancial la totalidad de la finca adquirida dado que el esposo intervino en la compraventa de la finca en nombre propio y en representación de su esposa, por lo que nos encontramos ante un caso en el que compran los dos conjuntamente y atribuyen al bien adquirido carácter ganancial en su totalidad. No obstante, debe incluirse en el pasivo un derecho de reembolso a favor del esposo por el valor actualizado de la finca privativa entregada como contraprestación parcial en la adquisición de un bien ganancial.

En el caso que juzgamos el esposo celebró el 17 de septiembre de 1996 en documento privado un contrato denominado de "compraventa" en el que, según dice la sentencia del juzgado y no desmiente la sentencia recurrida, el esposo "actuaba por sí y en nombre de su cónyuge". En ese documento se acordó que la mitad del precio de la compra se pagaría mediante la entrega por el comprador, el esposo ahora recurrente, de una finca

que, no se discute por las partes, y ha sido reconocido por las sentencias de instancia, era privativa suya. El 27 de enero de 1997 se formaliza la escritura de compraventa en la que, según dice la Audiencia, interviene el esposo "por sí y en nombre de su esposa". Las sentencias de instancia (ni la de primera instancia ni la de apelación, que es la recurrida y confirma en este punto la de primera instancia) no se refieren a la existencia de discrepancias entre el documento privado y la escritura pública de compraventa, y las partes no han aludido a esta cuestión.

Tratándose de una adquisición en la que parte de la contraprestación se satisface en dinero y parte en bienes (art. 1446 CC), y en la medida en que puede afectar a la calificación del bien que se adquiere y al eventual derecho de reembolso, es relevante que la actuación del esposo al adquirir la finca litigiosa fuera en nombre propio y en representación de su esposa. La esposa no ha negado tal representación ni ha cuestionado la valoración que se hizo del bien privativo en relación con el efectivo.

No ha sido discutido por las partes y las sentencias de instancia admiten que el inmueble que se entregaba como parte del precio de la compraventa que se declaraba celebrar era privativo del marido por pertenecerle antes de la vigencia del régimen de gananciales. Partiendo de ese dato, el recurrente tendría razón cuando defiende que no existe un negocio de aportación de su finca privativa a la sociedad de gananciales, y mucho menos una aportación gratuita (puesto que, como dijimos en la sentencia 10/2022, de 10 de enero, en un caso en el que sí existía un pacto de atribución expreso en escritura pública, para que nazca el derecho de reintegro o reembolso a favor del aportante no es preciso establecer expresamente el carácter oneroso de la aportación, ya que no hay razón para presumir una donación si no se dispone que lo sea).

El argumento de la sentencia recurrida en el sentido de que toda la contraprestación de la compra se hizo con bienes gananciales por haber pasado a ser ganancial la finca privativa del marido no puede ser compartido. Del mero dato de que en la descripción de la finca contenida en un documento privado de compraventa se indique erróneamente que el marido es propietario "con carácter ganancial" de la vivienda que va a entregar como contraprestación, si no va unido a otros datos, no resulta la voluntad conjunta ni el acuerdo de que pase a ser ganancial lo que es privativo. En el caso no consta la transferencia del bien del patrimonio privativo del esposo al patrimonio ganancial, no existe un negocio de aportación por el que los cónyuges acuerden atribuir carácter ganancial al piso privativo del marido al efecto de extender la sociedad de gananciales.

Lo anterior, sin embargo, no permite estimar el primer motivo del recurso de casación porque, partiendo de los hechos que se consideran acreditados por la sentencia recurrida y que no han sido debidamente impugnados por el recurrente, debemos concluir que la finca adquirida es ganancial.

Como dijimos en la sentencia pleno 295/2019, de 27 de mayo, "el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge, sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes". En esa sentencia también dijimos que, "aunque el art. 1355 CC no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 CC)".

En el caso que juzgamos, la Audiencia parte de que "en la escritura pública de compraventa de fecha 27-1-1997, en la que interviene el apelante por sí y en nombre de su esposa,...", y también que en la escritura se declara que la finca se adquiere para la sociedad de gananciales. El recurrente reitera en varios párrafos de su recurso que "en contraposición a lo que manifiesta la sentencia de apelación", en el otorgamiento de la escritura únicamente compareció él, de modo que no se daría el común acuerdo que exige el art. 1355 CC para atribuir carácter ganancial a la totalidad del bien adquirido por uno solo de los esposos con dinero en parte privativo. Sin embargo, el recurrente no ha interpuesto el oportuno recurso por infracción procesal para impugnar el supuesto error que según sugiere habría cometido la sentencia recurrida. Al resolver el recurso de casación debemos partir de los hechos declarados probados, y si el esposo intervino en la compraventa de la finca en nombre propio y en representación de su esposa, nos encontramos ante un caso en el que compran los dos conjuntamente y atribuyen al bien adquirido carácter ganancial en su totalidad, por lo que la calificación de la sentencia recurrida de que el cien por cien de la finca adquirida es ganancial debe ser mantenida. Por ello, el primer motivo del recurso no puede ser estimado.

Decisión de la sala. Estimación del segundo motivo del recurso de casación.

Distinta suerte debe correr el motivo segundo, pues como hemos adelantado ya, según la sentencia del pleno 295/2019, de 27 de mayo, esta sala considera que cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición (art. 1358 CC).

Adaptada esta doctrina a la entrega de un bien privativo como contraprestación del bien ganancial adquirido, debemos estimar el segundo motivo del recurso de casación, pues procede reconocer el derecho de reembolso reclamado aunque no se hiciera reserva en el momento de la adquisición de la finca ganancial.

Al casar la sentencia y asumir la instancia estimamos el motivo del recurso de apelación del marido referido al reconocimiento de la inclusión en el pasivo de la socie-

dad de un crédito a su favor, en los términos solicitados y no cuestionados por la parte recurrida, esto es, por el importe actualizado del valor asignado a la finca, y que fue entregada como contraprestación parcial en la adquisición de un bien ganancial.

TS

SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2023
Roj: STS 999/2023 - ECLI:ES:TS:2023:999
Nº de Recurso: 3967/2020
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Existe cosa juzgada y lo decidido en la Sentencia firme que determina el inventario de la sociedad de gananciales no puede discutirse en el procedimiento declarativo previsto en el art. 787.5 LEC que tiene su ámbito de aplicación exclusivamente para lo que se acuerde en relación con la liquidación del haber común.

(i) En la sentencia del pleno de esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo número 703/2015, de 21 de diciembre, hemos señalado que las pretensiones referentes a la formación de las partidas del inventario del haber ganancial deben tramitarse por el cauce del art. 809 LEC, que es el procedimiento especial legalmente previsto para la decisión de cuestiones de tal naturaleza (art. 248.3 LEC). En dicha resolución razonamos al respecto:

"1ª) El art. 248 LEC, primero de los que integran el libro II dedicado a los procesos declarativos, establece claramente la prioridad de los procesos especiales por razón de la materia sobre los procesos declarativos comunes (ordinario y verbal) por razón de la cuantía: así resulta de su apartado 1, cuando dispone que toda contienda judicial entre partes será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda siempre que "no tenga señalada por la Ley otra tramitación", y de su apartado 3, cuando dispone que las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía solo se aplicarán "en defecto de norma por razón de la materia".

"2ª) Dentro del libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales, el capítulo II del título II regula el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811), pero comprendiendo en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810), con una variante más para el régimen de participación (art. 811).

"3ª) De lo anterior se sigue que la formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, porque no es sino hasta concluido el inventario cuando cualquiera de los cónyuges "podrá" solicitar la liquidación (art. 810.1 LEC), lo que significa, a su vez, que la determinación del activo y el pasivo de la comunidad matrimonial no exige necesariamente una petición de liquidación como se alega en el motivo.

"[...] 7ª) La decisión del tribunal sentenciador se ajusta, pues, tanto al principio general incorporado al art. 254.1 LEC, que al ordenar la tramitación que corresponda a la materia elimina la disponibilidad de las partes sobre el proceso a seguir, como a la realización más específica de ese principio general en el art. 806 LEC cuando dispone que la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, "con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables"".

(ii) Esta decisión jurisdiccional tuvo su impacto con respecto al régimen de acceso al recurso de casación de las sentencias dictadas en estos procedimientos.

Buena muestra de ello la encontramos en el auto de 9 de marzo de 2016, dictado en recurso 10/2016, en el que, con cita de las consideraciones 2.ª y 3.ª de la precitada sentencia 703/2015, de 21 de diciembre, se señaló: "En primer lugar, en respuesta al motivo de inadmisión de los recursos por no ser la resolución dictada recurrible en casación, al no tratarse de una sentencia de segunda instancia de conformidad con la aplicación de la reiterada jurisprudencia de esta Sala por parte de la Audiencia Provincial, debe ponerse manifiesto que la misma queda superada a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación nº 2459/2013, en el que se plantea cual es el procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón del régimen económico matrimonial tras la disolución de éste, que recoge expresamente, en su fundamento de derecho cuarto [...] La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de for-

mación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810) desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario".

En definitiva, los procedimientos verbales de inclusión y exclusión de bienes del inventario constituyen el cauce legalmente establecido para determinar el activo y pasivo del haber ganancial (art. 248.3 LEC), y la sentencia que pone fin a dichos juicios especiales es susceptible de recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3.º y 3 LEC).

En este sentido, los autos de esta Sala 1.ª de 8 de marzo de 2017, recurso 607/2016; 5 de abril de 2017, recurso 1256/2015; 20 de junio de 2018, recurso 54/2018; 19 de febrero de 2020, recurso 4576/2017; 2 de diciembre de 2020, recurso 2125/2018; 9 de junio de 2021, recurso 5342/2018; 23 de junio de 2021, recurso 5995/2018, y 29 de septiembre de 2021, recurso 3479/2019, vienen proclamando que, atendida la clase de procesos determinados por razón de la materia, estas pretensiones acceden al recurso de casación por la vía del interés casacional al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2. LEC.

Manifestaciones de tal doctrina las encontramos, por ejemplo, en las sentencias 322/2022 y 326/2022, de 25 de abril; 886/2022, de 13 de diciembre o 1036/2022, de 23 de diciembre que, entre otras muchas, conocieron de recursos de casación contra sentencias dictadas en los precitados procedimientos.

(iii) En la sustanciación de estos juicios especiales, las partes pueden ejercer con plenitud su derecho de defensa, sin limitación de alegaciones fácticas y jurídicas, ni tampoco de los medios de prueba para justificarlas, la cognición judicial no se encuentra condicionada.

En virtud de ello, estos procedimientos no ostentan carácter sumario, sino que nos encontramos ante auténticos juicios plenarios especiales a tramitar por el cauce del procedimiento verbal.

No es, por lo tanto, de aplicación el art. 447 de la LEC, que priva de eficacia de cosa juzgada a determinadas sentencias dictadas en procedimientos que participan de las limitaciones propias de los juicios sumarios.

(iv) La impugnación de las partidas del inventario conforma un procedimiento distinto al de la liquidación de la sociedad de gananciales. Y es este último, y no aquél, el que remite al procedimiento de división judicial de herencia (art. 810.5 LEC).

Por otra parte, el art. 787.5 LEC, a lo que se refiere es a la posibilidad de impugnar en juicio declarativo los derechos que les corresponden a las partes con respecto a los bienes adjudicados; lo que constituye una operación particional distinta de la formación del inventario, que consiste en fijar la relación de bienes que constituyen el activo o pasivo ganancial.

En efecto, el juego normativo del art. 787.5 LEC opera para la liquidación del haber común, que exige la previa determinación del activo y pasivo del patrimonio conyugal, de manera que el procedimiento liquidatario no se abre hasta que concluya la formación de inventario.

A partir de ese momento, y bajo el presupuesto, igualmente necesario, de la firmeza de la sentencia que decrete la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de la sociedad conyugal conforme al art. 810.1 LEC.

Para tales supuestos, el apartado 5.º de este precepto, remite a los arts. 785 y siguientes de la LEC, en el caso de falta de acuerdo entre las partes sobre la liquidación del haber común, remisión expresa que no existe para el caso del procedimiento del art. 809 LEC, relativo a la formación del inventario.

No cabe aplicar el art. 447.4 LEC, cuando establece que: "tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos", puesto que no existe norma alguna que prive de una eficacia de tal clase a las sentencias firmes dictadas en los procedimientos de formación de inventario.

(v) Por otra parte, la sentencia 185/2007, de 21 de febrero, invocada por la Audiencia Provincial, y por la propia parte recurrente, se manifiesta contraria a la tesis sustentada en el recurso, al atribuir efectos de cosa juzgada a las sentencias dictadas en los procedimientos de inclusión y exclusión de bienes.

Y así sobre tal cuestión, bajo otro régimen procesal distinto, proclamaba que: "Resulta indiscutible, por lo demás, la aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos a los casos en que, como ocurre en el presente, se trata de la división y adjudicación de los bienes y derechos en su día integrantes del acervo ganancial, pues es consecuencia inherente a la remisión que el artículo 1410 del Código Civil hace a las normas del juicio de testamentaria. Y, desde luego, no contradice la doctrina de esta Sala conforme a la cual las sentencias que deciden los juicios que, presentando carácter incidental respecto del procedimiento universal, versan sobre la impugnación del inventario de los bienes y derechos, o sobre la inclusión o exclusión de él, o de las subsiguientes operaciones divisorias, de alguno de ellos, tienen autoridad de cosa juzgada -véanse, en este sentido, las Sentencias de 24 de febrero de 1993, 5 de julio de 1994, 21 de octubre y 15 de diciembre de 2005, entre otras-, pues el reconocimiento de dicho efecto es consustancial, primero, al hecho de mediar un proceso en el que las pretensiones que integran su objeto han sido examinadas con plenitud y resueltas en el marco de un procedimiento contradictorio, desarrollado también con plenitud de alegación y prueba, cosa que no cabe decir de los casos en que, sin mediar oposición, se aprueban judicialmente las operaciones divisorias; y después, a la presencia de las tres identidades, subjetiva, objetiva

y causal, en torno a las cuales se construye el instituto jurídico de la cosa juzgada".

En este mismo sentido, ya se había pronunciado con antelación, entre otras, la sentencia 958/2005, de 15 de diciembre, cuando señaló: "Resulta evidente que el incidente de exclusión, usual en la práctica procesal bajo la vigencia de la LEC 1881, constituye un proceso declarativo tramitado como incidente de previo pronunciamiento, el cual, según la más reciente jurisprudencia, (sentencia de 21 de octubre de 2005, recurso nº 85/1999), se resuelve con efectos de cosa juzgada sobre las pretensiones que constituyen su objeto propio. El argumento de la parte recurrente, en el sentido de que debe distinguirse entre la pretensión encaminada a lograr la exclusión de la totalidad de la indemnización y aquella que pretende una inclusión de parte de la misma resulta sumamente artificioso y no puede ser aceptado, puesto que el objeto preciso del incidente de exclusión es la decisión sobre la procedencia de incluir o no en la partición, en todo o en parte, determinado bien, cualesquiera que sean los argumentos jurídicos que, en aplicación del principio iura novit curia, el tribunal pueda tener en cuenta para realizar la calificación del bien adecuada para decidir la cuestión, de tal suerte que la causa petendi no sufre alteración por el hecho de que se pretenda una u otra calificación, ni siquiera apoyándose en la evolución de la doctrina sentada por los tribunales".

(vi) En definitiva, la impugnación del inventario se siguió, en su día, por el procedimiento especial previsto por la LEC, en el que las partes pudieron discutir, sin limitación alguna del derecho de defensa, sobre el activo y pasivo de haber ganancial, impugnando las concretas partidas del inventario sobre las que discrepaban.

En dicho procedimiento, se dictó una sentencia firme, que veda la posibilidad de discutir de nuevo lo ya decidido con eficacia de cosa juzgada negativa.

(vii) Es reiterada la jurisprudencia que señala que la cosa juzgada material es el efecto externo que desencadena una resolución judicial firme, que ha alcanzado el estado de cosa juzgada formal (art. 207.3 LEC), sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa o positiva reguladas en el art. 222 LEC.

La primera impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado; conforme a la segunda, lo resuelto en un primer proceso debe tenerse en cuenta en el segundo, cuando sea un antecedente lógico de lo que constituya su objeto (sentencias 169/2014, de 8 de abril; 5/2020, de 8 de enero; 223/2021, de 22 de abril; 310/2021, de 13 de mayo; 411/2021, de 21 de junio; 21/2022, de 17 de enero y 757/2022, de 7 de noviembre).

La cosa juzgada material cumple una triple finalidad: a) que no se vuelva a discutir lo que ya ha sido decidido, a los efectos de impedir que las cuestiones controvertidas permanezcan indefinidamente enquistadas y en situación de latencia; b) para impedir que un nuevo proceso se tramite o se desarrolle procedimentalmente para satisfacer una función ya cumplida y definida previamente por la jurisdicción; y c), por último, evitar sentencias contradictorias (sentencia del Tribunal Supremo (SSTS 411/2021, de 21 de junio y 21/2022, de 17 de enero).

La cosa juzgada material, en su efecto negativo o excluyente, exige la plena coincidencia entre los objetos de un primer proceso resuelto por sentencia firme, con respecto a un proceso ulterior en el que se invoca su eficacia excluyente; es decir, que se trate de los mismos sujetos, el mismo petitum (lo que se pide) y la misma causa petendi (fundamento fáctico y jurídico de lo solicitado), así se pronuncian, como no podía ser de otra forma, las sentencias 5/2020, de 8 de enero; 313/2020, de 17 de junio; 411/2021, de 21 de junio; 21/2022, de 1 7 de enero y 102/2022, de 7 de febrero).

De darse dichas identidades, la vigencia del principio non bis in ídem (no dos veces sobre lo mismo) determinaría la inutilidad e ineficacia del proceso ulterior con prevalencia de lo resuelto en el primer proceso, o lo que es lo mismo de lo ya decidido.

(viii) Pues bien, en este caso, se cumplen dichas identidades, los mismos litigantes, la misma cuestión debatida, y la misma causa de pedir, teniendo en cuenta además el efecto preclusivo del art. 400 LEC, que cerraría la posibilidad de volver a litigar mediante la alegación de hechos, fundamentos de derecho y títulos jurídicos, con los que se contaba al tiempo de interponer la pretensión entablada.

La circunstancia de que no se apreciara en la audiencia previa la cosa juzgada en modo alguno impide que se hubiera estimado en sentencia, máxime cuando incluso puede apreciarse de oficio.

Consecuencias de la estimación del motivo primero de infracción procesal

En virtud del conjunto argumental, antes expuesto, el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal concerniente a la inexistencia de cosa juzgada debe ser desestimado, con lo que carece de virtualidad entrar en el examen de los otros motivos esgrimidos en los recursos interpuestos, a través de los cuales se pretende revisar lo ya definitivamente resuelto, lo que no cabe por la eficacia negativa de la cosa juzgada como, con acierto, entendió el tribunal provincial, que incluso volvió a ratificarse en lo ya resuelto anteriormente, al examinar, pese a ello, los motivos del recurso de apelación.

No es posible prolongar en el tiempo cuestiones ya debatidas, sin limitación del ejercicio del derecho de defensa y con respeto al principio de contradicción, para obtener una nueva revisión de lo ya decidido por sentencia firme, mediante la postulación de un nuevo e inviable pronunciamiento judicial.

