REVISTA
Abogados de Familia

104
JUNIO 2020

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS

RELOCALIZACIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

CÓMO DEBERÍA DE SER EL/LA JUEZ/A DE FAMILIA "IDEAL".

EL RINCÓN DE PACO

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA

c/ Princesa nº 3. Dpdo. - Of. 1408. 28008 MADRID
Tel. y Fax: 915410562
aeafa@aeafa.es www.aeafa.es

Presidente M.ª Dolores Lozano Ortiz **Vicepresidente** María Pérez Galván
Tesorero Carmen López-Rendo Rodríguez **Secretario** 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.

REVISTA Abogados de Familia

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

Historia de un matrimonio. Y seguimos con cine...
Beatriz de Pablo Murillo

07 Carta de la Presidente

Un paso atrás para seguir avanzando
M.ª Dolores Lozano Ortiz

09 Artículo Doctrinal

Gestación por sustitución en situaciones transfronterizas: Un análisis valorativo entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Javier Carrascosa González

23 Informe

Relocalización Internacional de Menores
Patricia Kuyumdjian de Williams

31 Reflexiones

Cómo debería de ser el/la Juez/a de Familia "ideal".
Rosa María Más Piña

34 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

50 Sentencias Comentadas

93 Casos Prácticos

95 Noticias

99 Novedades Bibliográficas

101 Microrrelatos

106 El rincón de Paco

EDITORIAL

HISTORIA DE UN MATRIMONIO
Y seguimos con cine….

Siguiendo la recomendación que nuestro compañero Kepa Ayerra hizo hace unos meses en nuestra revista, recientemente he visto esta magnífica película, pese al triste tema del que trata, el desmoronamiento de un matrimonio que termina en divorcio. Os la recomiendo a quienes todavía no hayáis podido verla.

Me llamó poderosamente la atención, con desagrado, la imagen que trasmite de los abogados de familia que defienden a los esposos: abogados sin escrúpulos que se inventan " su verdad" para conseguir sus objetivos; para quienes la problemática familiar es una mera transacción, sin que realmente les preocupe como quedará esa familia, abogados que quieren su propio éxito antes que atender al verdadero interés de sus clientes. En definitiva unos abogados que carecen de criterios éticos y deontológicos en el ejercicio de su profesión.

Creo que esta imagen negativa de los abogados es una caricatura de la realidad. Me preocupa que pueda ser percibida así por la sociedad y por ello, os quiero hacer partícipes de estas reflexiones personales.

En nuestro trabajo diario no solo nos auto exigimos especialización, estudio, formación continua, búsqueda de la excelencia, estar al día…. sino que además, tenemos que seguir unas reglas y pautas: los principios éticos y deontológicos como búsqueda de bien y de la justicia.

Estos principios nos orientan particularmente sobre los dos tipos de relaciones que mantenemos habitualmente: la relación con nuestros clientes y la relación con nuestro oponente en el pleito, no olvidemos, -compañero en la profesión.- y por ello debemos observar en nuestra actuación profesional los siguientes: El principio de independencia, de libertad de defensa, de confianza e integridad, secreto profesional y lealtad profesional, evitando en todo caso el conflicto de intereses.

No podemos olvidar nuestra labor preventiva del conflicto judicial, la que desarrollamos de múltiples formas y en particular: escuchando, informando y asesorando al cliente para la resolución pacífica del problema, a través del procedimiento del mutuo acuerdo, evitando la confrontación en los juzgados, agotando siempre esa vía, salvo cuando precisamente el litigio sea la única fórmula posible de atender los intereses de nuestros clientes.

El abogado dentro del ámbito de su libertad e independencia puede aceptar o rechazar el encargo profesional y cesar en la defensa de los intereses del cliente si se producen discrepancias en la dirección técnica.

Otro de los pilares sobre los que se asientan nuestros principios éticos y deontológicos es el secreto profesional, quizá, el principio más importante en el ejercicio de la abogacía ya que los clientes depositan en el abogado de familia toda su vida, sus confidencias, su intimidad y, lo hacen, porque tienen puesta en él toda su confianza, ya que si no la hay, la información que se revela no es completa e irá en detrimento del propio cliente.

El principio de lealtad profesional, en tanto expresión del compromiso de la buena fe y de la garantía del cumplimiento de los pactos como fundamento de gran parte de las instituciones jurídicas. La lealtad al cliente como esencia en el rol del abogado, el cliente debe poder confiar en el abogado como asesor y como representante, no solamente porque tiene la convicción de que posee los conocimientos técnico-jurídicos para afrontar el problema, sino porque puede confiar en su honestidad profesional.

Este principio de lealtad profesional guarda íntima relación con el conflicto de intereses. Pues, en muchas ocasiones que se nos presentan no es posible asesorar y/o representar los intereses de una persona con lealtad, porque se han asumido responsabilidades de asesoramiento o defensa con anterioridad a otros clientes con intereses

contrapuestos. Y, el abogado de familia tiene que rechazar ese asunto anteponiendo el principio deontológico a otro tipo de interés.

Siendo ejemplo habitual de ello cuando el mismo letrado interviene en el asesoramiento de ambos cónyuges o partes en el proceso de familia y posteriormente, una vez realizado el asesoramiento, cualquiera de ellos acude porque han existido problemas o discrepancias. El abogado deberá entonces evitar defender los intereses de cualquiera de las dos partes, porque ambos han sido sus clientes.

La relación entre los compañeros debe basarse en la recíproca lealtad y en el respeto. Debemos evitar la captación de clientes cuando sabemos o conocemos que están siendo asesorados por otro compañero; debemos inculcarnos la obligación de abstenernos de pedir declaraciones testificales del abogado sobre hechos relacionados con su actuación profesional al igual que la prohibición de aportar en los procedimientos las comunicaciones que entre nosotros (compañeros) hayamos mantenido, tanto las menciones orales al respecto como por escrito; debemos mantener la petición de venia, como permiso o autorización que el letrado sustituto solicita al sustituido para poderse hacer cargo de la dirección de un asunto profesional como regla de consideración.

Y no puedo terminar sin llamar la atención sobre la inadecuada utilización que del derecho de familia se está haciendo, sobre todo en las redes sociales, mediante el uso de una publicidad engañosa. Por quienes se atribuyen ser especialistas pero que no tienen ni la formación ni la práctica adecuada en esta materia y cuyos parámetros se alejan de los principios básicos de la ética y deontología, olvidando que claro que se puede hacer publicidad, solo faltaba, pero esta deberá ser objetiva, veraz y digna, tanto en su contenido como en los medios empleados.

En definitiva, es sumamente importante que para que los abogados de familia no seamos los malos de la película, no solo nos esforcemos en nuestra formación, sino que cuidemos especialmente el cumplimiento de las normas éticas y deontológicas como prueba de la calidad de nuestro servicio, pues no todo vale.

Beatriz de Pablo Murillo
Vocal de la AEAFA

PD. Y para cuando la Jurisdicción de Familia

Carta de la Presidente de la AEAFA
M.ª Dolores Lozano Ortiz

Un paso atrás para seguir avanzando

En estos tiempos tan difíciles, desde la Junta Directiva de la AEAFA hemos intentado adaptar la dinámica de nuestra asociación para seguir mejorando el Derecho de Familia desde una doble perspectiva: la formación continua de todos nosotros y la visualización en la Sociedad de la importancia de nuestro trabajo especializado, como parte integral de la función social que como Abogacía tenemos encomendada por la Constitución.

Cuando se trata un asunto importante, antes de hablar o de escribir, parece conveniente dar un paso atrás. Los que tienen por oficio opinar, hablar o escribir públicamente no pueden contentarse con una primera aproximación o con una visión simple y unilateral. Hay que pararse, reflexionar y examinar las cosas desde varios puntos de vista, intentar ver si se excluyen o son conciliables para integrarlos en una visión abarcadora. Hay debates que parecen dominados por la ignorancia, la obsesión y el puro disparate. Se entablan polémicas estériles y, por ello, es adecuado que cuando no estemos de acuerdo, le demos otra vuelta a la cuestión.

El estado de alarma y la "nueva normalidad" no han hecho más que ratificar y afianzar lo que venimos reclamando desde hace décadas. Debe afrontarse con urgencia la reforma orgánica que establezca la especialización en Familia de los órganos judiciales, tanto de primera como de segunda instancia, con una adecuada delimitación de las materias de su competencia. Solo de esta manera será posible mejorar la gestión procesal de los conflictos familiares y las resoluciones que se dictan. Los principios que informan el Derecho de Familia no pueden ser cumplidos en las condiciones de trabajo actuales.

También se ha evidenciado que la especialización en Familia, dentro del orden jurisdiccional Civil, deberá ir acompañada de una reforma adecuada de la planta judicial y de la creación de juzgados de Familia en todo el territorio, además de las secciones especializadas correspondientes dentro del Ministerio Fiscal y la aprobación de un Código de Familia que contenga toda la normativa específica en la materia, sustantiva y procesal, así como la relativa a los equipos profesionales y técnicos auxiliares que colaboran con la adecuada gestión del conflicto familiar (equipos psicosociales, equipos de mediación, coordinación de parentalidad, puntos de encuentro y centros de atención a la familia entre otros).