SENTENCIAS COMENTADAS

La madre decidirá los tratamientos médicos

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, AUTO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

Los inconvenientes y retrasos en los tratamientos de carácter médico del menor justifican que se atribuya a la madre la facultad de decidir el tratamiento terapéutico con psicólogo o médico especialista, si bien se acuerda que el profesional elegido informe al padre al inicio de la terapia y cada tres meses.

La representación procesal de la parte demandada, en el procedimiento de referencia, se alza contra el auto de fecha 15-3-2021, por el que, estimando la solicitud inicial, se acuerda atribuir a la madre la facultad de decidir sobre el tratamiento terapéutico con psicólogo o médico especialista de su hijo menor, solicitando su revocación en el sentido de que la autorización concedida lo sea sin menoscabo alguno de la patria potestad ejercida por el padre, siendo dicho profesional elegido de común acuerdo entre ambos progenitores e informándoles oportunamente en la misma medida a los dos sobre la marcha de la terapia según los criterios clínicos y protocolos establecidos para ello conforme a Derecho

La Juzgadora de Primera Instancia basa su decisión en las siguientes consideraciones (Fundamento Jurídico Único): "De la prueba practicada se deduce que el padre ha causados inconvenientes y retrasos en los tratamientos de carácter médico del menor. En primer lugar, negándose a que la psicóloga sea una conocida de la madre para realizar la terapia por videoconferencia, además, con anterioridad el menor estuvo asistiendo a proyecto hombre y el padre se personó allí para decir que no tenían su autorización para tratar a su hijo, por lo que se suspendieron la sesiones hasta que el lo autorizó pero el menor, que no guarda buena relación con el padre por las vivencias que ha tenido con el, y el menor, ya no quiso ir a terapia a proyecto hombre. El padre, en el día de la vista del 14 de enero se afirmaba diciendo que el quería participar en la elección del psicólogo y siendo que todo ello ya venía dificultando la terapia de su hijo, entendemos que se autoriza reciba tratamiento terapéutico de sus dolencias con el especialista que elijan entre la madre y sobre todo, a gusto del menor, no participando el otro progenitor debido a la reiteradas limitaciones que ha hecho sobre la cuestión. Sólo que se acuerda que se le informe sobre la marcha de la terapia por la propia psicóloga que lo hará al inicio de la terapia y cada tres meses, y que lo hará respetando la intimidad del menor y sólo informará de aspectos técnicos sobre el tratamiento del menor".

…Primer motivo: Error en la valoración de la prueba respecto a la afirmación contenida en el auto de que el padre ha causado inconvenientes y retrasos en los tratamientos, así como que el auto recurrido supone un menoscabo del ejercicio pleno de la patria potestad que corresponde al padre.

Respecto al error en la valoración de la prueba, ha de indicarse, conforme a lo señalado en el apartado 2.3., que el recurrente no señala donde está el error patente, evidente y contrario a la lógica cometido por la Jueza de Instancia en la valoración de la prueba, limitándose el apelante a expresar una discordancia con la conclusión fáctica alcanzada por la juzgadora en la sentencia, pero, insistimos, sin precisar esa equivocación "de calado" en la que debe fundamentarse el recurso de apelación cuando se alega error en la valoración de la prueba. Esa omisión ya sería suficiente para desestimar ab initio el recurso interpuesto.

No obstante, y examinada nuevamente la prueba practicada en la instancia, se constata que la jueza ha ponderado razonablemente los distintos medios probatorios admitidos, y la Sala comparte las conclusiones extraídas del acervo probatorio obrante en el procedimiento.

En efecto, en primer lugar, el juicio probático realizado por la Juzgadora a quo respecto a la conveniencia de atribuir en exclusiva a la madre la facultad

de decidir sobre el tratamiento psicológico y terapéutico del menor se apoya en el conjunto de las pruebas practicadas, entre las que es especialmente idónea la exploración del menor, dada la edad de este (16 años en el momento de practicarla). A este respecto es necesario recordar que, a fin de determinar el interés de un menor en concreto, el artículo 2 de la LO 1/1996 enumera como criterio interpretativo de dicho interés: "b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior" Es de destacar que dicho criterio aparece situado en el precitado artículo en lugar preferente, solo por detrás de los derechos fundamentales y básicos del menor a la vida, a la supervivencia, al desarrollo y a la satisfacción de sus necesidades básicas que se mencionan en el apartado anterior. Es decir, el legislador ha querido que los deseos, sentimientos y opiniones del menor sean uno de los elementos más relevantes en determinar su interés, y ello porque son el instrumento adecuado para que el menor pueda "... participarprogresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior". Es más, afinando aún más el proceso lógico/deductivo que debe llevar a determinar el interés del menor en cada caso concreto, el apartado 3 de dicho artículo señala que los criterios enumerados en el anterior "... se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor..... c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo". Elementos ambos que estarían haciendo referencia a la necesidad de que los gestores de conflictos familiares ponderen, a la hora de determinar cuál sea el interés de un menor en una situación concreta, el carácter dinámico de la personalidad de los menores y los cambios que el paso del tiempo producen en su percepción de la realidad, y, por qué no decirlo, de su percepción de los conflictos familiares en los que se encuentran envueltos y que tanto afectan a su desarrollo psicoemocional.

En segundo lugar, porque la conclusión extraída de que lo más conveniente para el menor es que el tratamiento sea decidido en exclusiva por la madre no es ilógica, incoherente o absurda a la vista de dicha prueba, pues se podrá o no estar de acuerdo con tal afirmación, pero la misma se encuentra bien razonada en el auto, más aún, cuando en el auto recurrido la decisión de atribuir a la madre la facultad de decidir se ha acompañado de dos requisitos muy acertados, cual son, que el profesional elegido sea del "gusto del menor", pues ello reforzará el carácter voluntario de la terapia y la adhesión del menor al tratamiento, reforzando las posibilidades de éxito, así como que se informe por el propio profesional al padre al inicio de la misma y cada tres meses.

Y frente a las anteriores consideraciones no pueden prosperar las alegaciones de la representación del padre respecto a que no está acreditado suficientemente que este haya dificultado anteriores terapias del menor, pues además de no compartirse tal afirmación, la misma devendría irrelevante, dado que si las partes han acudido a esta instancia judicial dirimente es porque no hay acuerdo entre los progenitores sobre la cuestión sometida a la Jueza de Instancia, y esta adopta la más beneficiosa para el menor, que no es otra que atribuir la facultad decisoria a uno de los progenitores, optando por la madre al considerar que esta es la mejor situada en la vida del menor para gestionar este grave problema, siendo un dato incontestable a su favor que el menor, y así se recoge en el auto, no guarda buena relación con el padre, dato objetivo que, con independencia de su génesis y sin entrar en la dinámica culpabilísticas que esgrime el padre, le invalida para corresponsabilizarse de esta decisión tan importante para el menor.

Finalmente, tampoco se comparte la afirmación contenida en el motivo analizado de que la decisión judicial menoscabe el ejercicio de la patria potestad atribuida conjuntamente a ambos progenitores y, por tanto, también al padre, pues, además de errar la parte recurrente en el enfoque de la argumentación al trasladar la ratio decidendi de la cuestión que nos ocupa desde el interés del menor al del ejercicio de la patria potestad, lo cual contradice la jurisprudencia antes citada, es equivocada en sí misma, dado que aquí no se plantea una limitación del ejercicio de la patria potestad, sino una discrepancia o desacuerdo en su ejercicio, algo muy habitual en parejas separadas y para cuya resolución, precisamente, el legislador estableció el cauce del artículo 156 del C. Civil. Sin que dicha previsión legislativa tenga nada que ver con la contenida en el artículo 170 1. del C. Civil, como se alega en el recurso, que hace referencia a los supuestos de privación total o parcial de la patria potestad cundo se incumplen los deberes inherentes a la misma, habida cuenta que el procedimiento articulado en el artículo 156 del C. Civil no tiene el carácter sancionador que pretende atribuirle el recurrente al anudarlo incorrectamente al referido artículo 170 1. del C. Civil.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

Segundo motivo: La decisión adoptada es contraria al interés el menor, pues lo procedente sería que la decisión se adoptase de común acuerdo a fin de que el menor estabilice su estado anímico.

Tampoco puede prosperar la alegación contenida en este motivo relativa a que la atribución en exclusiva a la madre de la facultad de decidir sobre el tratamien-

to acordado será perjudicial para la menor, pues ninguna prueba se ha aportado a los autos de tal afirmación, considerándose que son meras especulaciones del padre recurrente.

Que lo ideal hubiese sido una decisión consensuada, no cabe la menor duda, pero en el contexto de conflictividad parental que se observa en este grupo familiar, y, reiteramos, sin entrar en dinámicas culpabilísticas, ese tipo de decisiones colaborativas deviene imposible, como lo demuestra la propia existencia de este procedimiento, por lo que en estos casos resulta inevitable, y como mal menor, una decisión "impositiva" de carácter judicial ante el desacuerdo de las partes, pues mucho peor sería para el menor seguir sin tratamiento ante las discrepancias de los progenitores en su concreción, por lo que la argumentación del padre carece de consistencia, más aún cuando, como se ha recogido en el apartado 2.2, una verdadera "actitud" en pro del beneficio del menor debería reflejarse en una reflexión profunda, no maniqueísta, del comportamiento de los progenitores sobre la forma de gestionar su ruptura, avanzando en una dinámica colaborativa que preserve el verdadero interés del menor, muy afectado, probablemente, con la manera hiperjudicializada de desarrollar la misma.

Guarda y custodia

No se dan las condiciones para cambiar la custodia materna por la compartida

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 2023

Aunque han transcurrido ocho años desde que se acordó la custodia materna, no es procedente establecer la custodia compartida al no ser recomendada por el informe psicosocial. El informe del psicólogo revela que los menores se han visto afectados e involucrados por la agudización de la problemática existente entre el padre y la madre, provocada por la solicitud de la custodia compartida, viniendo a concluir que la continuidad en la figura de referencia, que es la madre, y su estabilidad, entre otras circunstancias, aconsejan que los menores sigan bajo su guarda. Se tiene en cuenta también que el padre durante dos años estuvo sin abonar las pensiones.

Ciertamente, el tiempo transcurrido desde la ruptura de la pareja y el dictado de la sentencia de divorcio en diciembre de 2014 ya es una alteración de circunstancias valorable para una posible modificación del régimen.

A fecha del dictado de esta resolución han transcurrido más de ocho años desde aquella sentencia.

La relevancia del paso del tiempo como factor de modificación la recoge, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 señalando que " La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores". También la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2015, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque " la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años".

En nuestro caso, cuando se produjo el divorcio de la pareja los hijos tenían cinco y tres años y en la actualidad tienen trece y once.

La natural dependencia de los niños con su madre a aquella edad tan corta ha dado paso a otra etapa en que tanto el padre como la madre pueden perfectamente atender sus necesidades ordinarias, al

mismo nivel.

También es cierto que, como destaca la apelante, según la certificación que se adjunta como documento nº 5 de la demanda, en la semana en que el actor tendría a sus hijos en su compañía, su jornada laboral coincidiría prácticamente con el horario escolar de éstos, pudiendo hacerse cargo de los mismos, sin perjuicio de que las circunstancias laborales no pueden justificar la exclusión del régimen que nos ocupa.

Además, dispone de una vivienda adecuada para atender el alojamiento y residencia de los niños.

Por otro lado, no se aprecia en el solicitante ningún impedimento para el desempeño de sus funciones como padre, según refleja el informe psicosocial y puede adaptar su horario de trabajo durante los periodos en que los niños estén con él.

Llegados a ese punto, debemos destacar que obviamente, no basta la alteración de circunstancias o el mero transcurso del tiempo para cambiar un régimen monoparental a otro de custodia compartida.

Deben concurrir además en este momento temporal los requisitos que con carácter general exige la doctrina jurisprudencial para que proceda su adopción. Los resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril de 2013, referente en la materia, que declara como doctrina jurisprudencial la siguiente:"... se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

En este sentido, en el informe del equipo psicosocial se recoge que no se observan cambios importantes para establecer una custodia compartida en beneficio de los menores, no se ha producido cambio alguno significativo de las circunstancias en que se determinó inicialmente la custodia para la madre como tampoco se aprecia un inadecuado ejercicio de la custodia en la progenitora. Por otro lado se destaca que la madre ha sido y sigue siendo la cuidadora principal de los hijos, su organización permanente y su decisión de que el contacto entre padre e hijo-hija ni se pierda ni se distancie, que la información escolar de los menores pone de manifiesto que las comunicaciones tanto presenciales como telefónicas han sido con la madre y que ambos hijos transmiten seriedad, y no muestran ni alegría ni entusiasmo ante la posibilidad del cambio que supondría la custodia compartida.

Revisada la prueba documental obrante en las actuaciones, el informe pericial elaborado por el psicólogo del Instituto de Medicina legal de Albacete y el resto de la prueba practicada en acto de juicio, la Sala no puede sino compartir el rechazo del régimen de custodia compartida acordado por la Sra. Juez de Primera Instancia.

La atribución de esta forma de custodia exige que ambos progenitores ofrezcan al hijo/s afectado/s por el régimen de custodia compartida estabilidad, seguridad, compromiso y plena disponibilidad. Es también necesario que con anterioridad a la crisis de pareja ambos progenitores hayan venido prestando de modo ordinario esas atenciones al menor, se hayan venido ocupando de modo efectivo de sus necesidades. Es necesario que se acredite plena aptitud para ello. Finalmente, es igualmente necesario que ambos progenitores hayan cumplido de modo ordinario sus deberes en relación con los hijos.

Pues bien, en este caso no concurren dichos requisitos.

En el informe del equipo psicosocial se recoge que el apelante "comenta que la progenitora ha sido la principal figura cuidadora de sus hijos, pero él ha estado al corriente de su desarrollo evolutivo (sanitario y escolar)". Respecto a este último extremo, destacaremos que esa implicación en el rendimiento escolar de sus hijos mantenida por el padre no es lo que se deriva de la información remitida al Instituto de Medicina legal por el colegio al que acude Sabina, según la cual, como se ha adelantado, todas las comunicaciones, tanto presenciales como telefónicas han sido con la madre.

De otro lado, como destaca la Juez a quo, el padre dejó de abonar la pensión alimenticia durante casi dos años, esto es, ha incumplido de modo reiterado los deberes que le competen respecto a sus hijos, en concreto su deber esencial de contribuir económicamente a los alimentos de los menores.

Seguidamente nos referiremos a la argumentación del apelante de que el informe pericial elaborado por el psicólogo adscrito al IML de Albacete, es contradictorio.

Como es sabido, la imparcialidad que se puede predicar de los informes de este tipo, no significa que los mismos obliguen a los Tribunales a aceptar ciegamente sus conclusiones, ni que decidan el régimen de guarda y custodia a establecer en los pro-

cedimientos de familia, pues se trata de informes periciales que, como indica el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, están sujetos en todo caso a la sana crítica. Pero resulta indiscutible que sí tienen una singular fortaleza probatoria.

En el caso que nos ocupa, el informe ha sido valorado adecuadamente por la Juez "a quo". El mismo recoge que tanto el padre como la madre "mantienen una trayectoria personal y/o dinámica familiar estructurada y organizada, donde no se encuentran dificultades ni problemas significativos. Son personas normalizadas tanto a nivel familiar y social, no existiendo impedimento importante para el desempeño de sus funciones como padre y madre."

También se desprende del informe que los menores mantienen buenas relaciones afectivas tanto con la madre como con el padre y que éste, igual que la Sra. Frida tiene, una perfecta aptitud para atender a los menores.

No obstante, estos aspectos positivos relativos al Sr. Porfirio no significan, como sostiene el apelante, que el régimen de custodia compartida sea aconsejable.

El informe del psicólogo revela que los menores se han visto afectados e involucrados por la agudización de la problemática existente entre el padre y la madre, provocada por la solicitud de custodia compartida, viniendo a concluir que la continuidad en la figura de referencia, que es la madre, y su estabilidad, entre otras circunstancias, aconsejan que los menores sigan bajo la guarda y custodia de Dª Frida.

En definitiva, la adopción del régimen de custodia compartida que propone el apelante no resulta el más adecuado para proteger el interés superior de los menores que debe informar toda resolución judicial que se dicte relativa a los mismos, y que impone toda la normativa sobre la materia, por lo que no procede acordar el mismo.

Procede, en definitiva, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Custodia compartida por semanas y no por días

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2023

Establecer un sistema de custodia compartida consistente en dos días seguidos con cada progenitor y fines de semana alternos no resulta conveniente para los hijos, que ya tienen 11 y 7 años y están acostumbrados desde hace más de un año a la guarda por semanas, sino sobre todo para la organización doméstica de ambas partes.

Cuando los Tribunales de familia debemos decidir sobre la futura organización doméstica de las partes porque no son capaces de llegar a acuerdos por ellos mismos, lo hacemos poniendo por delante el interés de los menores conforme establece el art. 211.6 CC-Cat, pero siempre tratando de que la organización que establezcamos sea la más adecuada para cada caso, tratando de huir de estándares al uso.

En el presente caso, no se cuestiona la guarda compartida sino la distribución de tiempo de permanencia con cada progenitor y como quiera que la solicitud inicial del demandante era de que los intercambios de los hijos se produjeran los lunes, para que pudieran coincidir con el hijo de su pareja que también tiene una guarda compartida por semanas, dada la cercanía de edad y la buena relación entre ellos y a ello no se muestra contraria la madre que también ha peticionado, de forma subsidiaria, los intercambios en lunes, procede así acordarlo.

En el presente caso se estima que establecer un sistema de dos días seguidos con cada progenitor y fines de semana alternos no resulta conveniente para los hijos, que ya tienen 11 y 7 años y están acostumbrados desde hace más de un año a la guarda por semanas, sino sobre todo para la organización doméstica de ambas partes.

Si a ello se añade que el informe del EATAF emi-

tido el pasado 21 de diciembre de 2022 recomienda no introducir cambios en el sistema de guarda, se ajustará dicho sistema de reparto semanal a las peticiones, acordándose que los intercambios se realicen los lunes y suprimir el día intersemanal que no había sido solicitado por las partes y resultará distorsionador en la organización de los hijos, así como el nuevo reparto vacacional que ninguna de las partes había pedido, debiendo mantenerse el existente con anterioridad.

Régimen de visitas

Régimen de visitas tutelado en el Punto de Encuentro

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 29 DE MARZO DE 2023

Las visitas con la madre deben ser tuteladas en el Punto de Encuentro dado que su actitud en el desarrollo de las visitas está causando un perjuicio en el sano desarrollo y crecimiento del niño. De los informes de incidencias emitidos por el PEF se concluye que la madre presenta una actitud en el Punto de Encuentro que supone un perjuicio para el desarrollo de la intervención y de las visitas tuteladas con supervisión que se están intentando llevar a cabo por parte del equipo técnico, mostrando un comportamiento de desafío y con incumplimiento de las normas, comportamiento cada vez más acentuado y agravado.