Es cristalino que la especialización en materia de Familia deberá incluir forma-

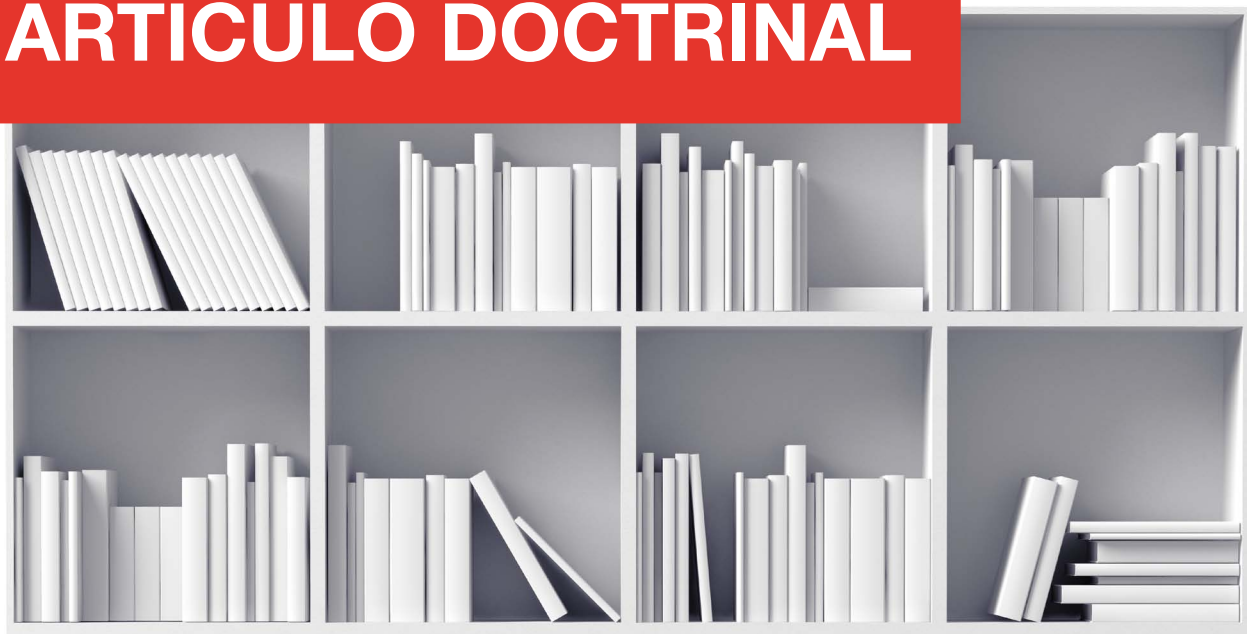
ción obligatoria de todos los miembros de la Carrera Judicial que hayan de resolver procesos de familia sobre aquellos conceptos o nociones de naturaleza metajurídica (psicología, sociología, pedagogía, justicia terapéutica, etc,) que vayan a ser necesarios para la adecuada práctica, comprensión y valoración de las pruebas esenciales del proceso de familia (interrogatorio de partes, audiencia del menor e informes periciales psicológicos y/o sociales).

Y claro es que, todo ello, debe ir acompañado de las oportunas reformas sustantivas y procesales.

Nuestro planteamiento ha sido recogido en la "Guía de Criterios de actuación judicial en materia de Custodia Compartida", publicada por la Comisión de Igualdad del CGPJ, que ha liderado un grupo de expertos de origen multidisciplinar y donde la AEAFA ha tenido una participación directa y muy activa. El documento final ha plasmado la realidad de la materia en nuestros tribunales, abordándose el estudio desde una perspectiva integral y multidisciplinar. Las voces que indican que dicha Guía supone un ataque a la función jurisdiccional se equivocan. Las voces que alertan de que la Guía es pro síndrome de alienación parental, también. Así como las voces que indican que la Guía no tiene en cuenta la perspectiva de género. El trabajo es el resultado de un estudio exhaustivo que, sentencia por sentencia, describe la realidad actual. En ningún momento se ha pretendido que las orientaciones contenidas en esta Guía sean normas de aplicación directa por parte de ningún tribunal, ya que cada familia necesita una sentencia a medida. Demos un paso atrás, para no perder la perspectiva, un paso atrás para aunar, integrar y evitar debates que impidan ahondar en la verdadera problemática.

En estos tiempos difíciles que nos ha tocado vivir, es de recibo que en nombre propio y de la Junta Directiva de la AEAFA os agradezca la implicación y apoyo a nuestra asociación para seguir trabajando, aprendiendo y rectificando errores con debates constructivos. Y al mismo tiempo, sigamos formándonos y trasladando a la sociedad la necesidad de la especialización. Durante este 2020, la AEAFA se ha adaptado a las nuevas circunstancias mediante una amplia propuesta de formación no presencial, en sustitución de las numerosas jornadas que a lo largo del año veníamos ofreciendo, y que tanto echamos de menos. Durante estos meses hemos intentado llegar a todos para sentirnos unidos, acompañados y conectados, al tiempo que actualizábamos conocimientos. Y así seguirá siendo el resto de 2020 mediante ponencias y charlas no presenciales gratuitas, esperando vuestra participación, ideas y propuestas para mejorar y corregir todo aquello que pueda mejorarse.

Un afectuoso saludo a todos, nos conectamos en la última ponencia antes de nuestro corto período vacacional, que será impartida por la Magistrada Dña. Margarita Pérez Salazar, el próximo 22 de julio a las 17 horas. Y os deseamos un grato descanso en los once días de vacaciones de agosto. Disfrutadlos en compañía de vuestros seres queridos.



GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS. UN ANÁLISIS VALORATIVO ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Javier Carrascosa González

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

SUMARIO: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO: LAS TRES POSIBLES TESIS. 1. Tesis legeforista: la madre es la mujer que da a luz. 2. Tesis de la admisión en España de la filiación determinada en el extranjero mediante sentencia judicial: los padres son, en principio, los determinados por los tribunales extranjeros. 3. Tesis de la admisión en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral: los padres son, en principio, los que aparecen como tales en los Registros civiles extranjeros. II. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL EXTRANJERO. 1. La tesis del Tribunal Supremo español. 2. La tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. III. REFLEXIONES CRÍTICAS.

I. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO: LAS TRES POSIBLES TESIS.

1. Muy numerosos son los españoles que se trasladan a países con legislaciones que admiten la gestación por sustitución. Allí contratan a la “madre sustituta” / “mujer gestante” y allí nace el hijo. Es frecuente también que regresen a España con el menor y con documentación oficial extranjera, registral o judicial, que indique que dicho menor es legalmente “hijo” de las personas que contrataron a la madre sustituta, y no de ésta. En dicho casos surge la cuestión de precisar la

filiación de dichos menores para el Derecho español. Se trata ésta de una cuestión de extraordinaria complejidad técnico-valorativa sobre la que se han sostenido, fundamentalmente, tres tesis[1].

1. Tesis legeforista: la madre es la mujer que da a luz.

2. Algunos estudiosos del tema opinan que la filiación de estos menores debe determinarse, en todo caso, con arreglo al Derecho sustantivo español. Debe aplicarse, siempre, por tanto, el art. 10.1 Ley 14/2006. La madre del nacido es la mujer que da a luz. Siempre. Esta tesis legeforista se construye sobre los siguientes puntos: (a) El documento registral extranjero, se dice, no es una "decisión" extranjera. No es más que un mero soporte documental en el que constan "hechos". Una vez ante el Registro Civil español, dicho documento registral extranjero debe ser calificado por el Encargado del Registro Civil español, que debe comprobar la "realidad del hecho" y la "legalidad" del mismo. Por tanto, según estos expertos, la determinación de la filiación para el Derecho español, de estos menores, constituye una cuestión de "Derecho aplicable" a la filiación y no de validez en España de una "decisión registral extranjera" sobre filiación del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución; (b) La Ley aplicable a la filiación discutida no se fija a través del art. 9.4.I CC, sino que debe aplicarse, en todo caso, el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Los defensores de esta tesis subrayan que el art. 10 Ley 14/2006 citado es una "norma material imperativa", una "Ley de policía", que debe aplicarse en todos los casos, nacionales e internacionales, que se susciten ante los tribunales y autoridades españolas. Indican que esta norma defiende intereses estatales, públicos y de la sociedad española de primer orden. Por ello, según ellos, resulta indispensable, forzoso, necesario y obligatorio aplicar dicha norma jurídica a todo supuesto, nacional o internacional, de determinación de filiación en los casos de filiación por sustitución que surjan ante las autoridades españolas. La norma de conflicto española (art. 9.4.I CC) debe ignorarse y dejar paso a la aplicación necesaria de este art. 10.1 Ley 14/2006; (c) Ad abundantiam, los defensores de esta tesis subrayan que, normalmente, en estos casos se está ante un "fraude de Ley general" (art. 6.4 CC), pues los españoles se trasladan al extranjero con el único objetivo de sortear la aplicación del art. 10 Ley 14/2006 lograr una concreta filiación del menor a su favor (Forum Shopping). Se trata, pues, de un fraude de Ley que debe ser sancionado con la ineficacia, en España, de la filiación atribuida al menor en el extranjero y con la aplicación del art. 10 Ley 14/2006, pues "[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir" (art. 6.4 CC); (d) En consecuencia, la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz al hijo. Los sujetos que contrataron a dicha mujer no son, para el Derecho español, los padres del nacido. La madre del nacido mediante gestación por sustitución es siempre la mujer gestante, la mujer que da a luz y no la mujer que aporta el material genético o la que encargó la gestación; (e) El contrato de gestación por sustitución es nulo por aplicación del Derecho sustantivo español; (f) La filiación establecida por las autoridades extranjeras no puede surtir efectos legales en España por los dos motivos anteriores y porque los sujetos españoles que contrataron a la gestante operaron en "fraude a la Ley", al trasladarse al extranjero con la única intención de lograr que la resolución norteamericana relativa a la filiación del menor surtiera efectos legales en España (Forum Shopping).

3. Esta tesis supone admitir que la Ley española es de aplicación universal. La Ley española se aplica a todo caso de gestación por sustitución, sean cuales fueren sus los contactos del caso

1 A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", CDT, 2009-II, pp. 294-319; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", CDT, 2011, pp. 247-262; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", CDT Cuadernos de Derecho transnacional, vol. VII, n.2, 2015, pp. 45-113; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Filiación", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), Derecho internacional privado, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 299-33, esp. pp. 315-331.

con otros países y digan lo que digan los tribunales de esos otros países. La tesis ha sido sostenida, entre otros, por ciertos internacionalprivatistas españoles, así como por numerosos expertos en Derecho civil español (C. LASARTE ALVAREZ, E. FARNÓS AMORÓS, A.J. VELA SÁNCHEZ)[2] . Ha sido también apoyada por la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011 que anula la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles][3] . En general, la magistratura española sigue esta tesis (S. SALVADOR GUTIÉRREZ) (STSJ Madrid CA 13 marzo 2017 [filiación de nacido mediante gestación por sustitución en Rusia])[4] . En dicha línea, la AP de Valencia empleó estos razonamientos: (a) El contrato de gestación por sustitución era nulo por aplicación del Derecho sustantivo español; (b) Es aplicable el art. 10 Ley 14/2006 y la filiación corresponde a la mujer que dio a luz; (c) La filiación establecida por las autoridades norteamericanas no podía surtir efectos legales en España por los dos motivos anteriores y porque los sujetos españoles que contrataron a la gestante operaron en "fraude a la Ley", al trasladarse a California con la única intención de lograr que la resolución norteamericana relativa a la filiación del menor surtiera efectos legales en España (Forum Shopping).

2. Tesis de la admisión en España de la filiación determinada en el extranjero mediante sentencia judicial: los padres son, en principio, los determinados por los tribunales extranjeros.

4. Otros expertos han indicado que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como ha sido acreditada en el extranjero en virtud de sentencia judicial, siempre que ésta supere su reconocimiento en España. Ésta es la tesis que sigue la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243 de 7 octubre 2010). La Instrucción sigue en pleno vigor. No ha sido derogada por el TS, como erróneamente se ha afirmado. Dicho pleno vigor ha sido confirmado por la Instrucción DGRN 18 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución [BOE núm. de 21 febrero 2019], que deroga la Instrucción DGRN de 14 febrero 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que a su vez había derogado la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010, que, se insiste, sigue vigente.

5. Según esta tesis, debe presentarse ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y debe comprobarse que la mujer gestante dio su libre consentimiento para perder su patria potestad y que el menor no ha sido objeto de comercio. La sentencia extranjera debe presentarse a exequatur en España. Dicho exequatur se rige por los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, por los arts. 41-61 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 julio 2015). Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un "procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria", no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el mismo Encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España (RDGRN [2ª] 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos])[5] .

2 C. LASARTE ÁLVAREZ, "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", Diario La Ley, 17 enero 2012, pp. 1-7; E. FARNÓS AMORÓS, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", Indret.com, enero 2010; A.J. VELA SÁNCHEZ, "Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", Diario La Ley, 7687/2019, n. 9453.

3 SAP Valencia 23 noviembre 2011 [CENDOJ 46250370102011100707].

4 STSJ Madrid CA 13 marzo 2017 [JUR\2017\79536].

5 RDGRN [1ª] 30 noviembre 2011 [JUR 2012/303072].

6. Cuando el Encargado del Registro Civil español debe controlar, incidentalmente, el reconocimiento de la resolución judicial en España, deberá acreditar varios extremos: (a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente y que el menor no ha sido objeto de comercio; (e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado. Estas exigencias persiguen constatar: (a) La plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; (b) Que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra un tráfico internacional de menores y/o la compraventa de menores; (c) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

7. Ésta es la tesis que sigue la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243 de 7 octubre 2010). Debido a la citada Instrucción, ésta es la tesis que han seguido los Registros Civiles españoles y a la que hay que atenerse si se desea que la filiación determinada en el extranjero de los nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución, conste en el mismo sentido en el Registro Civil español. La DGRN abandonó así la tesis que mantuvo en su antes citada RDGRN 18 febrero 2009 y cambió de criterio.

8. Debe tenerse presente que en algunos Estados no es posible obtener la sentencia judicial que acredite la filiación del menor en relación con los padre comitentes. Por eso, esta tesis es inviable en tales países. Es el caso de Ucrania.

3. Tesis de la admisión en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral: los padres son, en principio, los que aparecen como tales en los Registros civiles extranjeros.

9. Otros especialistas han subrayado que existen normas legales en DIPr. español que permiten “trasladar” al Registro Civil español la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera. Tales normas españolas de DIPr. son los arts. 60 LCJIMC, Disp. Adic. Tercera LJV (1) y arts. 81 y 85 RRC. Estas disposiciones legales exigen el control de ciertos extremos.

En particular, se exige que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y, finalmente, que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Esta tesis la siguió la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California] que estimó que el reconocimiento en España de la filiación de estos menores no era contrario al orden público internacional español y no podía tampoco ser denegado con el argumento del fraude de ley porque debía primar el interés superior del menor y éste exigía el reconocimiento en España de la filiación atribuida

en el extranjero[6] .

10. En primer lugar, la Disp. Adic. Tercera LJV (1) exige que la filiación del menor se ajuste a la Ley indicada por el art. 9.4 CC. Este precepto, tras su reforma de 2015, conduce en primer lugar, a la Ley del país de la residencia habitual del hijo. Si el niño tiene su residencia habitual en España ello comporta la aplicación de la Ley española, con arreglo a la cual, sabido es que la filiación del nacido tras gestación por sustitución corresponde a la mujer que da a luz. Sin embargo, este resultado no es definitivo, porque como se verá seguidamente, el rechazo de la filiación establecida en otro país tras una gestación por sustitución puede resultar contraria a los derechos del menor y al derecho de éste a su identidad, a su vida personal y familiar. Por tanto, aunque la disposición citada obliga a controlar la conformidad de la Ley española y según esta Ley el nacido es hijo de la mujer que da a luz, el Derecho español obliga a reconocer la filiación del menor acreditada en el país extranjero (art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, en BOE núm.313 de 31 diciembre 1990 y art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950, en BOE núm. 243 de 10 octubre 1979). Igual conclusión se alcanza, a mayor razón todavía, si el menor tiene su residencia habitual en el país donde se ha acreditado su filiación.

En segundo lugar, el mismo art. 9.4 CC obliga a aceptar la filiación del nacido en el caso de que con arreglo a la Ley española no pueda determinarse su filiación pero sí pueda hacerse con arreglo a la Ley nacional del mismo. Es el caso de nacidos de madre desconocida pero cuyos padres son, según la Ley nacional del menor, los sujetos comitentes. De ese modo se evita que el menor carezca de filiación.

En tercer segundo lugar, la disposición citada de la LJV exige, especialmente, el respeto del orden público internacional español para poder trasladar al Registro Civil español la filiación que consta en el Registro civil extranjero en relación con los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Esta tesis la siguió la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles]. En sentido contrario, la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011, antes citada, anuló dicha RDGRN 18 febrero 2009 y la DGRN abandonó este criterio para abrazar la tesis anterior, esto es, la tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial (Instrucción DGRN de 5 octubre 2010). Sin embargo, nueva vuelta de tuerca porque la STS 6 febrero 2014 consideró que las certificaciones registrales extranjeras sobre filiación de menores podían acceder directamente al Registro civil español[7] . El debate se centra, pues, en decidir si la resolución extranjera que admite una filiación del nacido tras gestación por sustitución en favor de los comitentes, produce o no produce vulneración del orden público español.

II. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL EXTRANJERO.

11. En el marco de la tercera tesis, que es la que acepta como correcta el TS en su STS 6 febrero 2014 el debate se centra en decidir si la resolución extranjera que admite una filiación del nacido tras gestación por sustitución en favor de los comitentes / padres de intención, produce o no produce una vulneración del orden público español. Dos posiciones deben distinguirse.