Contra la resolución dictada en la instancia por la que, en procedimiento sobre guarda y custodia de hijo menor de edad, se acuerda un régimen de visitas transitorio en el PEF bajo la modalidad de visitas tuteladas, para posteriormente llegar a la reanudación de las visitas externalizadas, según lo acordado en la sentencia recaída en el procedimiento, interpone recurso de apelación la representación procesal de Carmen quien, en lo esencial, alega falta de motivación de la resolución apelada, no habiéndose tenido en cuenta el minucioso informe efectuado respecto de la menor por la psicóloga Dª Eufrasia, así como error en la valoración de la prueba, por considerar haber quedado acreditado que las conductas agresivas del menor se objetivaban en otros ámbitos fuera del materno. Añade que debía estar al informe del pediatra, de la profesora del menor y a la valoración efectuada por la Sra. Eufrasia. Termina solicitando nueva resolución por la que se mantenga la medida cautelar acordada, suspendiendo las visitas paterno filiales y, subsidiariamente, para el caso de considerar la necesidad o conveniencia de las mismas, se acuerde que se lleven a cabo en el PEF bajo la modalidad de visitas tuteladas.

La representación procesal de Francisco y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación en los términos que resultan de sus respectivos escritos que constan unidos a los autos.

Ya en esta alzada, la representación procesal de la Sra. Carmen alegó la concurrencia de hechos nuevos, consistentes en que por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Lliria se había dictado Auto en fecha 4 de mayo de 2022 por el que se incoaban Diligencias Previas 147/22 a consecuencia de los hechos expuestos en la querella presentada por la Sra. Carmen contra Francisco, acompañándose al efecto tanto el escrito de querella como el citado Auto por el que se admitía a trámite, en la que se denunciaban posibles hechos constitutivos de delito de malos tratos en el ámbito familiar (malos tratos que se imputaban al progenitor no custodio respecto del menor).

Dado el tiempo transcurrido desde que fuera admitida a trámite la citada querella, y de forma previa a la deliberación del presente recurso de apelación, se interesó del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Lliria información sobre

el estado de dicho procedimiento penal, haciéndose saber por ese órgano judicial -como así consta en la correspondiente diligencia de constancia telefónica del Letrado de la Administración de Justicia de este Tribunal, dada la imposible remisión de la resolución por motivo de la huelga del LAJ- que en fecha 22 de julio de 2022 había recaído Auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones, resolución confirmada por Auto de esta Audiencia de 12 de enero de 2023. De este modo, los hechos nuevos alegados por la parte recurrente no pueden ser tenidos por tales y ninguna incidencia pueden tener en este recurso de apelación.

…Son datos relevantes para la decisión del presente recurso de apelación y que resultan del contenido de las presentes actuaciones los que siguen: los Sres. Carmen y Francisco mantuvieron una relación sentimental, habiendo tenido un hijo en común, Gregorio, nacido el NUM000 de 2017. Con fecha 4 de noviembre de 2020 se dictó sentencia en el procedimiento en la que se adoptaban las medidas relativas al menor y que, en relación con el régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, Sr. Francisco, establecía que se desarrollaría conforme a la propuesta del informe psicosocial, siguiendo el criterio de los técnicos del Punto de Encuentro Familiar respecto a la evolución de las visitas y comunicaciones, hasta alcanzar el régimen de visitas propuesto en dicho informe de fines de semanas alternos, una visita intersemanal y la mitad de los periodos vacacionales.

Habiéndose alcanzado el punto de externalización de la visitas, la representación de la Sra. Carmen solicitó la suspensión de la misma, considerando que se había adoptado dicho sistema sin suficiente información sobre el menor, pues desde que las mismas se habían iniciado el menor presentaba alteraciones graves de conducta que había determinado que la pediatra derivara al menor a la USMI. En ese momento el PEF, en informe de incidencias de 11 de octubre de 2021 había hecho constar que en todas las entregas y recogidas el niño marchaba y regresaba contento con su padre, si bien se observaba un cambio conductual y de expresión facial relevante cuando se producía el encuentro con la madre. A la vista de estas, y demás circunstancias concurrentes, se dicta auto en fecha 11 de noviembre de 2021 por el que se acuerda la suspensión de las visitas externalizadas en el PEF, entre el menor y su padre, hasta que se reciba el informe de la Unidad de Salud Mental Infantil. Dicha resolución fue recurrida en reposición por la representación del Sr. Francisco, si bien, tras la oportuna tramitación, el recurso fue desestimado por Auto de 23 de diciembre de 2021.

El 10 de diciembre de 2021 la Facultativo Especialista en Psicología Clinica de la USMI- DIRECCION000, emite informe clínico de Gregorio, en ese momento de cuatro años de edad, en el que se indica, en lo que aquí interesa, que el problema de conductas agresivas, que la madre refiere presenta con ella, no se dan en otros contextos como en la vivienda del padre, en la escuela, ni se ha objetivado en consulta, concluyendo dicho informe que el menor, Gregorio, no presentaba psicopatología susceptible de tratamiento psicoterapéutico en ese momento, por el que se le había dado el alta, añadiendo que era probable que el problema conductual estuviera relacionado con el problema judicial que los padres presentan.

Igualmente constan los informes de seguimiento emitidos por el PEF de los que resulta la grave resistencia y oposición que la Sra. Carmen ofrece en relación al cumplimiento del régimen de visita en dicho recurso público, alegando para ello las más variadas excusas y mostrando una evidente falta de colaboración -cuando no falta de decoro y respeto a los profesionales que realizan su trabajo- que, según se indica, impide que se pueda desarrollar el régimen de visitas y con la progresión establecido.

Constituye el segundo motivo del presente recurso de apelación el error por la Juzgadora de la instancia en la valoración de la prueba practicada, pero como viene a señalar la STC 55/2001, de 26 de febrero, el error del Juzgador en la valoración de la prueba requiere que este haya llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia, sin que tal circunstancia sea en absoluto apreciable en la resolución objeto del presente recurso, pues dicha resolución expresa la valoración que ofrecen los medios de prueba que fueron practicados en la instancia, alcanzando la conclusión que este Tribunal plenamente comparte.

Lo que pretende la parte recurrente es que la decisión sobre el régimen de visitas del menor con el progenitor no custodio- respecto del que con carácter principal pide su suspensión- se fundamente con carácter principal en el informe emitido por la psicóloga Sra. Eufrasia -realizado a su instancia-, olvidando con ello el resultado del informe clínico emitido por la USMI y los distintos informes de seguimiento del PEF, cuya plantilla está integrada por psicólogos, educadores sociales, trabajadores sociales y técnicos superiores de la familia de formación profesional de servicios socioculturares y a la comunidad; cierto es que el informe de la Sra. Eufrasia pone de manifiesto la existencia de comportamientos disruptivos del menor hacia su ma-

dre, pero la información que le haya podido ofrecer tanto el menor como la progenitora resulta huérfana del necesario contraste con la interacción que el menor pueda tener con su progenitor y la información de este, a quien directamente se imputan conductas y comportamientos con el menor que en la vía penal no han tenido recorrido alguno, tal y como resulta del Auto de sobreseimiento que se dictó en las diligencias penales a que antes se ha hecho referencia.

Por el contrario, lo que sí que es posible concluir de los informes de incidencias emitidos por el PEF es que la progenitora, aquí recurrente, presenta una actitud en tal recurso público que supone un perjuicio para el desarrollo de la intervención y de las visitas tuteladas con supervisión que se están intentando llevar a cabo por parte del equipo técnico, mostrando un comportamiento de desafío y con incumplimiento de las normas, comportamiento cada vez más acentuado y agravado. Igualmente, el PEF aprecia una falta de habilidades materno-filiales al no ser capaz la Sra. Carmen de poner límites, justificando la actitud exigente y agresiva del niños. Se viene a concluir en el último de los informes obrantes en autos, que la actitud de la Sra. Carmen en el desarrollo de las visitas está causando un perjuicio en el sano desarrollo y crecimiento del niño, motivo por el que el equipo técnico considera necesario y urgente que se pueda desarrollar el régimen de visitas establecido, inclusive la evolución del mismo para garantizar el bienestar del menor.

Con arreglo a cuanto se ha expuesto, ni procede suspender las visitas paterno-filiales ni, desde luego, dado la actitud y comportamiento de la Sra. Carmen, que las mismas tengan que desarrollarse dentro del PEF en régimen de tuteladas.

Las recogidas y entregas serán en el Punto de Encuentro

AP ALMERÍA, SEC. 1.ª, AUTO DE 14 DE FEBRERO DE 2023

Ante los reiterados obstáculos para el cumplimiento del régimen de visitas que en su día pactaron los progenitores, se acuerda que la recogida y entrega tenga lugar a través del Punto de Encuentro.

La resolución recurrida, ante el obstáculo reiterado de la progenitora al cumplimiento de la sentencia en orden a las relaciones con el progenitor y ante la presencia de una orden de alejamiento acordada como medida cautelar en un proceso penal ya concluido(consta aportado en la alzada sentencia absolutoria) acuerda, en interés de la menor que para evitar conflictos y negativas de la progenitora, la entrega y recogida de la menor se realice en el Punto de Encuentro Familiar(PEF), en lugar del domicilio de la madre, recordándole que el incumplimiento de la sentencia puede dar lugar a la modificación del régimen de custodia y a la imposición de multas coercitivas.

4- La progenitora solo recurre que el lugar de entrega y recogida de la menor sea el PEF por su mera comodidad y aludiendo a circunstancias laborales que ni siquiera acredita y que nada tienen que ver con el interés de la menor y el régimen de custodia. Es llamativo que a través de la prueba aportada en la alzada, lo único que consta es el incumplimiento mas que reiterado, no solo de la sentencia que se ejecuta, sino del propio auto recurrido con efectos ejecutivos y que la recurrente se niega a cumplir; inasistencia reiterada al PEF para la entrega y recogida de la menor.

Al margen de las propias advertencias de la resolución de instancia de que el incumplimiento del régimen de relaciones paterno- filiales puede dar lugar a la modificación del régimen de custodia y a la imposición de multas coercitivas(ya impuestas por el órgano de instancia según documental aportada en la alzada), la Sala no puede mas que reiterar las mismas y recordar a la recurrente de las posibles consecuencias penales ante el incumplimiento de la resolución judicial que se ejecuta en la presente.

En virtud de lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida.

No proceden las visitas intersemanales

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2023

Residiendo los progenitores a 46 kms. de distancia, y teniendo el progenitor no custodio un horario de jornada laboral partida, no procede imponer un día de visita intersemanal (los miércoles), ni obligar al padre a que recoja a las menores del colegio para almorzar con ellas y permanezca en el lugar de residencia de la madre para que las menores acudan a las actividades extraescolares. Lo resuelto en Medidas Provisionales no tiene carácter vinculante con respecto al procedimiento principal, máxime cuando se ha producido una modificación al tener la madre un nuevo destino laboral, que ya no trabaja en Córdoba ni tiene un día de clase por la tarde.

El recurso de apelación del sr. Herminio cuestiona lo acordado sobre el régimen de visitas y la pensión de alimentos a favor de las hijas comunes y se funda en error en al valoración de la prueba, infracción de la doctrina de los actos propios y el acuerdo alcanzado en trámite de medidas provisionales sin reserva y sin haberse modificado las circunstancias desde entonces, dos meses antes en relación a las medidas indicadas, al margen que la remisión a las tablas orientadoras que hace la sentencia daría otro resultado (menor pensión que la fijada en auto de medidas provisionales) y la forma de desarrollo de la visita intersemanal es inviable para el padre que reside en Córdoba y las menores con la madre en DIRECCION000, más si se dispone lo de llevar y traer a las niñas a actividades extraescolares.

La impugnación formulada por la representación de la sra. Ramona parece que se justifica en la necesidad de adaptar lo dispuesto en sentencia a las nuevas circunstancias concurrentes, para ello dice:

Primero y en cuanto al régimen de visitas, que el padre no ha ido a recoger a las menores esos miércoles que tiene concedidos (entendemos que tras la sentencia) y que cuenta con un nuevo destino, ya no trabaja en Córdoba, con un día de clase por la tarde, lo que, dice imposibilita la fórmula pretendida de contrario de volver a lo establecido en medidas provisionales, afirmando acompañar documentación sobre su nueva situación laboral, pretendiendo en consecuencia la supresión de las visitas intersemanales.

Segundo, sobre la pensión de alimentos, que se fijen en la cuantía pedida por esa representación, 350 euros mensuales por hija, en vez de los 280 euros que dispone la sentencia, lo que justifica por ser la madre la que se hace cargo de las menores los miércoles, con el empobrecimiento que le ocasiona enriquecimiento injusto del padre, a lo que añade los pagos previos por 1050 euros mensuales que estuvo haciendo el padre en su momento en virtud del principio de los actos propios.

El auto de medidas provisionales de 1.12.2021 en los extremos cuestionados recogía:

"2º.- La pensión de alimentos que ha de abonar el padre se fija en 750 euros mensuales, por los tres hijos comunes, con el IPC correspondiente cada primeros de año, y pagaderos dentro de los primeros 5 días de cada mes,

3º.- El régimen de visitas se desarrolle en la forma que se lleva a cabo de hecho, de forma que las visitas intersemanales de los miércoles la madre los lleva y recoge del domicilio del padre, y los fines de semana alternos se desarrollen desde las 17 horas de los viernes hasta las 20 horas del domingo.

Las vacaciones escolares se distribuyen el los dos periodos habituales en la forma establecida en la demanda, correspondiendo el primer periodo al padre en los años pares y a la madre en los impares, y el día de Reyes, 6 de enero, los hijos estarán con el progenitor al que no corresponda desde las 13 horas hasta las 17 horas ".

Se dice en el recurso que se llegó al acuerdo de forma personal por las partes con intervención del Ministerio Fiscal sin indicar que fuera con carácter provisional, a salvo diferencias sobre pensión compensatoria. Todo ello sin que se hayan modificado las circunstancias.

Se trata aquí de la vinculación de lo resuelto en base a acuerdo de las partes en ese trámite y si decidir otra cosa genera indefensión a la parte

recurrente que considera ambigua e ilógica la fundamentación de la decisión en sentencia que se remite a las tablas orientadoras, y con unos ingresos muy próximos (2400 euros de media mensual la apelada, 3049 euros el recurrente) y cuando la tabla de referencia da una cuantía de 570 euros mensuales para las tres hijas, sin perjuicio de que lo que pretende la parte es que se mantenga la cantidad fijada en medidas provisionales actualizable conforme al IPC.

Desde un primer momento se ha de dejar claro que lo resuelto en sede de medidas provisionales no vincula a la hora de dictar sentencias sobre las mismas cuestiones que allí se resolvieron, no ya sólo por el acopio de material probatorio más factible para sentencia, sino que, como su propia denominación, se trata de medidas provisionales, por lo que se diga o no no tienen vocación de permanencia más allá de cuando se dicte sentencia y, por supuesto, sin que se pueda predicar aquí la necesidad de que exista una modificación de circunstancias existentes en un momento o en otro, aquí algo más de dos meses y medio como se ha visto.

Tampoco puede hablarse de que existió acuerdo pues de haber sido se hubiese ido directamente de la convalidación de las partes al informe del Ministerio Fiscal, y, de no existir objeciones, a sentencia que decretara el divorcio conforme a las medidas que se solicitaban, ni nada que pusiera de manifiesto claramente que la controversia se centraba en el establecimiento de pensión compensatoria a favor de la sra. Ramona.

Por lo tanto, el primer argumento utilizado no puede aceptarse, debiéndose de dar la misma respuesta a la remisión que se hace a la doctrina de los actos propios, pues fue el Tribunal de instancia quien resolvió en sentencia, y en trámite de medidas provisionales lo que hizo fue sancionar el acuerdo que alcanzaron en ese momento las partes, con intervención del Ministerio Fiscal y que no puede ir más allá de ese concreto trámite.

Lo que nos queda son los otros argumentos que se utilizan para tratar de rebatir una y otra medida y que analizaremos separadamente.

RÉGIMEN DE VISITAS.- La resolución recurrida justifica el cambio respecto a lo acordado en medidas provisionales por imposibilidad sobrevenida de la madre por motivos laborales, pasando el padre a recoger a las niñas del colegio, llevarlas a clases extraescolares o catequesis y llevarlas al domicilio de la madre.

Se alega que no se tiene en cuenta el horario partido de lunes a jueves que tiene el padre (8 a 14 horas y de 16 a 19 horas), y que los progenitores residen, uno en Córdoba, y otra en DIRECCION000, suponiendo el nuevo régimen un cambio sustancial que no se acomoda a su horario de trabajo y que antes se solventaba con el auxilio de su actual pareja, dándose en él una imposibilidad de asumir ese nuevo régimen que no se corresponde ni con lo solicitado en la vista por la parte contraria y recogido en su nota de prueba.

El que el padre no acuda los miércoles a recoger a las menores parte de la efectividad del régimen fijado en sentencia, y acorde con lo que el mismo reconoce en su recurso. Ésto no puede ser determinante en la medida que se trata de medida fundamentalmente en interés de las menores en cuanto redunda en su beneficio tener el mayor contacto posible con sus progenitores.

Puede considerarse acreditado que la previsión sobre este extremo contenida en el auto de medidas provisionales nace del acuerdo y de la circunstancia concreta de que en ese momento la madre trabajaba en Córdoba, con horario de tarde, por lo que podía trasladar sin problemas a las menores a esta ciudad desde su residencia. Ese horario y ubicación de su trabajo no se da en la actualidad, y el que tiene le impediría hacer ese viaje para dejar a las menores con el padre, lo que no es objeto de discusión.

Es por eso por lo que la circunstancia sobrevenida que aprecia la sentencia sobre el horario laboral de la madre efectivamente es digna de tener en cuenta, pero también lo son las concretas circunstancias del padre, concretamente su horario laboral, de forma que la conformidad prestada en cuanto al día, miércoles, de régimen de visitas, frente a los dos días que suelen ser normales, por razón, entendemos, de la residencia en diferente ciudad de los progenitores, no justifica sin más la fijación estricta del miércoles como día para su desarrollo, ni mucho menos que la recogida y devolución siempre corresponda al padre, pues chocaría con lo que suele ser habitual sobre este particular de repartir esta labor entre uno y otro y ya para comer con las menores al margen del horario laboral del padre y la distancia a recorrer.

A ello se añade que no parece lógico que para progenitor que reside en Córdoba y que tiene un sólo día de tener consigo a sus hijos durante la semana, se le someta a quedarse en DIRECCION000, residencia de la madre con las menores, para que estas, o alguna de ellas, acuda a catequesis o a actividades extraescolares que, forzoso resulta entender, que se tendrían que desarrollar en DIRECCION000, incluida comida del medio día, con lo

que esa estancia se vendría a desarrollar de forma distinta a la que se contemplaba en el auto de medidas provisionales, y para que el padre lleve y traiga a las menores a las distintas actividades que las menores tengan, sino a lo que parece razonable, y sin que le pueda imponer al padre su residencia en DIRECCION000 para que esto sea posible, pues teniéndola en Córdoba esto no es posible al margen de su horario laboral.

Esa es la tesis que propugna la representación del padre, y en lo que se muestra conforme la parte contraria, sin perjuicio de que se solicite compensación por vía de pensión de alimentos o régimen de recogida y entrega de las menores.