1. La tesis del Tribunal Supremo español.

12. El TS sostiene que la resolución registral extranjera en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes españoles es una “decisión extranjera” pero que dicha decisión vulnera el orden público internacional español (STS 6 febrero 2014 [menores nacidos en California tras gestación por sustitución]). Por ello no puede accederse a su inscripción en el Registro Civil

6 RDGRN 18 febrero 2009 [EDD 2009/16359].

7 STS 6 febrero 2014 [CENDOJ 28079119912014100001].

español, de modo que la madre de los menores es, para el Derecho español, la mujer que da a luz.

13. La vulneración del orden publico internacional español la fundamenta el TS en estos puntos.

1º) El "discurso de la dignidad". El TS afirma que la gestación por sustitución vulnera la "dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población".

Este argumento es débil. En realidad, sólo se vulnera la dignidad de la mujer y del menor en el caso de que los niños nacidos en el extranjero hayan sido objeto de comercio, de que la madre gestante haya sido engañada y prestó un consentimiento no informado, o que haya vendido sus servicios con exclusivo ánimo de lucro y percibió beneficios indebidos o que la mujer gestante haya sido obligada a prestar sus servicios porque concurrió intimidación, violencia, o porque su situación de pobreza hizo que tuviera que aceptar su papel de mujer gestante o bien, finalmente, que la mujer gestante no haya querido en ningún momento renunciar a su patria potestad sobre el menor. Sólo en tales casos, efectivamente, el menor y la dignidad de la mujer gestante quedan perjudicadas y sólo en ese caso existe vulneración del orden público internacional español. Debe descenderse al supuesto concreto y probar, en su caso, que el niño ha sido objeto de comercio. Afirmaciones generales no prueban nada.

2º) El "discurso de la discriminación económica". La gestación por sustitución en países extranjeros, indica el TS, constituye una técnica de reproducción asistida de alto coste económico y por ello, sólo está al alcance de unos pocos ciudadanos que se lo pueden permitir al contar con elevados ingresos y/o patrimonios. Por tanto, insiste el TS, el establecimiento de la filiación como consecuencia de contratos de gestación por sustitución no estaría al alcance de la mayor parte de la población que quedaría discriminada económicamente.

Este argumento es también poco sólido. Es como afirmar que sólo pueden adoptar a menores en el extranjero los sujetos con un cierto poder económico y que por ello deben denegarse en España los efectos jurídicos de tales adopciones.

3º) El "discurso del fraude". El Forum Shopping fraudulento. Según el TS, los particulares han llevado a cabo una colocación artificial del supuesto en un país extranjero para huir del Derecho imperativo español, en concreto de la regla de la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y de regla de la filiación materna en favor de la mujer que da a luz en estos casos. Existe un Forum Shopping fraudulento practicado por éstos y el modo de castigar dicho comportamiento es negar los efectos legales en España de la decisión jurídica obtenida de modo artificial en el extranjero por los particulares (STS 6 febrero 2014, FD 3.7). Numerosos expertos indican que aceptar en un país con una legislación anti-gestación por sustitución, la filiación establecida en el extranjero en estos casos significa fomentar conductas para vulnerar la Ley mediante su by-pass internacional (J. GUILLAUMÉ, M. FABRE-MAGNAN, M. CASTELLANETA)[8] .

Este tercer argumento resulta igualmente improcedente. Incluso en los casos en los que haya existido tal movimiento legal estratégico, éste no puede castigarse con mecanismos jurídicos que supongan un perjuicio para el menor, pues ello vulnera el principio del interés superior del menor. En efecto, el Forum Shopping fraudulento es una excepción al reconocimiento en España

8 J. GUILLAUMÉ, "Nota a Sents. Cour Cass Francia 13 septiembre 2013", JDI Clunet, 2014, pp. 133-148; M. FABRE-MAGNAN, "Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la GPA", Le Figaro 26/06/2014 (http://www.lefigaro.fr); M. CASTELLANETA, "Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo", Famiglia e minori, 2005-5, pp. 66-69.

de decisiones extranjeras que ha sido diseñada para "castigar" a los responsables de dicho movimiento de "deslocalización artificial de la relación jurídica", movimiento con el que esperan lograr algún beneficio legal. Sin embargo, en estos casos, apreciar Forum Shopping fraudulento no es siempre procedente, porque los menores no son responsables de los actos de sus padres y negar el reconocimiento del acta registral extranjera por haber sido lograda mediante Forum Shopping podría conducir a "castigar a los hijos", a los que se priva de una filiación, debido a una "deslocalización artificial de la relación jurídica" no realizada por ellos, sino por sus presuntos padres (S. BOLLÉE, G. CUNIBERTI)[9] . Como ha escrito con bien cortada pluma A. GOUTTENOIRE, "el recurso al interés del menor permite recordar que en ningún caso son los menores los que deben pagar el precio de las consecuencias de los actos de los adultos, aunque estos actos resulten contrarios a los principios esenciales del Derecho civil o penal" (Sent. Cour Cass. Francia 3 julio 2015, Lizie, y Sent. Cour Cass Francia, 3 julio 2015, Kolia)[10] .

14. Como indica el voto particular a la STS 6 febrero 2014, "la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso". Esto es, precisamente, lo que el TS no hace en esta sentencia. Debería haber quedado demostrado que los niños nacidos en California fueron objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada, o vendió sus servicios con exclusivo ánimo de lucro y percibió beneficios indebidos. Sólo en tales caso, efectivamente, el menor y al dignidad de la mujer gestante. Las afirmaciones generales y apodícitcas del TS en el sentido de que en toda gestación por sustitución existe una "cosificación de los menores" y un perjuicio de la dignidad de la madre gestante no pueden servir de base para activar la cláusula de orden público internacional. Sería como afirmar que en toda adopción constituida en otro país se vulnera la dignidad de la madre biológica porque vende a su hijo, se lucra con dinero y se comercia con el menor. En la intervención del orden público internacional los datos del caso concreto son siempre relevantes. En el caso de especie, "no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios".

Es evidente que negativa a inscribir en España la filiación que los menores tienen en California supone un perjuicio para los mismos. Ahora tendrán nombres distintos y padres distintos en España y en Estados Unidos. Carecen de una identidad única y tienen derecho a ella según el art. 8 CEDH. La postura del TS ya había sido anticipada, con idéntico error, por la AAP Madrid 3 diciembre 2012 [sentencia norteamericana que determina la filiación de nacidos en virtud de gestación por sustitución][11] .

2. La tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

15. En primer lugar, afirma el TEDH que no puede emplearse la cláusula de orden público internacional para rechazar de modo sistemático, en un Estado parte en el CEDH, los efectos jurídicos de la filiación de un menor legalmente establecida en el extranjero en casos de gestación por sustitución.

En segundo lugar, indica el TEDH que la admisión en el Estado de destino, España, de la filiación acreditada en otro país en relación con nacidos en virtud de gestación por sustitución constituye una solución necesaria para defender, proteger y promover el interés superior del menor (STEDH 26 junio 2014, 65192/11, Mennesson vs. Francia; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee vs. Francia; STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia; STEDH 21 julio 2016, Foulon y Bouvet vs. Francia; Advisory Opinion Grand Chamber TEDH 10 abril 2019; Decisión TEDH

9 G. CUNIBERTI, "Nota a la Sent. Cour d'appel de Paris 1re ch. sect. Civile 25 octubre 2007 [gestación por sustitución en California]", JDI Clunet, 2008, pp. 144-153; S. BOLLÉE, "Nota a Sent. Cass. Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]", JDI Clunet, 2009, pp. 577-586; S. BOLLÉE, "Nota a Sent. Cour Cassation 10 marzo 2014 y Sent. TGI Versailles 29 abril 2014", RCDIP, 2014, pp. 619-629.

10 Sent. Cass Francia 3 julio 2015, Lizie y Sent. Cass Francia 3 julio 2015, Kolia [RCDIP, 2015, pp. 885-890].

11 AAP Madrid 3 diciembre 2012 [CENDOJ 28079370242012200267].

(Sección quinta) de 19 noviembre 2019 [gestación por sustitución en Estados Unidos y Ghana])[12] . Sólo así se salvaguarda, en primer lugar, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y en segundo lugar, el derecho a la vida familiar de dicho menor y de los sujetos que tomaron la decisión de ser sus padres ("parents d'intention" / "intended parents").

En tercer lugar, y sólo en casos extremos, tales como compraventas de menores, explotación o engaños a la madre gestante, etc., se puede recurrir al orden público internacional del Estado de destino para denegar el reconocimiento de la filiación de estos menores ya fijada en el Estado de origen, y no por sistema.

16. El TEDH sostiene su tesis sobre varios argumentos que extrae del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 noviembre 1950.

1º) Respeto a la identidad personal a través de las fronteras estatales (art. 8.1 CEDH). El menor nacido en el extranjero tras una gestación por sustitución tiene legalmente atribuida en dicho país extranjero una identidad jurídica, una filiación y unos nombres y apellidos. Si dicha identidad no se admite en el Estado de destino se vulnera el derecho a la vida privada del menor que comprende el derecho a su "identidad personal". En este sentido, la muy acertada sent. Cass. Italia 21 junio 2016 indica que es un derecho fundamental del menor la conservación de su filiación legítimamente adquirida en otro Estado, de modo que es irrelevante que la gestación por sustitución sea ilegal en el Estado en el que ahora interesa hacer valer la filiación del menor. En igual sentido se pronuncia la Sent. Cass. Italia 17 noviembre 2016 [gestación por sustitución en Ucrania] y la Sent. Cass. Italia 30 septiembre 2015 [hija de dos mujeres nacida en España]: "diritto alla continuità dello status filiationis validamente acquisito all'estero"[13] . Como indicó la muy famosa y también acertadísima sentencia de la Superior court of California, Family Law Division de 27 agosto 1997, In Re Buzzanca, "the baby is here. All the matter is what is best for him now that he is here and not how he is arrived...."[14] . El menor tiene derecho a seguir siendo, en el Estado de destino, la misma persona que es en el Estado de origen. Si se rechaza su filiación en el Estado de destino el menor tendrá nombres distintos y padres distintos en España y en el Estado de origen. Carecerá de una identidad única, y tiene derecho a ella según el art. 8.1 CEDH. El menor tiene derecho a que la filiación legalmente establecida en el Estado de origen sea admitida al Estado de destino: (a) En el caso de que uno de los "padres de intención" sea además progenitor biológico del menor, dicho ligamen biológico es suficiente para que se acepte su filiación en el Estado de destino. El Estado de destino no puede negar la filiación del menor paterna que resulta del principio de veracidad biológica, que es esencial en el art. 8.1 CEDH y también en el Derecho civil español; (b) En el caso de que se trate de un "padre de intención" sin vínculo biológico con el menor, el Estado de destino debe implementar una "vía legal veloz y efectiva" para aceptar la filiación de dicho menor, bien mediante (i) la transcripción directa del acta registral o sentencia extranjera en la que consta dicha filiación en los Registros civiles del Estado de destino, o bien mediante (ii) la "adopción el menor" por parte del padre de intención no biológico. En todo caso, pues, el Estado de destino debe examinar las circunstancias del caso concreto y decidir qué vía es la más apropiada para el interés superior del menor (Advisory Opinion Grand Chamber TEDH 10 abril 2019; Decisión TEDH (Sección quinta) de 19 noviembre

12 STEDH 26 junio 2014, 65192/11, Mennesson vs. Francia] [ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211]; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee vs. Francia [ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111]; STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia [ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812]; STEDH 21 julio 2016, Foulon y Bouvet vs. Francia [ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD000906314]; STEDH Gran Sala 24 enero 2017, Paradiso Campanelli [ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812]; Advisory Opinion (Grand Chamber of the ECHR) (Request no. P16-2018-001) of 10 April 2019 [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383]; Decisión (Sección quinta) de 19 noviembre 2019, C y E vs. Francia [ECLI:CE:ECHR:2019:1119DEC000146218].

13 Sent. Cass. Italia 17 noviembre 2016 [gestación por sustitución en Ucrania], https://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13551&id=13551#.XsUVrkQzbNg. Sent. Corte Cass. Italia 30 septiembre 2015, RDIPP, 2016, pp. 813-829.

14 https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html.

2019 maternidad surrogada en Estados Unidos y Ghana). Es curioso señalar que en el caso de los menores Mennesson (STEDH 26 junio 2014, 65192/11, Mennesson vs. Francia), la Cour de Cassation francesa indicó que el litigio relativo a la filiación de las gemelas Valentina y Fiorella Mennesson duraba ya más de quince años, por lo que la adopción no era una "vía legal veloz y efectiva", como había exigido el TEDH. De ese modo, la cour señaló que lo mejor para los menores, lo más rápido y efectivo, era transcribir directamente la filiación en favor de la madre de intención que constaba en el acta de estado civil norteamericana al Registro Civil francés (Sentencia Cour cassation Francia n. 648 de 4 octubre 2019, Mennesson). Por tanto, la cour francesa fija dos mecanismos de solución. En primer lugar, si no concurre orden público internacional, la filiación en favor del padre intencional se debe concretar mediante la adopción por éste en relación con el menor nacido en país extranjero mediante gestación por sustitución. En segundo lugar, en casos específicos en los que la adopción no sea posible o retrase la conclusión del caso, se procederá a transcribir la filiación directamente al Registro Civil francés. En sentido similar: sent. Cour Cassation Francia n. 1113 de 18 diciembre 2019[15] .

En esta línea, siquiera parcialmente, la sent. Corte Cassazione Italia 8 mayo 2019 [hijo por naturaleza nacido en Ontario de dos varones italianos] indica que no puede reconocerse en Italia la filiación de un nacido tras gestación por sustitución en Ontario respecto del "padre intencional" que no tiene ligamen biológico con el menor, pues ello vulneraría el orden público internacional italiano al perjudicarse la "dignidad humana de la madre biológica, mujer gestante"[16] . Sin embargo, la sentencia indica que puede procederse a la adopción del menor en Italia por su "padre de intención" en "casos particulares". Es cierto que esta adopción (art. 44 Legge 184/83) es una adopción menos plena, una adopción de serie B, lo que coloca al menor en una situación no deseable y antijurídica, pues no es hijo del adoptante a todos los efectos legales, de modo que se interrumpe, así, el status legal que el menor tenía en el Estado de origen, lo que no encaja con la jurisprudencia del TEDH. En el supuesto de dos mujeres "progenitoras intencionales", en el que una de ellas había proporcionado los ovocitos y la otra había gestado al menor, la Cassazione italiana había reconocido la filiación de ambas mujeres como "madres" porque las dos habían participado en un "proyecto común procreativo", de modo que ambas tenían un ligamen biológico con el menor y no existía, en realidad, ninguna "gestación por sustitución" (Sent. Cass. Italia 15 junio 2017).

2º) Respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH). Como regla general, el reconocimiento en el Estado de destino de la filiación legalmente establecida en el Estado de origen es necesario para garantizar el derecho de tales menores a su "vida familiar". En efecto, con frecuencia, los "intended parents" y los niños constituyen y se han comportado como una "familia" durante años. Existe, pues, una "familia" legalmente constituida en el Estado de origen (= EE.UU. en los casos Labasse y Mennesson y Rusia en el caso Paradiso et Campanelli), y que vive como tal, esto es, como una familia. Puede suceder, como así aconteció en los casos Labasee y Mennesson, que aunque la filiación de los menores establecida en los EE.UU no se reconoció en Francia, quedó probado que los "intended parents" y los menores pudieron vivir normalmente durante años en Francia como una verdadera "familia", sin restricción legal alguna. En tal supuesto, indica el TEDH, Francia no ha vulnerado el CEDH y por ello, el TEDH no condenó a Francia por vulnerar el derecho a una "vida familiar" de los menores y sus "intended parents". La familia formada en el Estado de origen tiene derecho a vivir como una familia en el Estado de destino. Si no se admite en el Estado de destino la filiación del nacido tras una gestación por sustitución, legalmente determinada en otro país, puede ser que el menor no pueda vivir con sus padres, con lo que se infringe el derecho a la vida familiar.

15 Sent. Cour cassation Francia n. 648 de 4 octubre 2019, Mennesson [ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648]
Sent. Cour Cassation Francia n. 1113 de 18 diciembre 2019 [ECLI:FR:CCASS:2019:C101113].

16 Sent. Sent. Corte Cass. Italia s.u. n.12193 de 8 mayo 2019
[http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2019/05/12193.pdf].

Si se rechaza en el Estado de destino el reconocimiento de la filiación establecida en el Estado de origen y se comprueba que ello ha supuesto que los menores y sus "intended parents" no han sido considerados como una "familia" en el Estado de destino y/o no son tratados y protegidos como tales, por ejemplo, porque los niños han sido separados de sus "intended parents", entonces sí se produce una vulneración del derecho a una vida familiar (art. 8 CEDH) y el Estado parte deberá ser condenado por el TEDH (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee vs. Francia, FD 66).