Vivienda familiar

No existe interés más necesitado de protección en la esposa

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2023

El principio general es la atribución de la vivienda a su titular, sin que exista en este caso un interés relevante necesitado de protección pues el matrimonio carece de hijos, la esposa está en edad laboral, 53 años, al tiempo del divorcio, sana, con disponibilidad para trabajar y cuenta además con una extensa formación recibida tanto en España como en el extranjero durante el matrimonio que la cualifica profesionalmente, no existiendo pues razón para otorgar el uso de la vivienda conyugal, propiedad privativa del esposo, a la esposa, máxime cuando el actor no tiene otra vivienda de su propiedad.

En el primer motivo del recurso se defiende que la vivienda conyugal le debe ser atribuida por su situación económica, ya que D. Felipe trabaja en el Ayuntamiento de Tarazona de la Mancha como chofer de camión percibiendo un salario de unos 2.000 euros mensuales, teniendo además familia en dicha localidad, mientras que ella carece de familia o amigos que le pueda prestar ayuda, así como de ingresos con los que pueda alquilar una vivienda.

Alegaba que la prueba practicada no era suficiente para acreditar los problemas médicos que alegaba D. Felipe, pues se trata del testimonio de una hermana y de un informe médico inespecífico, sospechosamente próximo a la fecha en la que se interpuso la demanda. Además argumentaba que no se habían valorado los tres años que estuvo sometida a un tratamiento de fertilidad para intentar tener hijos con el actor.

Todo lo cual no es motivo suficiente para privar a D. Felipe del uso y disposición de la vivienda de su propiedad privativa. Así resulta de la regulación contenida en el art. 96.2 del CC según el cual: “2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.”. Precepto que ha sido correctamente interpretado por la sentencia de instancia en su aplicación al caso concreto, pues como se razona en ella en estos casos el principio general es la atribución de la vivienda a su titular, sin que existe un interés relevante necesitado de protección pues el matrimonio carece de hijos, la esposa está en edad laboral, 53 años, al tiempo del divorcio, sana, con disponibilidad para trabajar y cuenta además con una extensa formación recibida tanto en España como en el extranjero durante el matrimonio que la cualifica profesionalmente, no existiendo pues razón para otorgar el uso de la vivienda conyugal, propiedad privativa de D. Felipe, a la recurrente máxime cuando consta que el actor no tiene otra

vivienda de su propiedad, que al haber abandonado el domicilio conyugal como consecuencia de la crisis matrimonial se encuentra acogido en la vivienda de un familiar y cuando lo que resulta de la prueba practicada es que presenta problemas de salud de los que está recibiendo tratamiento. El hecho de que los tres primeros años de un matrimonio que ha durado quince la esposa se sometiera a un tratamiento de fertilidad, que hemos de suponer voluntario, no justifica en estos momentos la atribución del uso de la vivienda de su exesposo. Finalmente y aunque resulte reiterativo con lo ya dicho, el hecho de encontrarse la recurrente desempleada y que el recurrido tenga un empleo en el Ayuntamiento de Tarazona de la Mancha, no justifica la atribución del uso temporal de la vivienda en una persona sana, profesionalmente formada, y capaz de sustentarse con su trabajo, máxime cuando cuenta con familiares próximos en España, en los que puede apoyarse, no constando además mantenga tras el divorcio ninguna vinculación con Tarazona de la Mancha que le impida la busca de una ocupación en localidades donde es más fácil emplearse.

Acordándose la custodia compartida no procede hacer atribución del uso de la vivienda

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2023

Pasándose de la custodia materna a la compartida y siendo la vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges no procede atribuir el uso a ninguno de ellos. Con ello no se quiere decir que la madre pueda ser desalojada del inmueble que también es de su propiedad, sino que deberá indemnizar al padre por el uso que hace en exclusiva de dicha vivienda en detrimento de los derechos dominicales del otro propietario, cuestión esta que deberán convenir ambos titulares o en otro caso dará lugar a las reclamaciones judiciales en el proceso correspondiente.

En el presente caso se ha establecido una guarda compartida con igualdad del tiempo de convivencia de los hijos con cada progenitor, por lo que no existe el criterio de preferencia de atribución a uno de los progenitores del uso de la vivienda que prevé el art. 233.20.2 CCCat, ya que cada progenitor debe procurar cubrir las necesidades habitacionales de los hijos en la vivienda de cada cual. De atribuirse a uno de ellos debe ser en base al criterio de mayor necesidad.

Precisamente lo que el legislador ha pretendido es desvincular el destino familiar de los derechos dominicales sobre el inmueble común, y ello como consecuencia de la desvinculación personal que constituye el divorcio, huyendo de la inercia de atribución a uno de los progenitores en detrimento del otro titular. Se trata de que la concreta vivienda que constituyó la sede domiciliar de la familia quede desafectada de ese destino familiar y sus titulares puedan disponer sin cargas ni gravámenes añadidos de sus derechos sobre la misma.

La atribución de uso de la vivienda familiar supone una limitación del derecho de propiedad de uno de los titulares pues se le priva temporalmente de la facultad de uso en beneficio del otro progenitor en tanto que guardador de la prole y tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar una cierta estabilidad a la familia y en prorrogar la solidaridad familiar, de ahí que ese uso se deba computar tanto a nivel de alimentos como, en su caso, para determinarla pensión compensatoria. Ahora bien, en tanto supone una limitación de un derecho no puede interpretarse extensivamente, en perjuicio del otro titular del mismo.

Por otra parte, a la hora de valorar la mayor necesidad no debería realizarse por comparativa respecto de la situación del otro cónyuge, sino valorando si aquel litigante que la invoca no podría acceder a una vivienda.

En el presente caso la atribución del uso de la vivienda se realizó al tiempo del divorcio en favor de la madre por razón de ejercer la guarda de los hijos, pero en la sentencia recurrida se establece una guarda compartida y consta que la madre es cotitular además de la vivienda familiar, sita en CALLE000 NUM000 de DIRECCION000, por la que ambas partes pagan hipoteca (aproximadamente 350 euros mensuales de cuota de amortización), de

la mitad de otra propiedad en CALLE001 NUM001 de DIRECCION000, mientras que el padre debe pagar alquiler, por lo que no puede valorarse la situación de la Sra. Cecilia como de mayor necesidad, de forma que se prive al otro cotitular de la rentabilidad de su propiedad.

Es por ello que debe mantenerse que la vivienda quede desafectada del destino familiar y a partir de entonces su detentación, su administración, la rentabilidad del inmueble, etc. pasa a regirse por las normas generales de la copropiedad ordinaria contenidas en los artículos 552.6 CCCat. Con ello no se quiere decir que la Sra. Cecilia pueda ser desalojada del inmueble que también es de su propiedad, sino que deberá indemnizar al Sr. Carlos Manuel por el uso que hace en exclusiva de dicha vivienda en detrimento de los derechos dominicales del otro propietario, cuestión ésta que deberán convenir ambos titulares, con ayuda de sus respectivos Letrados, o en otro caso dará lugar a las reclamaciones judiciales en el proceso correspondiente. Por ello mismo no procede incrementar la contribución alimenticia del padre, pues sólo se prevé dicha posibilidad para cuando quien tuviera el uso exclusivo del inmueble dejara de detentarlo.

Gastos extraordinarios

Las clases de inglés son gastos extraordinarios

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, AUTO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

Las clases de inglés, aun cuando asistan a un colegio bilingüe, tienen la consideración de gastos necesarios para la adecuada formación y educación de los hijos, sin que pueda alegarse que obtienen buenas calificaciones en el colegio, porque ello precisamente puede proceder de estar recibiendo esas clases particulares, resultando igualmente intrascendente las buenas calificaciones previas, porque se corresponden con cursos inferiores de menor complejidad.

La distinción que se hace doctrinal y judicialmente entre gastos ordinarios y extraordinarios y la propia referencia a estos últimos en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 776.4, llevan a tener que distinguir entre los gastos ordinarios, incluidos en la pensión periódica de alimentos y los gastos extraordinarios. Esta es la interpretación que puede deducirse de la STS 15 de octubre de 2014, que tras recordar algunos conceptos sobre la obligación legal de alimentar a los hijos menores, que va más allá de la solidaridad entre parientes a que se refiere el Título VI del Libro I del Código Civil, y mencionar el art. 93 CC, que dispone que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y a las necesidades de los hijos en cada momento, y citar igualmente los arts. 142 y 143 CC, disposiciones legales que estima la citada Sentencia suficientes para que los padres contribuyeran al pago de lo necesario para la alimentación y educación de sus hijos; argumenta que no obstante lo cual, el legislador establece en el artículo 154 que la patria potestad comprende, en lo que aquí importa, el deber de alimentar a los hijos, educarlos y procurarles una formación integral. Y el artículo 110 establece el mismo deber aunque no ostenten la patria potestad. Continúa la mencionada sentencia del Tribunal Supremo señalando que la expresión pensión alimenticia se utiliza para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término: sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción. Y en aplicación de lo expuesto, resolviendo la cuestión planteada en el caso concreto, concluye que los gastos causados al comienzo del curso escolar (que era la controversia

suscitada) de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto; siendo la obvia consecuencia según nuestro Alto Tribunal, que son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia, esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes. Y establecido lo anterior, y en lo que importa a este caso, señala el Tribunal Supremo, que son gastos extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos. Dicha doctrina es reiterada en la STS de 13 de septiembre de 2017.

Como ya esta Sección tiene establecido (por todos, Auto nº 210/2016, de 20 de diciembre), los gastos extraordinarios tienen como nota característica la imprevisibilidad, esto es, que no se pueden conocer con antelación si van a surgir esas necesidades en cuanto que dependen de sucesos de difícil o imposible previsión, o cuando por sus especiales circunstancias exceden ordinariamente de las previsiones lógicas, tanto fácticas como económicas, etc... Ahora bien junto con a esos gastos extraordinarios a los que podríamos llamar gastos extraordinarios strictu sensu, existen otros cuya consideración lo tienen por haber sido objeto de acuerdo entre las partes, o bien, cuando sopesando las circunstancias concurrentes, una sentencia judicial acuerda su consideración e inclusión como tales. Con relación a qué gastos tienen la consideración de extraordinarios es doctrina consolidada de esta Sala en línea con la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, que se contemplan gastos puntuales, imprevisibles e inusuales (en definitiva, extraordinarios), de los que se desconoce si se producirán o no, carentes de periodicidad, en el sentido de que se trata de supuestos de hecho inusuales e inesperados, de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no.

Por otra parte, el sometimiento a acuerdo previo de los gastos extraordinarios que han de ser sufragados por ambos progenitores, admite dispensa cuando se realizan conforme al uso social, siendo necesaria la consulta y consentimiento para gastos que excedan de esas consideraciones. No es necesario que cualquier gasto de tal naturaleza tiene que ser sometido, con carácter previo, al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la aprobación judicial, pues entenderlo así haría inviable un ejercicio correcto de la patria potestad, que no puede olvidarse ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos (art. 154 del Código Civil y, por ello, que el propio Código en el párrafo primero del artículo 156, después de afirmar el ejercicio conjunto de la patria potestad o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, dispone que “serán validos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

Se viene interpretando por la doctrina de las Audiencias Provinciales, y esta Sala también así lo hace, como se recoge en el Auto nº 249/2019, de 29 de noviembre, que como norma general son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia de los menores los de vestido, de educación (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor, o similares, gastos estos excluidos por tanto de su consideración como extraordinarios, salvo que se incluyan en la sentencia como tales, o bien cuando por acuerdo entre las partes los incluyan dentro del mismo concepto. Y por la misma razón la Sala viene declarando que tienen la consideración de extraordinarios los que no estén cubiertos por el sistema de Seguridad Social o por compañía privada de seguro.

No obstante, ello no impide que las partes en convenio regulador puedan acordar el abono al 50% de otros gastos que no revistan el carácter de extraordinarios.

…En cuanto a las clases de inglés, esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido de considerar que se trata de gastos necesarios para la adecuada formación y educación de los hijos, sin que pueda alegarse que obtienen buenas calificaciones en el colegio, porque ello precisamente puede proceder de estar recibiendo esas clases particulares, resultando igualmente intrascendente las buenas calificaciones previas, porque se corresponden con cursos inferiores de menor complejidad. Y, aún cuando se trate de un colegio bilingüe, precisamente, con mayor motivo, resulta justificado que los hijos reciban clases complementarias de inglés, lo que sin duda ha de redundar, ya no sólo en las calificaciones de la asignatura de inglés, sino en las demás asignaturas impartidas en inglés. En cuanto a las tasas para el examen de Selectividad

y la obtención del título de Bachiller y B2 de inglés, de igual forma estimamos que, en tanto que necesarios para la adecuada formación, desarrollo y educación de la hija y, resultando necesarios para la obtención de título universitario o de doctorado, respectivamente, sin que sean previsibles ni tengan carácter periódico, se han de conceptuar como gastos extraordinarios.

Pensión compensatoria

La actividad laboral ha sido semejante a la que realizaba antes de casarse

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2023

No puede concluirse que el matrimonio haya perjudicado las expectativas laborales o profesionales de la esposa, que cuenta en la actualidad con 42 años. Su actividad laboral fuera del hogar ha sido semejante a la que realizaba antes del matrimonio, sin que haya justificado otra circunstancia de la que se pudiera deducir dicha pérdida de expectativas. Por tanto no procede fijar pensión compensatoria.

La sentencia la establece, atendiendo al desequilibrio económico derivado del divorcio y a la dedicación pasada a la familia y futura a los hijos.

Frente a ello, el recurrente afirma que Dª Penélope ha trabajado fuera del hogar durante el matrimonio.

La fijación de la pensión compensatoria se halla regulada en el art. 97 CC. Según ha indicado nuestro Tribunal Supremo, los dos párrafos del preceptos están relacionados en orden al establecimiento de la pensión. No puede entenderse que el primero es el que determina el nacimiento de la institución y el segundo su determinación cuantitativa, sino que las circunstancias previstas en éste determinan también el nacimiento o no de la pensión, puesto que el Tribunal Supremo conecta ésta con la pérdida de oportunidades laborales y económicas derivadas del matrimonio.

En virtud de estas consideraciones, y teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, la Jurisprudencia entiende que el desequilibrio objeto de compensación debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2014 (ROJ: STS 851/2014) fija como "doctrina jurisprudencial de esta Sala que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial".

Como no podía ser de otra forma, esta Sala se ha hecho eco de esa doctrina en numerosas resoluciones, como la sentencia de 11 de diciembre de 2018 (ROJ: SAP CO 1331/2018), donde indicamos que "se trata de disposición que persigue no equilibrar la situación económica de los que formaban el matrimonio a que se refiere al sentencia recaída en causa matrimonial, sino compensar a aquél de los cónyuges que, por razón del matrimonio o circunstancias del mismo, ha visto truncada o perjudicada su actividad laboral o expectativas profesionales, en prestación a favor del otro cónyuge, que ni es pensión de alimentos, ni una simple compensación o indemnización". En el mismo sentido, nuestra sentencia de 14 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP CO 1255/2018).

Analizada la prueba, y en particular el informe

de vida laboral de Dª Penélope, no resulta que el matrimonio haya perjudicado sus expectativas laborales o profesionales. El matrimonio se celebra el 30 de octubre de 2010. Antes de esa fecha, Dª Penélope únicamente trabajó 57 días en el año 2009 para la entidad DIRECCION001. Durante el matrimonio, Dª Penélope ha trabajado para distintas empresas de forma discontinua durante 659 días.

Con estos datos, no podemos concluir que el matrimonio haya perjudicado las expectativas laborales o profesionales de Dª Penélope, que cuenta en la actualidad con 42 años. Su actividad laboral fuera del hogar ha sido semejante a la que realizaba antes del matrimonio, sin que haya justificado otra circunstancia de la que se pudiera deducir dicha pérdida de expectativas.

Por tal motivo, el recurso debe ser estimado en este punto, revocando el pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria.

Compensación por el trabajo para la casa

El tiempo de convivencia previa al matrimonio no debe computarse para fijar la compensación

AP MADRID, SEC. 22, SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2023

Aun cuando existieron relaciones previas entre los cónyuges (nacieron dos hijos antes de contraer matrimonio) el tenor del art. 1438 del CC exige, como premisa para la concesión de la compensación por razón del trabajo, la existencia de un régimen matrimonial de separación de bienes o participación. Habiendo durado solo cinco años el matrimonio durante los que la esposa desarrolló actividad laboral, no procede acordar dicha compensación. No es obstáculo que durante dos años estuviese sin trabajar por cuenta ajena.

En cuanto a la pensión compensatoria, que ha interesado la apelante se le fije en 850 euros mensuales frente a los 400 euros establecidos en la sentencia, hasta octubre de 2023 en que finaliza el derecho a la prestación a cargo de la contraparte, pretendiendo demás por vía de apelación doña Amanda que tal pensión compensatoria se perciba hasta que “ella encuentre trabajo “ (sic) con las demás reglas de rebaja progresiva que pretende, resulta claramente excedido de lo prevenido el artículo 97 del código civil.

En efecto ha de partirse de la doctrina recogida por el T. S, sala de lo civil, expresada entre otras en la Sentencia Nº: 434/2011 de: 22/06/2011. Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Antonio Xiol Ríos, “- El artículo 97 CC, según redacción introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia -en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles (SSTS de 2 de diciembre de 1987 y 17 de julio de 2009)-, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria -entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación (STS de 17 de julio de 2009) y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio, que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial

y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción-, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos",y con la mejor doctrina al efecto ha de reputarse verdaderamente improcedente, dada no sólo la escasa duración del matrimonio de cinco años, sino también el desarrollo profesional que ha llevado a efecto en las actividades que le pareció oportuno, y en todo caso desde 2016 a 2018 con lo cual la dedicación a la familia no ha sido exclusiva ni mucho menos siendo lo cierto que lo ha compatibilizando con otras actividades aun cuando estuviera unos años sin, al menos haya aflorado, actividad laboral de la misma con rastro en el informe laboral aportado, en concreto desde el año 2010 al 2016, de que hay que tener en cuenta y también a los efectos de la indemnización que solicita al amparo de 1438 del código civil, que el matrimonio se celebró el 6 de agosto de 2016 aun cuando existieron relaciones previas a tenor de los nacimientos de los hijos Candido y Aníbal, pero el tenor del artículo 1438 del código civil tiene como premisa la existencia de un régimen matrimonial de separación de bienes o participación, y hay que tener en cuenta que aun cuando además si se considerara procedente con arreglo a estas premisas previas legales, resulta que exige además el precepto para obtener una compensación el trabajo para " la casa " de forma que le impida desarrollar otro trabajo o actividad remunerada, porque tal es la finalidad de tal compensación que queda excluida en caso de no reunirse los requisitos establecidos como bien ha apreciado el juez a quo para denegar tal indemnización.

Convenio Regulador

No se aprueba la cláusula de la custodia compartida

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 29 DE MARZO DE 2023

No puede aprobarse el Convenio Regulador, pues si bien en el escrito de demanda se indica que la custodia es compartida, se remite a un Acta de Manifestaciones ante notario (que se presenta a modo de convenio) en la que figura que la custodia se atribuye a la madre. Además, en dicha Acta ninguna mención se hace ni a la forma en que se llevaría a cabo la custodia compartida (reparto de tiempos entre los progenitores, modo en que se efectuarán entregas y recogidas del menor, etc.), ni a la atribución del uso de la vivienda familiar si la hubiere -o indicación de que no la hay-, ni, en definitiva, a la actualización del importe de la pensión por alimentos y garantías que en su caso procedan.