3º) Respeto al interés superior del menor. La no admisión de tal filiación en el Estado de destino comporta perjuicios legales para el menor. Puede carecer de nacionalidad, no dispone de derechos sucesorios respecto de los comitentes, etc. Visto que la nacionalidad depende, con gran frecuencia, de la filiación, si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores pueden carecer de nacionalidad. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona (STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli, FD 85; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee vs. Francia FD 76). Al no ser considerados, en el Estado de destino, "hijos" de sus "intended parents", estos niños no pueden heredar de los mismos a título de "hijos". Podrán recibir bienes mortis causa pero a título de legatarios, esto es, como si fueran "terceros" y no "hijos" del causante, lo que perjudica sus derechos hereditarios. El principio del "interés del menor", que es un principio "superior" del ordenamiento jurídico español, se impone sobre cualquier otro, como la lucha contra el Forum Shopping o la defensa de la autoridad de la Ley o el control de la ley aplicada por la autoridad extranjera con arreglo a las normas de conflicto españolas (C. MAYER) (Sent. Corte di Cassazione Italia n. 14878/17) de 15 junio 2017 [filiación en el Reino Unido a favor de dos mujeres]). La denegación de efectos jurídicos a esta filiación es "catastrófica para el menor en cuestión" (P. LAGARDE). Debe recordarse que el principio del "interés superior del menor" está contenido en la Constitución española y en textos internacionales como la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989[17] . Este principio está contenido, por tanto, en texto de superior rango jerárquico a una Ley como la Ley 14/2006. Debe aplicarse con preferencia a lo dispuesto en dicha Ley por razones de jerarquía normativa y jerarquía valorativa. Este principio no constituye una pauta extra-legal que puede destruir lo que marca la Ley española. Todo lo contrario: este principio está contenido en normas jurídicas clarísimas de rango jerárquico muy elevado y es la Ley española la que debe ajustarse a dicho principio, todo ello en el caso concreto.

4º) Concepción restrictiva y específica del orden público internacional. En consecuencia, la posición del TEDH significa que: (a) Sólo si se prueba que el menor ha sido objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó un consentimiento no informado, o que vendió sus servicios con exclusivo ánimo de lucro y percibió beneficios indebidos o que la mujer gestante fue obligada a prestar sus servicios porque concurrió intimidación, violencia, o porque su situación de pobreza hizo que tuviera que aceptar su papel de mujer gestante o bien, finalmente, que la mujer gestante no quiso en ningún momento renunciar a su patria potestad sobre el menor, será entonces posible invocar el orden público internacional del Estado de destino y negar los efectos legales, en tal Estado, de la filiación legalmente atribuida en el Estado de origen; (b) Estas circunstancias sólo pueden valorarse en el caso concreto porque en toda intervención del orden público internacional, los datos del caso son relevantes. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sent. corte d'appello Bari 13 y 25 febrero 2009 [una decisión inglesa que atribuye la maternidad legal a una mujer que no fue la que dio a luz al menor, todo ello en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debe ser transcrita al Registro Civil italiano en virtud del interés superior del menor, que constituye el "parametro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all'ordine pubblico internazionale"], y mucho antes la RDGRN 18 febrero 2009 [menores nacidos en California y padres españoles])[18] .

17 P. LAGARDE, "Nota a Sent. Cass Francia 17 diciembre 2008 [gestación por sustitución en California]", RCDIP, 2009, pp. 320-331.

18 Sent. Corte d'appello Bari 13 y 25 febrero 2009 [http://www.minoriefamiglia.it/pagina-www/mode_full/id_993/].

17. En suma, las conclusiones que alcanza el TEDH sobre esta cuestión pueden articulares en estas proposiciones.

1º) Regulación de la gestación por sustitución en los casos internos. Los Estados partes en el CEDH 1950 son libres para regular en sus legislaciones internas, como tengan por conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. El CEDH 1950 no obliga a ningún Estado a reformar su legislación y a admitir esta filiación de estos niños nacidos en virtud de esta técnica de reproducción asistida. Los Estados partes pueden, por tanto, si así lo deciden, negar la filiación de los niños nacidos en virtud de gestación por sustitución en relación con sus "intended parents" (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee vs. Francia, FD 56).

2º) Normas para desincentivar el turismo procreativo y la gestación por sustitución en el extranjero por parte de residentes en un Estado. El orden público internacional. Los Estados partes en el CEDH 1950 son también libres para adoptar reglas y normas que tratan de impedir que los particulares acudan a otros países donde las prácticas de gestación por sustitución se permiten y logren, así, "burlar" la aplicación de la Ley nacional que prohíbe estos contratos, que castiga estas conductas y que rechaza esta filiación. Dicho esto, varios aspectos concretos deben subrayarse.

Primero. En principio, los Estados partes pueden negar, en su orden jurídico, los efectos legales de la filiación establecida en otros Estados respecto de nacidos en virtud de gestación por sustitución (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee, FD 58). El art. 8.2 CEDH así lo permite. Esto es, en presencia de determinadas circunstancias un Estado parte puede denegar dicho reconocimiento a pesar de que con ello se vulnere el principio de no injerencia del Estado en la vida familiar y/o en la vida privada.

Segundo. Dicha negativa al reconocimiento de la filiación legalmente constituida en otro país tiene lugar, en los casos internacionales regulados por normas de DIPr., a través de la típica y tradicional cláusula de "orden público internacional". En efecto, un Estado parte puede entender que reconocer en dicho Estado la filiación constituida en otro país en relación con un nacido en virtud de gestación por sustitución daña la estructura jurídica fundamental de su sociedad y de su ordenamiento jurídico. En tal caso, las autoridades del Estado de destino activan el orden público internacional de su Estado y deniegan dicho reconocimiento.

Tercero. Ahora bien, debe quedar bien claro que dicha negativa a dar efectos a dicha filiación mediante el recurso al orden público internacional del Estado de destino no puede operar como una regla sistemática, axiomática, algebraica, abstracta y general. La activación del orden público internacional debe ser razonada y proporcionada y debe respetar los derechos recogidos en el Convenio de 4 noviembre 1950. El art. 8.2 CEDH impone que las restricciones a dicho reconocimiento de filiación derivadas de una intervención del orden público internacional del Estado de destino deben estar debidamente justificadas. Con otras palabras, puede afirmarse que el recurso al orden público internacional no opera como un "cheque en blanco" concedido al Estado de destino para denegar los efectos de la filiación extranjera en su orden jurídico simplemente porque la gestación por sustitución está prohibida en el Derecho de ese Estado de destino (STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli, FD 80). Para el TEDH, la admisión, en el Estado de destino, de la filiación de estos menores destino es siempre necesaria para respetar la vida privada de los menores y su identidad, y puede ser necesaria, en su caso, también para proteger la vida familiar de los menores y de sus comitentes. Sólo en casos extremos, tales como compraventas de menores, explotación o engaños a la madre gestante, etc., justificados en el caso concreto, se puede recurrir al orden público internacional del Estado de destino para denegar el reconocimiento de la filiación de estos menores ya fijada en el Estado de origen, y no por sistema. La intervención del orden público internacional debe ser, siempre, razonable y proporcionada, esto es, sólo en los casos antes señalados de engaños o explotación a la mujer gestante y similares.

Cuarto. El reconocimiento de la filiación de estos menores en el Estado de destino debe aceptarse para salvaguardar, en primer lugar, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor,

y en segundo lugar, el derecho a la vida familiar de dicho menor y de los sujetos que tomaron la decisión de ser sus padres ("parents d'intention" / "intended parents"). La falta de reconocimiento, en el Estado de destino, de la filiación de estos menores tal y como ha sido concretada en el Estado de origen, lesiona el derecho a la identidad de dichos menores. En efecto, la "identidad de la persona" forma parte de su derecho a una "vida privada". El respeto al derecho a una "vida privada" exige que todas las personas dispongan de los datos de su identidad como ser humano, entre los cuales se encuentra su filiación (STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli, FD 85; STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee, FD 75; muy interesante Ordinanza Corte di Appello Trento [Italia] 2 febrero 2017 [nacido en Estados Unidos a través de GPA y reconocimiento de la filiación en favor de dos varones italianos]). Se trata de que se respete tanto la identidad "física" como la identidad "social" de la persona (STEDH 26 junio 2014, 65941/11, Labassee, FD 38). Pues bien, la falta de este reconocimiento de filiación supone una evidente lesión al derecho a la identidad de los menores. El no reconocimiento de la filiación de los menores supone que éstos quedan en una situación de "incertidumbre jurídica". Los menores no son considerados hijos de sus "padres de intención" a pesar de que viven con ellos y con ellos forman una familia y a pesar de que son considerados "hijos" de tales padres en el Estado de origen. Al cruzar la frontera, la identidad de los menores cambia (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Labassee, FD 75). Debe subrayarse que el TEDH enfatiza el hecho de que, cuando la persona titular de los derechos recogidos en el CEDH 1950 es un menor, el interés superior del menor constituye un valor a defender por encima de cualquier otro interés. En definitiva, la lesión al derecho de los menores a su identidad en la sociedad francesa (= sociedad del Estado de destino) comporta perjuicios jurídicos y fácticos evidentes para tales menores: (i) los menores son considerados hijos de unas determinadas personas en el Estado de origen pero no son considerados hijos de esas mismas personas en el Estado de destino; (ii) Al seguirse el criterio del jus sanguinis en numerosos Estados de destino, los niños carecen de la nacionalidad de sus intended parents, pues ésta depende de su filiación, y si no se admite ésta tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores carecerán de nacionalidad francesa. Y la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de la persona (STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia, FD 85; STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Labassee vs. Francia FD 76); (iii) Al no ser considerados, en el Estado de destino, "hijos" de sus "intended parents", estos niños no pueden heredar de los mismos a título de "hijos". Podrán recibir bienes mortis causa pero a título de legatarios, esto es, como si fueran "terceros" y no "hijos" del causante, lo que perjudica sus derechos hereditarios.

18. La jurisprudencia del TEDH relativa a los casos de filiación acreditada en otros países tras una gestación por sustitución debe leerse con extremo tacto, con cuidada reflexión, con suma cautela y máxima prudentia juris. En efecto, una cosa es lo que el TEDH dice y otra muy diferente lo que el TEDH hace en sus sentencias. En esta perspectiva, algunas consideraciones críticas deben subrayarse.

1º) Lo que el TEDH dice: la admisión en un país de una filiación constituida en otro país sobre unos menores en casos de gestación por sustitución no es obligatoria. El TEDH se cuida muy mucho de "imponer" de modo expreso a los Estados partes en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 una filiación legalmente acreditada en otro país en relación con estos menores. Nunca el TEDH afirma que ello deba ser así. Esto es lo que el TEDH dice. Sin embargo, esto, en realidad, es sólo lo que el TEDH dice (= la afirmación oficial del TEDH), es lo que en términos de teoría o argumentación especulativa se denomina "lo que es" (was ist). Los expertos que resaltan esta conclusión son teóricos interesados, más que en la realidad, en el "dogma" de la oficialidad, en las afirmaciones en sí mismas.

2º) Lo que el TEDH hace: todo Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos (Roma 4 noviembre 1950) debe necesariamente admitir una filiación legalmente acreditada en el extranjero en relación con los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución. Frente a lo anterior, si se examina con mayor detenimiento la globalidad de los pronunciamientos del TEDH, se observa que el razonamiento seguido por dicho tribunal conduce, de modo necesario, a la admis-

ión, en el Estado de destino, de la filiación legalmente acreditada en el Estado de origen (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Labassee vs. Francia, FD 75; STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, Mennesson vs. Francia, FD 100). En efecto, en caso contrario (= esto es, si no se reconoce la filiación acreditada en el extranjero) se vulnera, siempre, el art. 8 CEDH, esto es, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y/o, en su caso, el derecho de todos los sujetos implicados a una "vida familiar". Por tanto, el TEDH indica que no es preciso que un Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 proceda necesariamente a la admisión de la filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, pero "hace" todo lo contrario. En efecto, para el TEDH, la admisión de tal filiación en el Estado de destino es siempre necesaria para respetar la vida privada de los menores y su identidad, y puede ser necesaria, en su caso, también para proteger la vida familiar de los menores y de sus comitentes. Quedan aparte, naturalmente, supuestos en los que la intervención del orden público internacional es razonable y proporcionada, esto es, los casos antes señalados de engaños o explotación a la mujer gestante y similares.

Por tanto, la afirmación del TEDH en el sentido de que todo Estado parte dispone de la libertad de no reconocer en su orden jurídico la filiación legalmente establecida en otro país en favor de los comitentes y derivada de una gestación por sustitución, no es más que una frase que ha sido completamente vaciada de contenido por el mismo tribunal. En verdad, la libertad de los Estados partes para denegar el reconocimiento de la filiación legalmente acreditada en otro país en estos casos de gestación subrogada es una libertad legislativa "reducida a cero", como muy bien pone de relieve el voto disidente contenido en la STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia, Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano, FD 15 in fine. Una visión desde la perspectiva de la "teoría narrativa" de los pronunciamientos judiciales conduce, pues, a una conclusión totalmente contraria a la que se alcanza desde el punto de vista de la "teoría especulativa" con una mera lectura literal de estas sentencias del TEDH. Esto es, si el analista de esta jurisprudencia se pregunta no sobre "lo que es" (= la lectura oficial de las sentencias del TEDH, "was ist"), sino sobre "lo que sucede" o ha sucedido (= la realidad a la que conducen las sentencias del TEDH, "was geschah"), el resultado es claro. Como muestra el antes citado FD 15 del voto disidente de la STEDH 27 enero 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia, (Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano), la protección de la identidad del menor cuya filiación ha sido determinada legalmente en el Estado de origen sólo puede llevarse a cabo, en el Estado de destino, mediante la admisión de su filiación en dicho Estado de destino tal y como ha sido establecida en el Estado de origen.

III. REFLEXIONES CRÍTICAS.

19. Toda solución jurídica en Derecho español debe estar guiada y presidida por los valores constituciones. En este contexto, las cuestiones legales relativas a la filiación de los nacidos en el extranjero en virtud de una gestación por sustitución deben resolverse con el interés (superior) del menor como principio supremo. Un principio que prevalece sobre cualquier otro principio, valor o interés. El interés del menor se traduce en su derecho a ser cuidado en el seno de una familia, a una filiación, a una identidad, a un nombre y en el derecho a su dignidad, a no ser tratado como un objeto de comercio. El art. 39 de la Constitución española y los numerosos convenios internacionales firmados por España así lo establecen. Especial atención debe presentar, en dicha perspectiva, a la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, publicada en el BOE núm.313 de 31 diciembre 1990, texto legal incorporado al Derecho español. Frente al interés del menor otros principios deben ceder, como la lucha contra el fraude de ley.

20. El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979) también despliega un papel central. La protección y defensa del derecho a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) obliga a los Estados partes, España entre ellos, a dar efectos en España a la filiación de estos menores para poder, así, preservar la identidad de los mismos, su filiación, su nombre y su nacionalidad tal y como tales circunstancias legales han quedado fijadas por las autoridades extranjeras. Del mismo

modo, el menor tiene derecho a conservar su familia tal y como ésta ha nacido en otro país.

21. Frente a la misma Constitución española y a los instrumentos legales internacionales, el art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo 2006 debe quedar circunscrito a casos en los que la filiación de estos menores no ha quedado fijada por autoridades extranjeras con arreglo a Leyes de otros países.

22. Una correcta lectura de las normas citadas conduce, de la mano del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a reconocer en España la filiación de los menores nacidos en el extranjero tal y como ha sido establecida por las autoridades de otros Estados. Así, debe procederse al reconocimiento de la filiación biológica del padre comitente de manera automática. Del mismo modo, la filiación respecto del padre comitente con el que el menor no tiene conexión biológica debe reconocerse en España bien mediante una adopción que debe constituirse en España o bien mediante el reconocimiento directo de la resolución extranjera de filiación judicial o registral, en España.

23. Los casos en los que no debe admitirse esta filiación en relación menores nacidos en virtud de una gestación por sustitución deben circunscribirse a los supuestos en los que, en el caso concreto, ha quedado probado que se ha vulnerado la dignidad constitucional del menor o de la mujer gestante. Casos en los que el menor ha sido objeto de comercio o compraventa y/o en los que la mujer ha sido obligada a gestar al menor contra su voluntad, por necesidad económica o ha sido engañada. fuera de tales supuestos, el menor debe poder conservar, por encima de las fronteras, su filiación, su nombre, su nacionalidad, y su identidad.

RELOCALIZACIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Patricia Kuyumdjian de Williams

Abogada. Buenos Aires (Argentina)

I. ANTECEDENTES DEL INFORME

El presente documento tiene por objeto resumir los informes elaborados por miembros de AIJUDEFA pertenecientes a 10 países, en relación a la problemática de cómo funcionan, en cada uno de ellos, los procesos las relocalizaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes, cuando no existe acuerdo entre los progenitores.

El presente informe fue presentado por AIJUDEFA a la Oficina Permanente de la HCCH con las recomendaciones pertinentes, en aras a valorar la conveniencia de poner las mismas a consideración de su Consejo de Asuntos Generales y Políticas.

AIJUDEFA, es una Asociación Internacional de juristas de Derecho de familia, de habla hispana, integrada por más de 80 reconocidos juristas (Abogados, Jueces, Fiscales y Especialistas eminentes) de distintas nacionalidades, expertos en las áreas de Derecho de Familia y Sucesiones.

AIJUDEFA nace ante la necesidad de agrupar a los líderes especialistas en Derecho de Familia para trabajar conjuntamente en las nuevas realidades de la familia y los retos legales que esta materia afronta en cada jurisdicción a nivel internacional.

Entre nuestros objetivos se encuentra la cooperación con organismos internacionales y asociaciones nacionales de derecho de Familia, desarrollar actividades de formación, el intercambio de jurisprudencia. AIJUDEFA es la voz del derecho de familia internacional de habla hispana.

II. PLANTEO DE LA PROBLEMÁTICA

Ante la separación de parejas con elementos internacionales y el fin del proyecto en común, se presenta la problemática de si el menor debe mantener su lugar de residencia habitual, o podrá alguno de los ellos desear regresar a su país de origen o trasladarse al extranjero por otros motivos con su hijo.

Son muchos los casos de nacionales y extranjeros que, tras la separación de la pareja, deciden reubicar su residencia. Su objetivo se convierte en una verdadera batalla judicial con altos costos económicos, emocionales y legales, a tal punto de romper completamente los vínculos familiares y sus nefastas consecuencias para los hijos. En ocasiones llevados por la desesperación configuran traslados o retenciones ilícitas que devienen en procesos de restitución internacional de los niños.