Dictada resolución en la instancia por la que se acuerda no aprobar el Convenio Regulador, al que se decía haber presentado el consentimiento Jesús María, presentado por la representación procesal de Luz, se interpone recurso de apelación alegando la procedencia de su aprobación, para lo cual en dicho escrito se limitaba a relacionar la tramitación que se había seguido en la instancia, si bien sin mención alguna de los posibles motivos por los que procedería revocar el Auto de la instancia.

El Ministerio Fiscal solicitó la confirmación del Auto de la instancia por considerar que el Convenio no reunía los requisitos necesarios para su aprobación.

Aun cuando el artículo 750 LEC establece que en los procedimientos de separación y divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges -su-

puesto al que se equipara la pretensión de estos autos relativa a las medidas respecto de hijo menor de edad no matrimonial-, aquellos podrán valerse de una sola defensa y representación, lo cierto es que la demanda se formuló por la procuradora Sra. Navarro Ibáñez, con la dirección letrada de la Sra. Soro Caldes, solo en nombre y representación de la Sra. Luz, tal y como resulta de la designación del turno de oficio obrante en autos, si bien la intervención que en dicho escrito se daba al Sr. Jesús María era en tanto el Convenio era de mutuo acuerdo.

Sin perjuicio de tal circunstancia, al escrito de demanda -presentado el 28 de julio de 2021- en el que se proponía una guarda y custodia compartida del hijo menor de edad, Alonso, nacido el NUM000 de 2014, se acompañaba como Convenio Regulador un Acta de Manifestaciones realizada ante el Notario Sr. Monllor el 16 de junio de 2017 en la que los progenitores establecían la convivencia del menor con la Sra. Luz, con el consiguiente régimen de visitas a favor del progenitor no custodio y el establecimiento con cargo a este de 200 Euros en concepto de pensión por alimentos.

Pese al requerimiento que el Juzgado efectuó a la parte solicitante para que subsanara el Convenio Regulador suscrito por ambas partes, se presenta el mismo escrito que la demanda, si bien en este caso firmado por ambos progenitores, indicándose expresamente en el hecho tercero del mismo que "la guarda y custodia será compartida por ambos progenitores tal y como se especifica en el Acta de manifestaciones suscrita ante el notario Ricardo Monllor", con total omisión del hecho de que en ese documento notarial, tal y como se ha indicado, los progenitores habían acordado la custodia materna del menor.

Tras ratificarse en ese "escrito" de demanda, el Ministerio Fiscal informa que el Acta de manifestaciones notarial no establece una custodia compartida, solicitando nuevo requerimiento para que aporten Convenio en el que consten claramente tales extremos, así como la contribución a gastos extraordinarios y reparto de vacaciones. Ante el requerimiento que el Juzgado hace a la parte en los términos interesados por el Ministerio Fiscal, se presenta "anexo" de las cláusulas sexta y séptima", conforme a las que el Sr. Jesús María se hace cargo de los gastos extraordinarios del menor, y se establecen los turnos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano.

Nuevamente el Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 90 del CC, pone de manifiesto en su informe, a la vista del anterior escrito, que no queda debidamente especificado el régimen de convivencia del menor con sus progenitores, y que es necesario la presentación de un Convenio en los concretos términos que establece el citado precepto, considerando que el Acta de Manifestaciones no podía sustituir el Convenio, máxime cuando en el documento notarial se establece una custodia distinta de la ahora pretendida.

Pese a este nuevo requerimiento, se vuelve a presentar el mismo escrito, si bien ya con incorporación del texto correspondiente al "anexo", en el que otra vez se indica que "la guarda y custodia será compartida por ambos progenitores tal y como se especifica en el Acta de manifestaciones suscrita ante el notario Ricardo Monllor", de modo que nuevamente el Ministerio Fiscal se opone a la aprobación del Convenio en términos similares a los expresados en sus anteriores informes.

A la vista de cuanto hasta aquí se ha expuesto este Tribunal no puede más que confirmar la resolución dictada en la instancia por la que se acuerda no haber lugar a aprobar el Convenio Regulador, ya que el mismo no contiene los requisitos y exigencias que establece el artículo 90 del CC.

No solo la solicitante se remite una y otra vez al Acta de Manifestaciones en el que no se contempla la custodia compartida - resultando así imposible que el mismo <<especifique>> tal clase de custodia-, sino que además en el texto que supuestamente sería definitivo del Convenio Regulador - suscrito el 15 de noviembre de 2021-, ninguna mención se hace ni a la forma en que se llevaría a cabo la custodia compartida (reparto de tiempos entre los progenitores, modo en que se efectuarán entregas y recogidas del menor, etc), ni a la atribución del uso de la vivienda familiar si la hubiere - o indicación de que no la hay-, ni, en definitiva, a la actualización del importe de la pensión por alimentos y garantías que en su caso procedan.

El 158 del CC solo procede cuando se dan razones de urgencia

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, AUTO DE 17 DE FEBRERO DE 2023

Si no se dan razones de urgencia, la adopción de medidas paterno filiales debe canalizarse por vía del procedimiento previsto en el art. 770 de la Lec y no por el expediente de jurisdicción voluntaria al que remite el art. 158 del CC.

Se ejercita por la parte actora y apelante, literalmente una "demanda contenciosa de adopción de determinadas medidas paternofiliales", poniendo de manifestó, como antecedentes, que, siendo el demandante francés y la demandada franco-española, se conocieron en Francia, iniciando una relación sentimental en el año 2013, que se llegó a formalizar como relación de pareja ("pacs") en Francia, en enero de 2018. El NUM000 de 2018 nació un hijo común, Ezequias, trasladándose en julio de 2019, todos, al domicilio de los abuelos maternos en el DIRECCION000, donde la madre trabaja como enfermera. Habiendo resultado, sin embargo, desavenencias posteriores entre partes, con ruptura de la pareja en enero de 2021. Año en que el actor vuelve a Francia, quedándose en España la madre y la menor en el domicilio indicado de los abuelos. Las dificultades entre partes vienen afectando a la relación y comunicaciones y visitas del padre apelante con el menor debido a los obstáculos que reprueba de la demandada. Interesando como medidas de protección, que se acuerde 1º la obligación de la madre de comunicar al padre las circunstancias de residencia, escolaridad, situación sanitaria y demás relevantes de la vida del menor, 2º, así como que se establezca su favor un régimen de visitas y estancia de comunicación.

…Se interesaban las medidas al amparo del art. 87.3 LJV 15/2015 y por trámites de arts 85 y ss de la misma, con apoyo esencial en el art. 158 Cc, según expresa en esencia, "a fin de apartar al menor del mal que supone la obstrucción total de la relación padre-hijo, que entiende por parte de la madre, asi como la sustracción por ésta de toda información sobre el menor".

El Juzgado resuelve que lo que se trata en realidad es de la adopción de medidas paterno filiales, respecto de hijos habidos en unión no matrimonial, para lo que existe un trámite al efecto, previsto en el art. 769 y ss LEC. Y que el art. 158 Cc regula la adopción de medidas en supuestos excepcionales, no siendo la invocada por la solicitante, encuadrable en dichos supuestos.

El apelante aduce en su recurso la infracción del artículo 158 Cc y su jurisprudencia consolidada, considerando el perfecto encaje de su pretensión en el marco procedimental actuado, atendidas las circunstancias fácticas que destaca el caso que, en definitiva, impiden el ejercicio de la patria potestad y la capacidad de relacionarse con el menor. Siendo decisiones generalmente reconocidas de la patria potestad, las que afectan a los cambios de domicilio, determinación de actividades escolares, extraescolares, de celebraciones sociales, reyes, actos médico, etc. Y que el progenitor no custodio, tiene derecho a ser informado de todo ello, y no lo está siendo, pues, aunque la demandada le propuso en noviembre de 2021 la firma de un convenio regulador, él se ha negado a firmarlo, por lo que ella le estaría poniendo obstáculos a las posibilidades de visitas y vacaciones con el menor. Él por su parte, le ha requerido con ocasión de las vacaciones estivales de 2022, para que le identifique el domicilio del menor e ir a recogerlo el 1 de agosto de 2022, y pasar juntos las vacaciones, solicitándole igualmente número de cuenta y relación de gastos del menor, rechazándolo la madre. Todo ello reconociendo que ambos son titulares de la patria potestad. Se reconoce igualmente en el recurso, que las medidas que interesaba, lo son "mientras se tramita la petición de las correspondientes medidas por el procedimiento civil ordinario, para evitar mayores perjuicios al menor". Procedimiento que no se mencionaba en la instancia, y no se anuncia siquiera se haya instado.

Ciertamente no se advierte la vía actuada, -un procedimiento de jurisdicción voluntaria para viabilizar desencuentros que se mencionan en materia

de patria potestad, -y vitaminada en consideración al art. 158 Cc, ahora especialmente ensalzado-, el cauce adecuado para lo que no son sino medidas propias o que han de regir, en todo caso, en el ámbito de las relaciones paterno filiales, derivadas, de unas situación de crisis familiar, en pareja no matrimonial con descendencia, dado los antecedentes de contradicción que ya se destacaban, y sin mayor especialidad. Estando dotado, nuestro sistema legal de enjuiciamiento civil, del marco procesal que le es propio, ordinario, provisional o de urgencia, según los casos.

Con carácter general, la adopción de las medidas de protección al amparo del artículo 158 del Código Civil, se caracterizan por ser urgentísimas y necesarias, de modo que si no se aprecia realidad de situación de peligro inminente al menor, no habrían de ser admitidas sin más, por el Juzgado. El art. 158 Cc, por otro lado, no es ningún marco procedimental autónomo, sino un mecanismo de agilización procesal, en el seno del procedimiento o via procesal que fuere coherente a la pretensión material de fondo a que sirva de base, bien sea, una vez más, de medidas judiciales definitivas, provisionales, civiles o penales, o también de simple jurisdicción voluntaria, por su menor alcance inmediato. Así, y en línea que se aprecia, en todo momento concordante con la jurisprudencia que se invoca, ha de concluirse que el mecanismo del art. 158 del Código Civil no puede convertirse en un medio para el establecimiento urgente y ex novo de medidas estables e inmediatas (con inclusive, en el caso, referencia a facultades electivas según años pares o impares), o de preconfigurar una posición ex ante favorable a la solicitante, ante la ausencia de una resolución anterior sobre guarda y custodia o que, a posteriori, y aún mas allá del presente caso, pretenda sustituir lo resuelto en sentencia o resolución firme precedente, porque así convenga al interés de uno u otro progenitor, o llegar a provocar un nuevo pronunciamiento de modificación sobre lo que ya hubiere pronunciado un juez en su día. Todo ello sobre una visión siempre sesgada y parcial o relativa, por unilateral, del interés predominante del menor.

Únicamente es posible obtener medidas urgentes de protección de menores mediante la aplicación del artículo 158 del Código Civil, por el cauce procesal que le de sentido final, cuando existan indicios de que el menor se encuentra, en todo caso, y de modo objetivo, en una situación de riesgo.

Desde la perspectiva de la jurisdicción voluntaria, legalmente prevista para completar el sistema de tutela del Derecho privado, se limita su campo de acción, en este ámbito familiar y de las relaciones paternofiliales, a aquellos asuntos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, pero que suponen ya un régimen preestablecido al efecto y que se trata de ayudar a disciplinar en defecto de mera voluntariedad de partes. Sin pretender, ni el establecimiento a priori de un régimen que le sirva de base, ni su sustitución inmediata, para lo que ha de acudirse, a los cauces legales propios.

En el caso, ni resultaba al efecto adecuada la base procedimental de dicha jurisdicción voluntaria, pues lo que se evidencia era la falta de establecimiento de una disciplina regulatoria previa de la situación de ruptura de pareja, con obligaciones respectivas de paternidad y maternidad sobre el menor, nunca actuadas hasta la fecha, ni cabía reputar situación objetiva de riesgo alguno sobre el menor, que fuere diferenciable de los propios desencuentros sobre el entendimiento respectivo en el ejercicio de una patria potestad y un régimen de comunicación y visitas sobre el menor, con asunción custodia y alimentos correspondientes. Régimen, en realidad, ausente por inexistente entre ambos, adelantándose ya la imposibilidad de una mejor solución convencional al efecto, y una disparidad de posiciones e intereses, lo que trae a primer término la necesidad de su inmediato encauzamiento por el procedimiento ordinario contencioso correspondiente (arts 769 y ss LEC), así escueta pero ya correctamente valorado en la instancia y que por todo lo expuesto, no cabía sino que confirmar igualmente mediante la presente, en esta sede de alzada, con plena desestimación del recurso interpuesto.

Inadmisión de demanda

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 29 DE MARZO DE 2023

Se inadmite la demanda dado que la madre y la abuela materna pretenden la tramitación de un procedimiento previsto en el art. 777 de la LEC por haber llegado a un acuerdo en relación con la custodia del menor dado que el mismo está exclusivamente suscrito por ellas y sin intervención alguna del progenitor, quien, sin perjuicio de su lugar de residencia o de su difícil o imposible localización, no está privado de la patria potestad en los términos que establece el artículo 170 del CC.

Dictado Auto por el Juzgado de la instancia por el que se inadmite a trámite la demanda formulada por la representación procesal de Piedad y Palmira, alegando, en lo esencial, que lo que pretenden las demandantes es que se dicte una resolución judicial que recoja y regule la realidad de la guarda y cuidado de los menores, tal y como se está llevando a cabo, concurriendo al efecto el acuerdo de la progenitora y de la madre de esta. No existe óbice procesal para aplicar al caso el trámite previsto en el artículo 777 LEC con independencia de su literalidad, pues lo que debe primar es el interés de los menores. Además, consta acreditado que el progenitor de los niños reside en el extranjero y no se encuentra localizado. Solicita la revocación del Auto y se acuerde la admisión a trámite de la demanda.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación en los términos que constan en el correspondiente escrito unido a los autos.

Según resulta del contenido de las actuaciones remitidas a los efectos del presente recurso de apelación, Piedad mantuvo una relación sentimental con Gervasio habiendo tenido tres hijos en común, Guillermo y Eva María, nacidos el NUM000 de 2008, y Adriana, nacida el NUM001 de 2020. En fecha 30 de diciembre de 2019 se dictó sentencia en procedimiento de medidas de hijos menores no matrimoniales por la que se atribuía a la progenitora el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre los menores, así como la guarda y custodia de los mismos, no estableciéndose régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, sin perjuicio de que el mismo pudiera interesarlo. También se atribuía a los menores y su progenitora el uso de la vivienda familiar, y se establecía con cargo al progenitor una pensión por alimentos por cuantía de 180 Euros mensuales por cada uno de los hijos.

Posteriormente, el 2 de abril de 2020, en procedimiento de juicio verbal del artículo 158 CC, y en atención al acuerdo al que habían llegado las partes sin que al mismo se hubiera opuesto el Ministerio Fiscal, se atribuyó provisionalmente la guarda y custodia de los menores a la abuela materna, Palmira, hasta que recayera sentencia definitiva en procedimiento de solicitud de guarda y custodia que la abuela materna iba a interponer cuando cesase la suspensión de los plazos y actuaciones procesales.

La progenitora y la abuela materna de los menores interponen conjuntamente demanda en solicitud de guarda y custodia de los menores en favor de la abuela materna, Palmira, solicitando la aprobación de las medidas que figuraban en los Acuerdos privados de fechas 20 de mayo de 2020 y 3 de julio de 2020 que las mismas habían suscrito. El Juzgado, previo informe del Ministerio Fiscal, inadmitió a trámite la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 777 LEC.

A la vista de los datos expuestos este Tribunal no puede más que confirmar la resolución de la instancia en atención a las consideraciones que siguen.

Pretenden las demandantes la tramitación de un procedimiento previsto en el artículo 777 de la LEC para el supuesto en que ambos cónyuges o uno con el consentimiento del otro soliciten la separación o el divorcio (o en su caso soliciten medidas reguladoras respecto de los hijos no matrimoniales menores de edad habidos en común), situación que en modo alguno es equiparable a la pretendida en este procedimiento, en el que la progenitora y la abuela materna llegan a un acuerdo exclusivamente suscrito por ellas y sin intervención alguna del progenitor, quien, sin perjuicio de su lugar de residencia o de su difícil o imposible localización, no está privado de la patria potestad en los términos que establece el artículo 170 del CC, aun cuando se haya atribuido a la abuela materna la guarda y custodia de los menores por vía del procedimiento cautelar a que se refiere el artículo 158 del CC.

Por tanto, no reuniendo la demanda los requisitos del artículo 777 de la LEC, que requiere el mutuo acuerdo de ambos progenitores, no cabe más que su inadmisión, debiendo acudir las demandantes, en su caso, al adecuado procedimiento de adopción de medidas respecto de los menores de edad y ello sin perjuicio de la postura procesal que en el mismo pueda adoptar el progenitor.

No existe motivo para declarar la nulidad de actuaciones

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 6 DE FEBRERO DE 2023

No existe motivo para declarar la nulidad de actuaciones puesto que el Juzgado rechazó el escrito de oposición que se presentó en el procedimiento principal para que la parte lo presentara en la pieza separada de ejecución y posteriormente no lo verificó ni interpuso recurso contra la diligencia de ordenación que así lo acordó.

Recurso de apelación por nulidad del acto apelado por infracción de normas procesales generadora de indefensión.

Alega la defensa apelante, que el hecho de que por el Juzgado de instancia, no se tuviera por formulada en tiempo y forma el trámite de impugnación a la oposición formulada por dicha parte, supone la omisión de la valoración de las consideraciones efectuadas en relación a los argumentos de la ejecutada, quedando vulnerado el derecho de defensa, el principio de contradicción y el derecho a un proceso con todas las garantías, conforme a lo dispuesto por el art. 24 Constitución Española.

En este sentido, el art. 238.3 LOPJ dispone que las actuaciones judiciales serán nulas de pleno Derecho:"Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión".

En el presente caso, la documental aportada acredita que el mencionado trámite de impugnación a la oposición, fue intentado por la apelante mediante escrito presentado en los Autos principales tramitados en el Juzgado de procedencia el día 21 de Junio de 2.021, en los cuales se dictó DIOR de fecha 22 de Junio siguiente, por la que se ordenó la devolución del escrito a la parte, a fin de su presentación en la correspondiente pieza separada, no constando que dicha resolución fuera recurrida por el apelante y deviniendo firme, e igualmente no se aporta prueba relativa al cumplimiento en plazo legal del trámite acordado por la misma.

Así pues, al haber consentido la apelante la referida resolución de trámite, dicha parte carecería de legitimidad para invocar posteriormente un supuesto vicio procesal que pudo ser corregido mediante los oportunos recursos, dándose la circunstancia, de que incluso de no haber sido correctamente inadmitido el trámite de impugnación a la oposición por el Juzgado de referencia, ninguna indefensión se habría producido a la ejecutante, cuyo título y cuyos argumentos para el despacho de ejecución, deben constar claramente expresados en la demanda ejecutiva, por lo que el principio de contradicción quedaría en todo caso salvaguardado.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

No puede alegarse compensación por pago de otras deudas comunes

AP BARCELONA, SEC. 12ª, AUTO DE 1 DE MARZO DE 2023

Reclamación de las cuotas hipotecarias de la vivienda familiar cuya obligación de pago venía impuesta en la Sentencia: se desestima la oposición a la ejecución en la que el deudor alegaba cumplimiento del pago por compensación, por haber satisfecho una deuda en otro procedimiento en el que los cónyuges eran deudores solidarios. En los procesos de ejecución los motivos de oposición están claramente tasados y no cabe oponer compensación.

Debe coincidir la Sala en el acierto de la resolución impugnada que no admite como causa de oposición la invocada. El deudor demandado, aquí apelante, formuló oposición contra el despacho de ejecución de sentencia invocando la aplicación del art. 556 de la LEC en relación a lo dispuesto en el art. 1196 del Código Civil.

La parte apelante basa su recurso en el cumplimiento de la obligación por pago de la deuda reclamada. Estima el apelante que el crédito, que no niega, quedó satisfecho con la mejora de embargo en el procedimiento de ejecución de sentencia del Juzgado de Primera Instancia numero 24 de los de esta Ciudad.

La demanda de ejecución en lo que a estos Autos se refiere había sido presentada a su vez el 9 de noviembre de 2020 reclamándose por las cuotas hipotecarias del préstamo hipotecario que gravaba la que fuera vivienda familiar devengadas desde octubre de 2017 a junio de 2020. El titulo que se ejecuta no es otro que la sentencia de divorcio en que quedaba determinaba claramente la contribución de cada uno al pago de la cuota del préstamo hipotecario.

Las sentencias como dice el art. 18 de la LOPJ deben ejecutarse en sus propios términos y el titulo que aquí se ejecuta no es otro que la sentencia dictada en el proceso de familia en el que sólo fueron partes los aquí contendientes.

El artículo 556 de la Lec es muy claro al respecto cuando dice que cuando se trate de la ejecución de titulo judicial el deudor podrá oponerse “alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia que habrá de justificar documentalmente, la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que consten en documento público, a diferencia de lo que ocurre en la ejecución fundada en títulos no judiciales en los que a tenor de lo previsto en el art. 557 de la misma Ley si cabe alegar la “compensación de crédito que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva”.

Sobre este particular existe abundante y pacifica jurisprudencia que ha venido subrayando que en los procesos de ejecución de titulo judicial los motivos de oposición aparecen claramente tasados en los artículos 556 y 559 de la LEC y por lo tanto no cabe oponer la compensación. Pero es que aún en el supuesto de que así fuera, en el presente caso tampoco concurren en absoluto, tal y como recoge la resolución impugnada, ninguno de los presupuestos para apreciar la compensación que opone el deudor con base a lo que dispone el art. 1196 del CC.

En primer lugar diremos que según establece el art. 1195 CC sólo tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedora y deudoras la una de la otra, que se trate de deudas reciprocas, en dinero, vencidas, liquidas y exigibles y que cada uno de los obligados lo esté principalmente y a su vez sea acreedor principal del otro.

En el procedimiento ordinario 292/2014 seguido en el Juzgado de P. Instancia nº 14, eran parte

demandante la Sra. Erica, madre del Sr. José María y codemandados, el Sr. José María y la Sra. Ascensión, a los que la actora reclamaba la cantidad total de 60.101, 21.- euros en concepto de impago de un préstamo personal. En dicho proceso, en situación procesal de rebeldía ambos demandados, la sentencia, dictada el 7 de julio de 2014, condenaba a ambos de forma conjunta y solidaria a abonarle a la parte actora la cantidad reclamada.

Segundo, ya hemos visto que en el Ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Barcelona, la acreedora era la Sra. Erica y demandados deudores, solidarios, los Sres. José María y Ascensión.

Pese a ello, sólo se instó la ejecución contra la Sra. Ascensión y se despachó por Auto de 1 de diciembre de 2014, Autos de ejecución de sentencia 1225/2014. A pesar de ello, además, no es hasta el 1 de febrero de 2019 que se interesa la mejora de embargo, la cual se acuerda por Auto del Juzgado de Primera Instancia numero 24 de 1 de marzo de 2019 sobre el crédito que ostentara la Sra. Ascensión contra el Sr. José María por importe de 5.250 euros por el período junio 2017 a febrero 2019, según se indicaba en dicho Decreto de mejora de embargo.

Y una vez presentada la demanda de ejecución que da origen a los autos de ejecución de los que dimana el presente rollo, - que lo fue el 9 de noviembre de 2020-, se acuerda en el proceso de ejecución 1225/2014 del Juzgado nº 14 por Auto de 20 de noviembre de 2020, la mejora de embargo por: A) importe de 4.000 euros por el crédito que la ejecutada Sr. Ascensión ostenta contra el Sr. José María por impago de la mitad de la cuota hipotecaria por el período comprendido entre marzo 2019 a junio de 2020, ambos inclusive; B) sobre el crédito por importe de 30,00 euros que ostenta la ejecutada Sra. Ascensión contra el Sr. José María pro comisión por descubierto de cuotas no abonadas en fechas 18/9/17 a 2/10/19 de cuotas hipotecarias y C) por el crédito que ostenta la ejecutada Sra. Ascensión contra el Sr. José María por importe de 763, 57 en concepto de pago de costas del Procedimiento de ejecución 9/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 18, proceso muy anterior al que aquí nos ocupa.

Legitimación del exesposo para solicitar la ejecución para que la ejecutada cumpla una obligación de hacer

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 27 DE FEBRERO DE 2023

Tras el dictado del Auto de Medidas Provisionales, la ejecutada venía obligada a abonar las cuotas de comunidad de propietarios y las cuotas del colegio de la hija, por lo que el esposo tiene legitimación activa para instar la ejecución en el sentido de que se requiera de pago a la ejecutada para que cumpla tales obligaciones. El Auto de Provisionales no proyecta efectos frente a terceros y de persistir en el incumplimiento, sería el ejecutante quien tendría que asumir dichas deudas ajenas frente a los acreedores, de ahí que ostenta interés legítimo, no para que tales cantidades se las pagara a él, sino para instar la obligación de hacer.

Frente a la decisión de instancia que estima la oposición ha presentado recurso de apelación el ejecutante quien alega que no ha pretendido que se le pague a él la cantidad que resultaba ser obligación de la ejecutada conforme al auto de medidas provisionales previas 42/2019, sino que se le requiriera para que cumpliera en sus estrictos términos con las obligaciones de pago de la comunidad de propietarios y del colegio de la hija común, porque él estaba recibiendo las reclamaciones de las deudas acumuladas.

Al recurso se ha opuesto la parte contraria, al considerar que no se instó una ejecución de hacer sino una de pago de cantidad lo que comporta que el ejecutante se considere acreedor y en este caso no lo es.

En la demanda presentada el 31 de mayo de 2018 por el Sr. Balbino, se hacía constar que la Sra. Remedios, debía la comunidad de propietarios de la vivienda cuyo uso se le había atribuido por auto de 12 de febrero de 2019 (4568,94 euros por cuotas de 1 de marzo de 2019 a 1 de abril de 2021) y el

coste del colegio (3497 euros por las mensualidades de 1 de mayo de 2019 a 2 de mayo de 2021); que el ejecutante había recibido las comunicaciones tanto del Administrador de la finca como del Colegio reclamándole dichas cantidades, por lo que literalmente solicitaba "se acuerde requerir a la Sra. Remedios, con apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial, para que cumpla con los términos establecidos en el auto dictado por ese Juzgado en fecha 12 de febrero de 2019 en el sentido de que la aquí ejecutada cumpla su obligación de pago del importe antes referido de 8.065,94 euros". Y en el suplico de su escrito de demanda ejecutiva solicitaba se requiriera a la Sra. Remedios para el pago en tiempo prudencial de dicha cantidad, sin perjuicio de otras que se devengaran por los mismos conceptos, y de no hacerlo se despachara ejecución contra la misma por dicha deuda.

Sin embargo, el Juzgado de Instancia despachó ejecución dineraria por la cantidad de 8065,94 euros, por auto de 23 de junio de 2021 y la demandada opuso que el ejecutante carecía de legitimación, pues no era acreedor de dichas cantidades sino que directamente el acreedor era el Colegio y la Comunidad de Propietarios, por lo que sólo hubiera podido interponer una demanda para requerir a la Sra. Remedios para que pagara.

En la instancia se ha determinado que el ejecutante carecía de legitimación para reclamar el pago de la cantidad de 8065,94 euros por cuotas comunitarias y colegio, pues los acreedores son directamente la Comunidad de Propietarios y el Centro escolar y porque el ejecutante no había atendido el pago de las cantidades que reclama.

Por este Tribunal se advierte que ha habido una deficiente comprensión de la reclamación ejecutiva que se estaba realizando, porque el Sr. Balbino no reclamaba el pago para sí sino que se requiriera de pago a la Sra. Remedios, a fin de que cumpliera las obligaciones derivadas del auto de medidas provisionales. El error no radica en el ejercicio de la acción ejecutiva, sino en el despacho de ejecución, pues el Sr. Balbino no reclamaba pago sino un hacer concreto al que venía obligada la ejecutada y que no había cumplido.

Lo que ha quedado acreditado porque lo admite la ejecutada, tratando de justificarlo en que el padre no le ha pagado la pensión correspondiente, es que ella estaba obligada a pagar tanto la Comunidad de Propietarios, por ser la usuaria de la vivienda, como el pago del Colegio de la hija, por ser un concepto incluido en la pensión de alimentos y no lo ha hecho. Luego existe incumplimiento y el ejecutante, en tanto persona con interés legítimo, porque el auto de medidas es una decisión judicial que no proyecta efectos a terceros, y de persistir el incumplimiento de la Sra. Remedios será él quien deberá asumir dichas deudas ajenas frente a los acreedores, instó la ejecución de hacer, solicitando exactamente que se requiriera a la obligada para el cumplimiento estricto de lo acordado.

Por otra parte, de la propia documentación aportada por la ejecutada, resulta que el Sr. Balbino mantiene con la Sra. Remedios una deuda mucho menor, en concreto de 2.859,21 euros, contemplando la deuda de julio de 2020 a mayo de 2021.

En definitiva, el Sr. Balbino sí tenía legitimación a tenor de lo dispuesto en el art. 538.2.2 ° y 3º de la Lec, para reclamar el cumplimiento de la obligación a la Sra. Remedios en los términos en que lo hizo, que no eran de que se le pagara a él sino de requerimiento a la obligada al pago de unas concretas deudas con terceros, y procede por lo tanto estimar el recurso.

Lo dicho hasta ahora determina la estimación del recurso y, en consecuencia, de conformidad con lo previsto en el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede imponer las costas devengadas en la alzada, quedando igualmente revocado el pronunciamiento sobre costas en la instancia que deben ir a cargo de la ejecutada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 561.1.1º en relación con el art. 394.1 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

La reconciliación no deja sin efecto el pacto de abonar por mitad las cuotas de la hipoteca

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 26 DE ENERO DE 2023

Habiéndose pactado la custodia compartida y el pago por mitad de la hipoteca de la vivienda familiar, el hecho de que continuasen conviviendo juntos no implica que se deje sin efecto el pacto de abono por mitad de la hipoteca, por lo que procede seguir adelante la ejecución al no haber abonado la esposa la mitad de las cuotas.

Traen causa las presentes actuaciones de la sentencia de divorcio de 11-10-2011 la cual homologó el convenio de 6-5-2011, en el cual se pactó, en cuanto al caso interesa, que la guarda y custodia sería compartida y la carga hipotecaria se abonaría por mitad.

En la demanda origen de las presentes actuaciones, formulada por escrito de 22-10-2018, el Sr. Julio dice que ha sido él el que la ha pagado y acompaña extracto bancario de la nueva cuenta exclusiva suya, desde la que se abona. En total desde la sentencia ha pagado 38.385 euros, por lo que la demandada le adeuda 19.192,92 euros.

A ello se opone la demandada alegando que continuaron conviviendo en la vivienda familiar con sus hijos durante cinco años más, hasta junio de 2016. En ese periodo acordaron que ella no trabajaría fuera de casa; aporta como prueba la declaración conjunta del IRPF y el certificado de su vida laboral hasta 2019, así como que tras marchar el demandado en 2016 que los hijos se quedarían con ella sin llevar a cabo la guarda compartida y que a cambio él pagaría la hipoteca, 452 euros/mes y no pagaría la pensión de 200 euros.

El auto hoy recurrido, tras decir que es cierto que convivieron hasta 2016 sin hacer efectivo el pacto sobre la guarda compartida quincenal, pero no habiéndose probado el pacto por el que se dispensaba a la demandada del pago de la hipoteca, desestima la oposición y contra el mismo se alza la demandada alegando abuso de derecho y acuerdo tácito sobre la compensación.

Debemos desestimar el recurso por cuanto el supuesto pacto, aparte de no haber quedado en absoluto acreditado, no reúne los requisitos previstos en el art. 556 LEC. Y estándose en el caso de autos, ante la ejecución de una sentencia, por tanto, de un título que lleva aparejada ejecución en virtud de lo que prevé el artículo 517.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que debe tenerse en cuenta la disposición legal contenida en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la cual "las sentencias se ejecutarán en sus propios términos", con la que se trata de dar cumplimiento a la obligación de "cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales" que prevé el artículo 118 de la Constitución Española; y no siendo la ejecución de una sentencia de esta naturaleza el lugar procesal adecuado para intentar la modificación de una de las medidas contempladas en la misma, ni para su introducción, es por lo que debemos confirmar el pronunciamiento impugnado.

Extinguido el uso procede el lanzamiento

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 18 DE ENERO DE 2023

El plazo de uso concedido a la recurrente ha expirado hace dos años y tal pronunciamiento entraña, según reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el desalojo del ocupante.

Alega, en esencia, en su recurso que formuló la oposición a la ejecución despachada por la extralimitación en que incurrió el auto de 30 de octubre de 2020, que despachó la ejecución, al requerirla para dejar libre la vivienda, a disposición del adjudicatario, Sr. Juan Luis, y con apercibimiento de lanzamiento, lo que no ha corregido el auto impugnado.

El ejecutante solicitó el despacho de ejecución,

al amparo de lo acordado en la Sentencia firme de divorcio de 21 de marzo de 2013, al haber expirado, el último día de agosto de 2020, el uso de la vivienda familiar atribuido a D.ª Aurelia.

La Sra. Aurelia se opuso a la demanda ejecutiva alegando la existencia de dos hijos (uno menor de edad), que no tenían obligación de abandonar la vivienda, suplicando se le reconociese el derecho a seguir viviendo en ella con los mismos hasta su independencia, alegando, además, la extralimitación en que incurría el auto de 30 de octubre de 2020 antes señalada.

Pues bien, el Auto impugnado elimina la puesta a disposición del ejecutante de la vivienda familiar, reconociendo el error material cometido. No es, pues, apreciable tal incongruencia en el Auto.

Como bien señala el juzgador, el plazo de uso concedido a la recurrente ha expirado hace dos años, y tal pronunciamiento entraña, según reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el desalojo del ocupante.

La oposición, en consecuencia, ha sido desestimada de forma adecuada, por lo que procede desestimar, a su vez, el recurso planteado y confirmar el Auto de instancia.

Regímenes económicos matrimoniales

Carácter privativo de los gastos de procesos judiciales en defensa de bienes privativos

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2023

El pago de abogado, procurador y perito en los procedimientos judiciales interpuestos por un cónyuge en defensa de bienes privativos, debe figurar en el activo como un crédito de la sociedad frente al cónyuge.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a que se excluyese del activo del inventario consorcial el derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a la Sra. Rafaela por importe de 6.327 euros por los honorarios y costas del procedimiento 679/19 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de esta ciudad para ejercer la acción reivindicatoria en la finca privado de la misma “DIRECCION001” dado su planteamiento extemporáneo; lo cierto es, no solo que dicha solicitud se formuló en su día en el acto de formación de inventario celebrada ante el Letrado de la Administración de Justicia con fecha 3 de Junio de 2019 (habiéndose suspendido la primera señalada para el día 24 de Abril del mismo año), estimándose que ese era el momento procesal para formular alegaciones correspondientes en el trámite de formación de inventario, sino que deducida en el momento procesal oportuno y fijada la controversia a efectos del juicio verbal, procede la inclusión de dicha partida en el activo consorcial en la cuantía recogida en la resolución recurrida (así se acredita documentalmente mediante justificante de cobro de honorarios de abogado y de las costas procesales por importe total de 6327’68 euros) y determinante para la desestimación de la presente pretensión revocatoria. Asimismo, esta Sala, asume el análisis valorativo y fundamentación jurídica recogida por la Juez “a quo” en la resolución recurrida en lo que respecta a la inclusión en el activo de un derecho de crédito de la sociedad consorcial frente al Sr. Carlos Jesús por la cantidad de 3.898’18 euros para pagar los gastos de abogado, procurador y perito en los procedimientos judicia-

les contra su familia en la división de la herencia con el desglose recogido en dicha resolución, sin que proceda aumentar su cuantía en la cantidad interesada por la ahora apelante hasta la suma de 8618 euros al no acreditarse categóricamente a qué proceso judicial correspondían teniendo en cuenta que el mismo letrado llevó la asistencia jurídica en igual período de tiempo de la división de la herencia de los progenitores del Sr. Carlos Jesús, la acción reivindicatoria respecto a una finca privada ejercitada por la representación de la Sra. Rafaela y demás procesos asimismo acreditados; no justificándose, por tanto, la relación de los pagos de provisiones de fondos que pretende introducir la ahora apelante con el procedimiento de división de la herencia, sin que, por otro lado, proceda estimarse la pretensión articulada vía impugnación a la resolución recurrida al no constar taxativamente acreditado que el Sr. Carlos Jesús administrador de la herencia yacente de su familia reintegrase la suma de 1202'02 euros a la sociedad consorcial, ni tampoco la de 621'16 euros sobre la provisión de fondos interesada por el perito designado judicialmente para valorar la finca de la herencia. De ahí, que ambas pretensiones articuladas tanto a través del recurso interpuesto como vía impugnación a la resolución recurrida hayan de ser rechazadas.

Reclamaciones entre cónyuges tras la disolución de la sociedad

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2023

Disuelta la sociedad de gananciales, un exesposo puede reclamar a otro la mitad de los pagos que hizo de un préstamo personal contraído durante el matrimonio. No existe inadecuación de procedimiento dado que disuelta la sociedad no pueden incluirse en el pasivo nuevas deudas.

La representación procesal de D.ª Aída interpone recurso frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda que interpuso frente a su ex esposo, D. Secundino, en reclamación de un crédito que dice ostentar frente al mismo al haber satisfecho un préstamo personal de él, por lo que solicitaba que se condenara a dicho demandado a pagar a la actora la cantidad de 4.142,65 euros de principal, con los intereses correspondientes y costas, fundamentando la sentencia recurrida tal decisión en una inadecuación de procedimiento y correlativa falta de competencia objetiva para conocer del asunto que debió tramitarse por el procedimiento específico de liquidación de sociedad de gananciales ante el juzgado correspondiente.

La parte apelante fija como motivo de la apelación error en la fundamentación jurídica de la previa falta de competencia por no haber sido efectuada la liquidación de bienes gananciales del matrimonio, acompañando al recurso resolución judicial, previa incluso a la demanda que ha dado lugar a este pleito, por la que se aprobada la referida liquidación de gananciales.

La parte apelada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

…Las partes litigantes admiten que están divorciadas desde el 11 de marzo de 2010, lo que supone que, al menos desde ese momento, la sociedad de gananciales está disuelta, con independencia de que esté o no liquidada. Es correcta la jurisprudencia que recoge el Juzgador de Instancia en la sentencia apelada en cuanto que la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, resolvió en su sentencia de 21 de diciembre de 2015 que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 establece claramente en el art. 248 LEC la prioridad de los procesos especiales por razón de la materia entre los que se encuentra, dentro del Libro IV, capítulo II del título II, el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811 LEC), respecto de los procesos declarativos (ordinario y verbal) por razón de la cuantía. Y destaca que esta regulación del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales como un procedimiento declarativo especial, regido por el principio de concentración, permite dar solución de manera ordenada a las diferencias entre los cónyuges, evitando litigios sucesivos que pueden terminar perjudicando seriamente el derecho a la tutela judicial del que se encuentre en una posición más débil, lo que permitió tener por superada la jurisprudencia que, con aplicación de la LEC de 1881, con relativa frecuencia consideraba que no se apreciaba quebrantamiento de forma por inadecuación de procedimiento (art. 1692, 2º LEC 1881), razonando que no existía indefensión cuando se había seguido un proceso declarativo de mayor o menor cuantía por sus más amplias posibilidades

de alegación y prueba. Así, la conclusión alcanzada por esta Sentencia conllevó, asimismo, con aplicación del art. 807 LEC, la determinación de la competencia objetiva del Juzgado de Familia que dictó la sentencia de divorcio, de acuerdo con el criterio competencial que ya venía siendo aplicado durante la vigencia de la LEC de 1881 (SSTS de 9 de julio de 1999, recurso nº 3413/1994 y de 29 de noviembre de 1999, recurso nº 743/1995).

Pero en el caso que se debate en esta litis no se está reclamando un crédito de la sociedad contra un cónyuge, pues cuando nace ese crédito ya no existe la sociedad de gananciales porque está disuelta; se trata de un crédito que ostenta un ex cónyuge frente a otro ex cónyuge, esto es, el crédito objeto de esta pretensión dineraria es ajeno a la sociedad de gananciales preexistente entre las partes por haber nacido con posterioridad a su disolución. Las características del crédito impiden su inclusión en las partidas del pasivo que conforme el inventario que pueda formarse en un eventual procedimiento judicial de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1.398 del Código Civil), por no tratarse de una deuda pendiente a cargo de la sociedad, sino de una deuda personal detentada por uno de los ex cónyuges frente al otro. No siendo el procedimiento judicial de liquidación de la sociedad de gananciales marco procesal adecuado para la efectividad del repetido crédito, en contraposición con lo equivocadamente acordado por el Juzgador a quo.

Es cierto que la parte actora basó erróneamente su reclamación en la acción derivada del art. 1390 del CC pero, con fundamento en los principios de iura novit curia y da mihi factum, dabo tibi ius, atendiendo a las pretensiones sustanciales formuladas por las partes, y extraída la esencia de los hechos, se procederá a aplicar la norma procedente con modificación del fundamento jurídico invocado, por cuanto que con ello no se cambia la causa de pedir ni supone sustituir las cuestiones debatidas en la litis por otras distintas ni vulnerar el principio de contradicción.

Por tanto, debiendo haberse dilucidado las pretensiones de la parte actora en este proceso por tener competencia objetiva el Juzgado inicial, se ha de entrar a analizar si es procedente que sea el demandado el que se haga cargo de la deuda que se le reclama y, de serlo, si debe satisfacer todo o solo la mitad de ella, teniendo en cuenta la cotitularidad del préstamo.

La parte actora reclama la cantidad de 4.142,65 euros, importe del préstamo personal otorgado, constante el matrimonio, a D. Secundino, como primer titular, y a D.ª Aida, como segunda titular, firmado por ambos y satisfecho, finalmente, por la ex esposa, disuelto el matrimonio, ante la reclamación judicial efectuada frente a ambos por la entidad acreedora. Es, por tanto, una deuda que debían soportar al 50% ambos, ya que son los dos los que aparecen como contratantes.

Satisfecha la totalidad de la deuda por uno solo de los obligados, éste tiene acción frente al otro obligado para reclamar la proporción en que está obligado a pagar, pues ambos son deudores solidarios frente a la entidad crediticia y mancomunados entre ellos, y en sus relaciones internas, por lo que, en principio, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 1145 CC, que permite al que paga una deuda solidaria reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda.

No se ha desplegado prueba que acredite que ese préstamo se utilizó única y exclusivamente en beneficio privado del esposo, como alega la parte actora sin prueba fehaciente sobre este hecho que, como todos los hechos en los que se funda una pretensión, está sometido a las máximas del art. 217 de la LEC.

Por ello, la demanda debe ser estimada en parte y condenar al demandado a satisfacer a la demandante la cantidad de 2.071,325 euros, más los intereses legales correspondientes devengados desde la interposición de la demanda y sin expresa imposición de costas en primera instancia.

Derecho de reintegro por pagos de la hipoteca efectuados desde el Auto de medidas provisionales

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2023

Debe reconocerse un derecho de reembolso del esposo por las cuotas del préstamo hipotecario abonadas por él desde que se dictó el Auto de medidas provisionales (2014) hasta la firmeza de la Sentencia de divorcio (2.018). Sería contrario a la buena fe atribuir carácter ganancial a los ingresos del esposo durante el largo periodo de tiempo en que se produjo la prolongada separación derivada del Auto de Provisionales hasta la sentencia de divorcio, cuando ha sido él quien ha abonado la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario.

El recurso tiene por objeto la partida 2 del pasivo (derechos de créditos del actor). No resulta particularmente claro en cuanto a los motivos. Según se infiere del mismo, dos son las cuestiones discutidas: 1.- Desde el punto de vista jurídico, considera que no puede incluirse como créditos del actor las cantidades abonadas por D. Cesáreo durante la vigencia de la sociedad de gananciales, sino únicamente las posteriores. En este sentido, indica: "la fecha del 2 de noviembre de 2018, fecha de la firmeza de la sentencia de apelación, es la que debe determinar la fecha de inicio o fin de los créditos del actor pues lo pagos de hipoteca constante matrimonio no pueden reputarse créditos del actor, éstos serán los abonados después de la citada fecha". 2.- Desde el punto de vista fáctico, entiende que no ha acreditado tales pagos.

…La sentencia incluye en el pasivo del inventario un crédito a favor de D. Cesáreo por importe de 27.602,92 euros frente a la sociedad de gananciales, que se corresponde con el pago por parte de D. Cesáreo de la totalidad del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, del seguro de la vivienda familiar, de los gastos de mantenimiento de la cuenta de la hipoteca y de los gastos de Comunidad de Propietarios de la vivienda familiar.

El 25 de marzo de 2014 se dictó auto de medidas provisionales en el procedimiento de divorcio.

Conforme a lo indicado en el fundamento de derecho anterior, la inclusión en el inventario de dicho crédito exige que se acredite que los pagos antes indicados se han realizado con dinero no ganancial de D. Cesáreo. En contra de lo que se sostiene en el escrito de oposición al recurso, no basta con acreditar que fue D. Cesáreo quien efectuó los pagos, sino que tiene acreditar que se hizo con dinero no ganancial. El problema se plantea básicamente respecto de los pagos anteriores a la disolución de la sociedad de gananciales (2 de noviembre de 2018), pues hasta entonces existe una presunción de ganancialidad (art. 1361 CC). Tras la disolución, dicha presunción no existe.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los créditos, el sistema de pago invocado por D. Cesáreo respecto de cada uno de ellos es el mismo. D. Cesáreo era el único que ingresaba dinero en una cuenta corriente común de Dª Montserrat y D. Cesáreo, en la que se iban haciendo los correspondientes pago.

En relación a esta cuestión, debe ponerse de manifiesto el escaso esfuerzo probatorio realizado por D. Cesáreo. Para acreditar los extremos antes indicados, D. Cesáreo aporta el extracto de la citada cuenta corriente desde abril de 2014 a febrero de 2022, donde aparecen distintos apuntes de cargo y abono con conceptos difícilmente identificables. Nulo valor probatorios tiene un cuadro con las distintas deudas y pagos realizado por D. Cesáreo.

… En cuanto a las cuotas del préstamo hipotecario, debemos distinguir dos periodos de tiempo:

a.- Desde el auto de medidas provisionales (25 de marzo de 2014) hasta la firmeza de la sentencia de divorcio (2 de noviembre de 2018).

D. Cesáreo sostiene que era él quien hacía los pagos completos mediante transferencias todos los meses en la cuenta común en la que estaba domiciliada la hipoteca. Dª Montserrat manifestó en el acto del juicio que había hecho algunos pagos de su parte (la mitad de la cuota) del préstamo hipotecario mediante ingresos en metálico de los que no conservaba justificante.

Como hemos dicho, la prueba de tales hechos resulta compleja a la simple vista del extracto de la cuenta corriente. La cuota mensual del préstamo oscilaba entre los 300 y 400 euros. Escudriñando el extracto, se advierte que desde el 2 de septiembre

de 2014 existen unos ingresos periódicos por importe de 400 euros con los mismos códigos y por el concepto “pago hipoteca”. Estos necesariamente deben corresponderse con los ingresos realizados por D. Cesáreo con dicha finalidad, por lo que debemos de dar por probado que desde entonces fue D. Cesáreo el que pagó las cuotas del préstamo hipotecario.

Mayores dudas se plantean entre marzo y septiembre de 2014. En este periodo no existen tales ingresos periódicos, sino distintos ingresos por distintos conceptos: “MITAD HIPOTECA” (3 ocasiones); DEUDA HIPO Montserrat “ (2 ocasiones); Cesáreo DEUDA Montserrat “; “Cesáreo CINCUENTA POR CIENTO”.

Igualmente, existen en ese lapso de tiempo otros ingresos sin concepto.

Por tal motivo no puede darse por probado que entre marzo y septiembre de 2014 pagara íntegramente las cuotas del préstamo hipotecario.

b.- Desde el 2 de noviembre de 2018 hasta el inventario.

Respecto de este periodo, no hay duda. D. Cesáreo sigue haciendo las transferencias periódicas y Dª Montserrat reconoció en su interrogatorio que no ingresó nada en la cuenta.

Analizada la cuestión relativa a quien pagó las cuotas del préstamo hipotecario, para que surja el crédito a favor de D. Cesáreo es necesario que acredite que los pagos se hicieron con dinero no ganancial.

En el activo del inventario que consta en la sentencia y que no se ha discutido únicamente aparecen tres elementos: la vivienda familiar, su mobiliario y el saldo de una cuenta por importe de 7,03 euros, sin que se haya puesto de manifiesto variación en el mismo desde las medidas provisionales. De ello se deduce que los únicos ingresos gananciales de las partes entre marzo de 2014 y noviembre de 2018 serían, en principio, los provenientes del trabajo.

Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial antes expuesta, entendemos que sería contrario a la buena fe atribuir la consideración de ganancial a los ingresos por trabajo de D. Cesáreo por el largo periodo de tiempo en el que se produjo la prolongada separación derivada del auto de medidas provisionales hasta la firmeza de la sentencia de divorcio, cuando ha sido éste el único que ha contribuido al pago de la práctica totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario de ese periodo, sin que Dª Montserrat haga justificado que haya hecho frente al pago de otros gastos comunes, como seguro o comunidad de propietarios.

Por tal motivo, existe un crédito a favor de D. Cesáreo y a cargo de la sociedad de gananciales por el importe de las cuotas hipotecarias abonadas desde septiembre de 2014, incluido, a noviembre de 2018.

Igualmente, dicho crédito también existe por el periodo comprendido entre noviembre de 2018 y la realización del inventario (diciembre de 2021), ya que no hay sociedad de gananciales y los ingresos de D. Cesáreo son de su exclusiva propiedad.

Por tanto, el recurso debe ser parcialmente estimado.

Cómputo del plazo de caducidad

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 20 DE MARZO DE 2023

Debe admitirse a trámite la oposición de la madre biológica a la resolución de desamparo pues habiendo alegado que han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptarla y que ello se puede solicitar dentro del plazo de dos años desde la que se dictó dicha resolución (plazo de caducidad que no se había cumplido), es por tanto inadecuado aplicar el plazo de caducidad de dos meses desde que se notificó la resolución de desamparo.

Se recurre en apelación por la representación de Dª Macarena el auto que se dictó por el Juzgado de Primera Instancia Nº 26 de Valencia en fecha 1 de julio de 2022, en autos de oposición a medidas de protección de menores 703/2022 que inadmitió a trámite la oposición que había formulado por estimar que concurría caducidad de la acción. Ello por considerar que el procedimiento entablado era el previsto en el art. 780 LEC, de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores, al impugnarse la declaración de desamparo efectuada en fecha 2 de diciembre de 2020 respecto de la menor Paloma, nacida el día NUM000 de 2008, hija de la recurrente. Y considerar que la acción debía haberse entablado en el plazo de dos meses desde que se había dictado la resolución, habiendo transcurrido con creces el plazo referido, no habiéndose aportado la notificación efectiva a la demandante, y habiéndose limitado la solicitante a alegar que se había presentado dentro del plazo de dos años concedido por el Código Civil, no habiéndose acreditado una tardía notificación, estando contemplada la caducidad de la acción como motivo de inadmisión en resoluciones de esta Sala.

La apelante pretende que se revoque la resolución recurrida, y se disponga la admisión a trámite del procedimiento, con devolución de los autos al Juzgado para su tramitación y alega que puede, al amparo del art 172 CC, solicitar la revocación de la resolución de desamparo atendido que han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptarla y que ello se puede solicitar dentro del plazo de dos años desde la que se dictó dicha resolución, plazo de caducidad que no se había cumplido. Y señala también que no existe un procedimiento específico previsto en la LEC respecto a la acción por lo que ha de entenderse de aplicación el previsto en el art. 780 LEC.

Para resolver el recurso de apelación han de tomarse en consideración los hechos alegados en la demanda, resumidamente, que la demandante en el mes de julio de 2020, aconsejada por el psicólogo, había interpuesto denuncia contra la hija al mostrar ésta un comportamiento inadecuado de insultos, vejaciones y agresiones hacia su madre, habiéndose formalizado, a consecuencia de ello, la guarda provisional de la menor por la Administración y el ingreso en centro de recepción de DIRECCION001, y en fecha 2 de diciembre de 2020 se había declarado el desamparo, al estimarse que la progenitora tenía responsabilidad sobre los comportamientos de la hija, al no ser consciente de la complejidad del problemas. Señaló también que había cumplido las visitas que se habían dispuesto en la propia resolución de desamparo y por el centro al que había sido trasladada la menor (DIRECCION000), recurso mas estable, habiéndose dispuesto visitas en fines de semana en el domicilio familiar con pernocta puntualmente y vacaciones con posibilidad de progresión a criterio del centro, y, sobre todo, que las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medidas (declaración de desamparo y asunción de la tutela administrativa) habían cambiado, pues la demandante, madre biológica, había evolucionado favorablemente en lo que concernía a su capacidad para prestar la asistencia a su hija, por lo que podía hablarse ya de desamparo

de la adolescente, solicitando que cesasen las funciones tutelares y el reintegro en el ejercicio de la patria potestad.

Lo alegado en la demanda es, precisamente, que se había producido un cambio en la actitud de la progenitora que suponía un cambio de circunstancias que habían motivado la declaración de desamparo, considerando que estaba en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad sobre la hija. Por tanto, la pretensión se fundamento en lo dispuesto en el art. 172.2 CC, habiéndose ejercitado la acción dentro del plazo de dos años que establecece el referido precepto, pues la demanda se interpuso en fecha 16 de enero de 2022.

Ello lleva a estimar que no concurría caducidad de la acción por lo que debió admitirse a tramite la demanda, sin que pueda tener consecuencias negativas para la demandante que la Administración no tramitase el expediente administrativo procedente en atención a la petición formulada por la progenitora, tendente a comprobar si se había producido el cambio alegado. En este sentido, el art. 21.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas dispone que la Administración esta obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera de sea la forma de su iniciación, siendo el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa el fijado en la norma reguladora del correspondiente procedimiento, y este no podrá exceder de seis meses, plazo que se entiende aplicable en defecto de normativa especifica.

No procede la constitución de la tutela del menor

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, AUTO DE 1 DE FEBRERO DE 2023

Se desestima la petición de la abuela materna de que se constituya la tutela de su nieto ya que en este momento, no resulta procedente la privación o suspensión de la patria potestad sobre el menor, premisa ineludible para constituir la tutela interesada, pues los posibles incumplimientos de la madre no tienen la gravedad exigida por la Jurisprudencia para adoptar tal medida.

La representación procesal de la parte demandante, en el procedimiento de referencia, se alza contra el auto de fecha 22-12-2021, por el que, desestimando la solicitud de la representación de la parte demandante, se acuerda no haber lugar a la constitución de la tutela del menor Virgilio, nieto de la solicitante por vía paterna.

Fundamenta la resolución recurrida tal decisión en el siguiente argumento: (Razonamiento Jurídico Único) “En el momento actual, el hijo menor convive con su madre, teniendo la abuela paterna relación con el mismo a través de un régimen de visitas, y en atención a los acuerdos concretos con la madre del menor. Aunque en el informe de los Servicios Sociales, se exponen distintas limitaciones maternas en relación a los cuidados del menor, en especial, en el ámbito educativo, lo cierto es que viene atendiendo al menor en sus cuidados básicos, encontrándose en seguimiento de los servicios sociales. Por tanto, no puede concluirse que proceda la privación de la patria potestad de la madre, por lo que no puede constituirse la tutela en este momento”.

Consideraciones jurídicas previas. Sobre el interés de los menores en la adopción/revisión de medidas personales sobre ellos en los expedientes y procesos de protección de menores.

Ha de comenzarse por señalar que no existe un concepto legal de lo que se entiende por interés superior del menor y, en cuanto a la forma en que puede ser reconocido, existen sendos sistemas antagónicos: uno el cerrado, mediante el establecimiento de una “chek list” de situaciones que quedan incluidas en el referido interés como determinantes del mismo, es el caso de la Children Act de 1989 y el adoptado por la LO 1/1996, tras sus reformas del 2015, en donde se establecen unos criterios que sirven de guía al juez para tomar sus decisiones, y el otro, en el que se configura como una cláusula general, a la que no se le da un concreto contenido, sino que habrá de determinarse en cada supuesto específico, que exija la interven-

ción de los tribunales. Si bien, la primera solución normativa no libera de hacer un esfuerzo de adaptación a las concretas circunstancias concurrentes para localizarlo y aplicarlo.

Efectivamente, el interés de los menores como criterio prevalente a la hora de adoptar medidas respecto a ellos en cualquier ámbito, y por tanto también en el de protección de menores, tanto en sede administrativa como judicial, ha sido reforzado y concretado por la reforma del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, operada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En dicho artículo se trata de delimitar el contorno de ese, hasta entonces, "concepto jurídico indeterminado", fijando (apartado 2) los criterios generales que, junto con los específicos de la legislación aplicable y los que puedan estimarse adecuados según las circunstancias concretas del supuesto, se deben tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar dicho interés superior. Se pretende así limitar la discrecionalidad que la indeterminación del concepto producía frecuentemente en su aplicación a los supuestos enjuiciados.

Dentro del conjunto de los criterios a ponderar para el juicio de prevalencia del interés del menor que se enumeran en dicho artículo 2, resultan relevantes en los supuestos de protección de menores como el caso que nos ocupa, los siguientes:

a) "La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas" (apartado 2 a). Ello supone que será determinante para decidir sobre la persona que deba ostentar la guarda de los menores que el titular de la misma y su entorno puedan atender, en un nivel razonable, las necesidades habituales del menor, tanto las de manutención, como de vestido, educativas, cuidados y las más personales de afecto, reconocimiento, respeto y convivencia gratificante en el entorno familiar.

b) "La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia" (apartado 2 c).

Con este criterio interpretativo el legislador, si bien reconoce la prelación de la familia biológica como lugar de desarrollo del menor, supedita esa preferencia a que dicho entorno sea adecuado, lo que remitiría a que cubra las necesidades apuntadas en el anterior apartado, y, sobre todo, que dicho entorno esté libre de violencia tanto física, como psicológica y emocional, pues ello entronca con los principios propugnados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/2021 de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Finalmente, ha de recordarse que la privación total o parcial, o la suspensión de la patria potestad, requisito previo para la constitución de la tutela (artículo 222 del C. Civil) se encuentra regulada en el artículo 170 del Código Civil y es una consecuencia del incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma, entre los que se incluyen los de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, así como alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; en todo caso, la patria potestad es una institución que se inspira fundamentalmente en el bien del hijo que aparece como absolutamente determinante (Tribunal Supremo S. Sª 1ª 23-II-99 y 24-IV-2000 por todas).

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto de autos, lo determinante es resolver si la madre está o no incursa en causa de privación o suspensión de la patria potestad, pues solo si se responde afirmativamente a esa disyuntiva procederá entrar a analizar si la constitución de la tutela es lo más beneficioso para el menor. Y para ese juicio de privación/suspensión de la patria potestad ha de partirse de que el legislador ha establecido una clara preferencia porque la familia biológica nuclear de origen sea el lugar de desarrollo de los menores, así como que las vulneraciones de los deberes inherentes a la patria potestad que acarrean dicha consecuencia deben ser graves y persistentes.

En el caso de autos, de los informes obrantes en autos, tanto del emitido por los Servicios Sociales como por el Equipo Psicosocial del IML, si bien constatan deficiencias en el ejercicio de las facultades inherentes a la Patria potestad, concretamente en el área educativa por la escasa implicación de la familia con el centro escolar del menor, no se deduce un incumplimiento grave y reiterado de otros aspectos derivados de la facultad de guarda del menor. En efecto, el informe de los Servicios Sociales, que en este caso ha de merecer una

mayor garantía de acierto respecto a su dictamen que el del Equipo Psicosocial del Juzgado, dada la amplia perspectiva temporal de intervención de los primeros en el entorno familiar del menor (hay antecedentes desde 2015), señala en sus conclusión nº 4 que el riesgo del menor es "moderado", recomendando, no la extracción del menor de su familia nuclear materna mediante la constitución de la tutela, sino continuar con la intervención del ETF respecto a la madre, a fin de evitar futuras situaciones de mayor riesgo para el menor.

Por tanto, la Sala comparte el argumento de la Juzgadora de Instancia de que, en este momento, no resulta procedente la privación o suspensión de la patria potestad sobre el menor, premisa ineludible para constituir la tutela interesada, pues los posibles incumplimientos de la madre no tienen la gravedad exigida por la Jurisprudencia para adoptar tal medida.

Y frente a las anteriores consideraciones no pueden prevalecer las alegaciones de la parte recurrente en los dos motivos estudiados.

En efecto, no ha existido error en la valoración de los informes periciales emitidos, pues, aunque de forma muy sucinta, la Juzgadora de Instancia da preferencia al emitido por el de los Servicios Sociales, considerando este Tribunal que las valoraciones psicosociales y forenses y la conclusión que se extrae del mismo son coherentes, lógicas y están bien construidas, debiendo prevalecer frente a la opinión de la parte, más aún cuando al referido informe de los Servicios Sociales no se le imputa error de metodología, ni a los peritos actuantes tacha alguna de parcialidad.

Y respecto a que la sentencia vulnere el interés superior del menor, tampoco puede compartirse, pues aplicando los principios interpretativos antes reseñados y contenidos en el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, la Jueza a quo pondera adecuadamente la prevalencia de que el niño permanezca con su madre, no constatándose riesgo grave para él por dicha convivencia, más aún cuando mantiene relaciones fluidas y gratificantes con el resto de la familia extensa, lo que supone, de un lado, la posibilidad de que la madre cuente con la ayuda que puede prestarle dicha parentela en el ejercicio de sus funciones, y de otro, que puedan detectarse de forma inmediata las posibles disfunciones que el ejercicio de la patria potestad y la guarda por la madre puedan generar al menor en el futuro.

Todo ello ha de llevar a desestimar los motivos analizados y a ratificar el auto de la instancia, si bien completándolo en el sentido interesado por los Servicios Sociales de acordar, de oficio, con base en el artículo 158 del C. Civil y en beneficio del menor, que la madre siga bajo supervisión del Equipo de Tratamiento Familiar del Ayuntamiento de DIRECCION000 a fin de alcanzar los objetivos que se indican en la conclusión 4 del informe emitido con fecha 5-8-2020.

CASOS PRÁCTICOS

¿Puede embargarse el saldo de una cuenta bancaria donde solo se ingresa mensualmente el salario mínimo?

Por disponerlo el art. 607 de la Lec, es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

Ahora bien, puede suceder que el perceptor del salario mínimo no gaste todo el sueldo y mes a mes vaya ahorrando alguna cantidad generando un saldo en la cuenta superior al salario mínimo, y la cuestión jurídica que se plantea es la siguiente: ¿puede embargarse este saldo producto del ahorro?

El art. 588.4 de la Lec indica que: "Cuando en la cuenta afectada por el embargo se efectúe habitualmente el abono del salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, deberán respetarse las limitaciones establecidas en esta Ley, mediante su aplicación sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario, pensión o retribución del deudor o su equivalente. A estos efectos se considerará sueldo, salario, pensión, retribución o su equivalente el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en el que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior."

Consecuentemente, las limitaciones que se establecen en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplican exclusivamente sobre el importe que debe considerarse sueldo, salario o pensión, y no sobre el exceso que pudiera haber en la cuenta bancaria, al margen de su origen o procedencia.

Bajo la anterior premisa, todo saldo positivo que supere el importe de pensión, salario, sueldo se debe considerar como ahorro y en consecuencia, transcurrido el mes de vigencia con carta de naturaleza de pensión, salario o sueldo, este se convierte en ahorro disponible de dinero y por tanto susceptible de embargo.

Jornadas de Derecho de Familia en Tenerife

El mundo del derecho de familia es un ámbito complejo y delicado, donde las decisiones judiciales pueden tener un impacto duradero en la vida de las personas involucradas. Conscientes de esta realidad y de la necesidad de formación continua en una materia de tanta importancia, se llevaron a cabo las Jornadas de Derecho de Familia de Tenerife, organizadas conjuntamente por el ICATF (Ilustre Colegio de Abogados de Tenerife) y la AEAFA (Asociación Española de Abogados de Familia). Durante los días 14 y 15 de septiembre de 2023, destacados expertos se reunieron en el Salón de Actos del ICATF para abordar cuestiones cruciales en este campo y promover un enfoque integral en la resolución de conflictos familiares.

La primera ponencia, a cargo del Magistrado Francisco Salinero Román, se centró en un tema de gran relevancia en el derecho de familia: la guarda y custodia compartida, los alimentos y la asignación del uso de la vivienda familiar. El Magistrado Salinero Román destacó la importancia de tomar decisiones equitativas y razonables en estos asuntos, evitando exacerbaciones innecesarias de conflictos familiares, resaltando que, en muchos casos, la solución consensuada es la más efectiva y duradera para todas las partes involucradas.

En la segunda charla, la abogada especializada en derecho de familia, Dña. Sabina Galdeano Bonilla, exploró el papel crucial de las pruebas periciales en los casos familiares. Se analizaron los diferentes tipos de pruebas, su proposición, práctica y contradicción. Se hizo especial hincapié en los informes de equipos psicosociales y cómo estos pueden arrojar luz sobre la situación familiar, contribuyendo a la toma de decisiones justas y efectivas.

La Profesora Titular Carmen López-Rendo Rodríguez lideró la tercera ponencia, abordando las complejidades y las partidas a incluir en el activo de la sociedad de gananciales. Su enfoque académico y su experiencia en la AEAFA brindaron una visión completa de cómo abordar las cuestiones financieras en el derecho de familia.

Cerrando las jornadas, Gonzalo Pueyo Puente, abogado especializado en derecho de familia y expresidente de la AEAFA, exploró la otra cara de la moneda, detallando las partidas a incluir en el pasivo, esencial para garantizar una división justa de los activos y pasivos en casos de divorcio o separación y tocando una materia que genera innumerables cuestiones a la hora de redactar la demanda de liquidación de la sociedad ganancial.

El punto culminante de las jornadas fue el foro abierto de discusión que reunió a los asistentes, quienes tuvieron la oportunidad de plantear preguntas tanto a los destacados ponentes como a los distinguidos miembros de la AEAFA presentes. Este espacio dio lugar a un intercambio dinámico de ideas y perspectivas, donde se compartieron valiosas experiencias prácticas y se exploraron diversas visiones sobre los temas abordados.

Desde el Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife expresamos nuestro más sincero agradecimiento a los ponentes por compartir su experiencia y conocimientos durante estas jornadas. Asimismo, agradecemos a la AEAFA por su colaboración en la organización de este formación tan interesante y didáctica, brindando una plataforma crucial para el intercambio de conocimientos y experiencias en el ámbito del derecho de familia, esperando que continúen siendo un espacio de aprendizaje y discusión en futuras ediciones.

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

ACTA PREVIA MATRIMONIAL

Fernando José Rivero Sánchez-Covisa

Basconfer & Tan, S.L.

1.ª Edición - 2023

547 pág.

La presente obra realiza un estudio completo del acta previa matrimonial. La entrada en vigor de la Ley 20/2021, del Registro Civil, con una incipiente implantación del Registro Civil electrónico, y la ausencia de un nuevo Reglamento del Registro Civil ajustado a la nueva ley, generan problemas de incardinación de un expediente, esencialmente administrativo, en la forma documental notarial. Este libro trata de resolver dichos problemas, tomando como fundamento la doctrina y disposiciones administrativas de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en esta materia.

Actualizado con la Ley 8/2021, de 2 de Junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y las Instrucciones DGSJyFP de 3 de Junio, 9 de julio y 16 de septiembre de 2021, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios.

REBUS SIC STANTIBUS Y PACTOS ECONÓMICOS FAMILIARES

Elena Goñi Huarte

Editorial Aranzadi

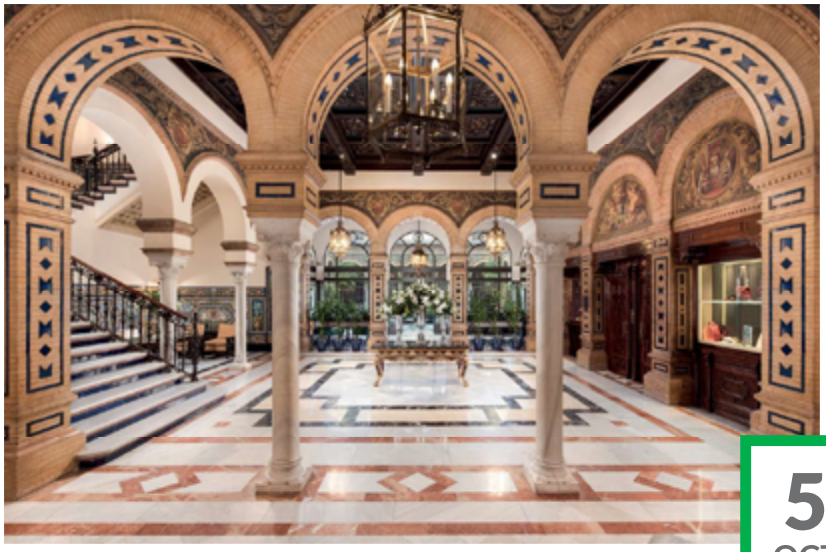
1.ª Edición - 2023

166 pág.

Desde marzo de 2020, la pandemia mundial originada por el SARS-CoV-2 (Covid-19) ha alterado muchos aspectos de nuestras vidas y ha generado una crisis económica sin precedentes en la historia reciente. El cese de la mayoría de las actividades productivas y laborales causó un aumento vertiginoso del paro y de los expedientes de regulación de empleo que afectaron notablemente a la economía de las familias. Después de una progresiva recuperación de la actividad económica, la inflación actual ha provocado que los ciudadanos perdamos poder adquisitivo, debilitando nuestra capacidad de asumir las obligaciones económicas contraídas con anterioridad a la pandemia. El Derecho ha de adaptarse a la sociedad y a sus circunstancias. Existe una figura jurídica que permite modificar los contratos ante situaciones extraordinarias e imprevisibles que provoquen una excesiva onerosidad sobrevenida de las prestaciones a cargo de una o de ambas partes contratantes: la regla rebus sic stantibus. Dicha regla históricamente se aplicaba por razones de equidad y de justicia, pero en la actualidad se basa en un fundamento más objetivo: la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de buena fe (directrices del orden público económico).

En Derecho español, tras la crisis originada por el Covid-19, rebus sic stantibus viene siendo aplicada por nuestros Tribunales a diversos contratos patrimoniales. Sobre todo se ha empleado para modificar equitativamente los contratos de arrendamiento de locales de negocio, ante la dificultad económica de los arrendatarios de hacer frente al pago de la renta, debido a la disminución de sus ingresos por la paralización de su actividad laboral y productiva. El reajuste de todos estos contratos para adaptarlos a una situación de crisis económica nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta objeto del presente trabajo: ¿es posible la aplicación de rebus sic stantibus a los pactos económicos familiares? Para responder a esta pregunta, en primer lugar se analizará la validez de estos pactos en nuestro ordenamiento jurídico, que poco a poco ha ido permitiendo la expansión del principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia. En segundo lugar, se abordará el estudio de la regla rebus sic stantibus, de los requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia para su aplicación y su viabilidad en la renegociación dentro del procedimiento extrajudicial de la mediación. Por último, se examinará la posibilidad de emplear rebus sic stantibus para adaptar judicialmente los pactos económicos familiares a las circunstancias derivadas de la crisis económica actual y si dicha adaptación puede llevarse a cabo dentro del procedimiento extrajudicial de la mediación familiar.

2023



5-6 OCTUBRE

XXVII JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2023 AEAFA · ICAS

PROBLEMÁTICA DE LAS EJECUCIONES EN DERECHO DE FAMILIA

Las jornadas se celebrarán de forma presencial y online

LUGAR DE CELEBRACIÓN

SALÓN DE ACTOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

C/ Enramadilla, nº 18-20 (frente Edf. Viapol)
41018 SEVILLA

DIRECTORA DE LAS JORNADAS

D.ª MARÍA PÉREZ GALVÁN

Abogada de Familia y
Vicepresidenta de la AEAFA

JUEVES 5 DE OCTUBRE

16:00 h.

ACREDITACIÓN Y ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN

16:30 h.

PRESENTACIÓN Y APERTURA

D. Rafael Márquez Romero
Presidente de la Secc. 2ª de Familia de la AP de Sevilla

Representante de la Diputación
Diputación Provincial de Sevilla

D. Óscar Fernández León
Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

D.ª María Dolores Lozano Ortiz
Abogada de Familia y Presidenta de la AEAFA

ORGANIZAN

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia · Abogacía Sevilla · libertas ediciones

JUEVES 5 DE OCTUBRE

17:00 h.

INCUMPLIMIENTOS DE OTROS PACTOS CONTENIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR: Problemática procesal de la ejecución de los pactos no homologados judicialmente. La ejecución de las escrituras notariales. Casuística de los distintos pactos y solución jurídica para su ejecución. Posible solicitud de modificación respecto de esos otros pactos no aprobados judicialmente.

D.ª Sabina Galdeano Bonilla
Abogada de Familia

18:30 h.

PROBLEMÁTICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LOS BIENES MUEBLES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: Incidencias en la ejecución de sentencia en relación a la atribución del uso. Destino de la vivienda cuando su uso no ha sido atribuido judicialmente a ninguno de los cónyuges o cuando finalizó el uso. Pago de los gastos de la vivienda. Problemática en relación a los bienes muebles. Uso y abono de los gastos de los vehículos propiedad de los cónyuges.

D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

21:30 h.

CENA (opcional). **Hotel Alfonso XIII**

VIERNES 6 DE OCTUBRE

10:00 h.

INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS: Pensiones alimenticias, pensiones compensatorias y compensación por el trabajo para la casa: Presupuestos para la ejecución y causas de oposición. Problemática de los gastos extraordinarios. Otras cuestiones de carácter económico en la ejecución de Sentencia.

Dª. Antonia Roncero García
Magistrada de la AP de Sevilla, Sección 2ª de Familia

11:30 h. PAUSA

12:00 h.

INCIDENCIAS DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: Medidas a adoptar por el Juzgado ante el incumplimiento: Multas coercitivas, coordinador de parentalidad, puntos de encuentro, mediación, intervención de servicios sociales, intervención de servicios de salud mental y terapias familiares, cambio de custodia. Sentencias del TEDH sobre el incumplimiento de visitas. La suspensión y la restricción de visitas en ejecución de sentencia. El cambio de residencia de los progenitores y la incidencia en el régimen de visitas. El incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio.

Dª. Dolores Viñas Maestre
Magistrada de la AP de Barcelona, Sección 18ª de Familia

14:00 h. PAUSA

16:45 h. PRIMERA COMUNICACIÓN

PROBLEMÁTICA EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE ACUERDA LA EXTINCIÓN DEL PROINDIVISO.

D. Juan Manuel Ávila Encío
Letrado de la Administración de Justicia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

17:15 h. SEGUNDA COMUNICACIÓN

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ASPECTOS PERSONALES Y ECONÓMICOS.

Dª. Susana Hernando Ramos
Fiscal de Familia

17:45 h. TERCERA COMUNICACIÓN

EL MALESTAR DEL CLIENTE EN MATERIA DE FAMILIA. COMO GESTIONARLO DESDE LA PSICOLOGÍA.

D. Miguel Fernández Galán
Psicólogo general sanitario

18:00 h. FORO ABIERTO

D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

D.ª M.ª Dolores Azaustre Garrido
Abogada de Familia

D.ª María Pérez Galván
Abogada de Familia y Vicepresidenta de la AEAFA

20:00 h. CLAUSURA

COLABORAN