Desde AIJUDEFA nos preguntamos:

¿Si los procesos de relocalización internacional de menores podrían actuar como un elemento de prevención frente al aumento constante de las sustracciones y retenciones internacionales si dichos procesos tuvieran un procedimiento especial, ágil y con pautas claras?

Atento a ello, a cada jurisdicción, se le solicitó elaborar un informe sobre el tratamiento legal del tema de relocalización internacional de menores en cada uno de sus países respondiendo los siguientes puntos:

1. Hay un procedimiento específico en su país para el tratamiento de estos casos.
2. Tiempo de duración promedio de estos procesos en su país.
3. Tendencias jurisprudenciales de las Cámaras de apelaciones en su país en relación a la relocalización internacional.
4. Diría usted que en general se conceden o se niegan las relocalizaciones.
5. En su país se conoce la declaración de Washington de 2010. En caso afirmativo considera que se aplica a la hora de resolver el caso.
6. Identificar los desafíos y problemáticas en su jurisdicción

III. TEMAS PLANTEADOS EN CADA JURISDICCIÓN

1. ¿Hay un procedimiento específico en su país para el tratamiento de estos casos?

Todos los países de Latinoamérica consultados, incluido España informaron que:

- No existe un proceso específico para los casos de relocalización internacional, razón por la cual en la mayoría de los casos tienen un proceso ordinario o la parte que demanda debe optar entre diferentes procesos.
- No tienen una carátula especial que permitiría individualizarlos. En general se presentan como autorizaciones de viaje con fines de radicación.
- En la mayoría de los países consultados es diferente la situación de los procesos de aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre casos de sustracción internacional, ya que ellos sí tienen, un procedimiento especial.

En cambio en el Reino Unido existe un procedimiento con reglas específicas regulado por “The Children Act 1989”. Y resulta muy interesante destacar que si la solicitud es para el traslado a un país que no ha firmado el Convenio de la Haya 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, la competencia la tiene el High Court de Londres. Una instancia superior a los juzgados de familia y con jueces especializados en derecho internacional de familia.

Por su parte, en el Estado de New Jersey, Estados Unidos, a partir de los fallos de la Corte Suprema, Bauers c. Lewis, 167 NJ 91 (2001) y caso Bisbing c. Bisbing, 166 A.3d 1155 (NJ 2017) los tribunales tienen pautas claras para evaluar los casos de relocalización.

En Uruguay, es interesante mencionar que al menor se le designa un abogado del niño y es una parte más en el proceso (art. 8 del código de la niñez y adolescencia) de autorización de viaje para radicarse en el extranjero, art 191 código niñez y adolescencia.

2. Tiempo de duración promedio de estos procesos en su país.

En Argentina al ordinarizarse los procesos y teniendo presente que casi siempre las resoluciones son apeladas, los mismos duran varios años, lo cual produce desaliento y mucha angustia no solo a las partes, sino especialmente en los niños que se ven judicializados y en el medio de una disputa muy seria entre sus progenitores.

En Brasil en promedio, los procedimientos judiciales para la autorización de viajes internacionales con cambio de residencia habitual, tienen una duración de seis (06) seis meses a un (01) año de procesamiento regular, si no hay demandas ante la Cámara de Apelación.

En Chile al procedimiento de primera instancia hay que agregar los eventuales recursos de apelación y casación, lo que implica poder llegar hasta la Excma. Corte Suprema, pudiendo durar hasta más de dos años. Otro elemento controvertido en este procedimiento, es que admite demandas reconvencionales, por lo que quien se opone al traslado puede impetrar otras acciones en el mismo juicio que los hagan mucho más largo aún.

En Colombia la duración de estos procesos oscila entre seis meses a un año en promedio; pero en general el progenitor que se opone al traslado busca dilatar el proceso solicitando pruebas y valoraciones que demandan mucho tiempo.

En España el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria teóricamente debería ser rápido (dos, tres meses) pero la realidad es que puede alargarse más por el colapso de ciertos juzgados de familia. A ello debe agregarse que la duración puede ser variable en función de la provincia, sin contar la apelación (que no impide la ejecución de lo resuelto en primera instancia).

En República Dominicana depende muchas veces del tiempo que dure el trabajo social en el país donde va a residir el menor de edad, informe previo y obligatoria para poder dictarse la sentencia. Puede durar 7 meses o hasta un año.

En el Reino Unido lo habitual es que este tipo de demandas se resuelvan entre 6 y 8 meses desde que se presenta la demanda. La decisión de cambio de residencia puede ser apelada. Sin embargo en la práctica el juez que dicta la decisión no da permiso para su apelación, a no ser que se haya originado un nuevo aspecto legal inusual. En consecuencia los tiempos son menores que en el resto de las jurisdicciones consultadas.

En Uruguay el tiempo de duración dependerá de la prueba que se ofrezca, pero la sentencia no tiene efecto suspensivo, por lo cual el niño podría salir del país si se lo autoriza solo con una sentencia de primera Instancia, salvo que el otro progenitor interponga una medida cautelar de no innovar. El plazo en principio sería de menos de un año.

3. Tendencias jurisprudenciales de las Cámaras de apelaciones en su país en relación a la relocalización internacional.

En Argentina no hemos podido acceder a datos oficiales. Sin embargo de la investigación extraoficial realizada surgiría que la opinión de los niños es una de las pautas más relevantes que se tiene en cuenta para concederlas o denegarlas.

En Chile no es posible distinguir un criterio o tendencia por parte de la Cortes de Apelaciones, considerando además la no existencia de salas especializadas. Por parte de la Excma. Corte Suprema se distingue una tendencia a reconocer la viabilidad de los cambios de residencia fuera del territorio nacional, con fallos en que incluso se dedican considerandos a la necesaria armonía que debe existir entre el bienestar del progenitor custodio y el interés superior del niños. Un elemento reiterado en los últimos fallos es la debida ponderación a las garantías que existen para el padre no custodio de poder mantener un contacto directo y regular.

Las Audiencias Provinciales españolas y el Tribunal Supremo (o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio y casación autonómica) conocen de las apelaciones y casaciones, respectivamente, de los procesos contenciosos. Su tendencia es permitir la relocalización por traslado motivado del progenitor con custodia exclusiva. En general el problema es que se valoran antes las necesidades del progenitor y, establecidas éstas, se considera el efecto en el menor, y no al revés. En las custodias compartidas (cada vez más frecuentes) el problema es más complejo, pero la aproximación al conflicto es la misma.

En El Salvador, según el informe, no se pudieron detectar casos de relocalización internacional en la jurisprudencia ni en la doctrina.

El principio rector en el Reino Unido es el interés del menor, section 1(1) of the Children Act. En el año 2001 La Corte de Apelaciones en el caso de Payne v Payne estableció las pautas a seguir en los casos de relocalizaciones estableciendo claramente que el punto primordial es el interés del menor y los planes futuros de cada padre para el niño. En principio las decisiones judiciales se basan en:

- La motivación para la solicitud, en particular si el padre solicitante está tratando de excluir al padre demandado de la vida del niño;
- El nivel de planificación y preparación que respalda la solicitud;
- La base para la oposición a las propuestas, en particular si se centra en el bienestar del niño en lugar de tener alguna motivación oculta;
- El alcance del detrimento de la relación del niño con el padre demandado si el traslado se llevó a cabo, incluido un enfoque en las propuestas presentadas para el contacto continuo.

4. Diría usted que en general, ¿se conceden o se niegan las relocalizaciones?

En Argentina, en principio los jueces son reacios a concederlas y el tiempo excesivo de duración de los procesos desalienta a los actores.

En general, en Brasil, las solicitudes de cambio de la residencia habitual del niño o adolescente, son otorgadas en primera y segunda instancia, siempre y cuando se prueban los beneficios directos e indirectos que el cambio de residencia a otro país puede aportarle al niño, de conformidad con los Principios de la dignidad humana y su interés superior.

En Chile de la jurisprudencia emanada de sus Tribunales Superiores de Justicia, se puede observar que, a pesar de que en la última década y en especial desde el año 2014 en adelante existe una tendencia mayor a conceder las solicitudes de relocalización, la falta de procedimiento y la duración

excesiva de los procedimientos, funcionan de facto como una negativa a la relocalización y un estímulo perverso a buscar vías ilegítimas para llevar a cabo el cambio de residencia.

En Colombia el juez de familia puede otorgar esta autorización de traslado permanente de residencia tras justificar las condiciones socioeconómicas que garanticen los derechos de los hijos. Sin embargo, de ser negada la pretensión, se puede volver a demandar en un proceso nuevo, precisamente porque las sentencias sobre custodia, visitas y regulación de cuota alimentaria, salida del país, no hacen cosa juzgada material.

En España se tiende a conceder la relocalización, en custodias exclusivas porque prima el derecho a la libertad de residencia y los intereses "razonables" del progenitor que la pide, además del vínculo con el progenitor primario y el régimen de visitas con el no custodio. Sin embargo, es más complicado en compartidas, donde hay dos progenitores primarios.

En República dominicana los jueces también tienden a conceder. Los tribunales se enfocan mayormente en la "estabilidad material" del menor de edad y no en su estabilidad emocional, y no miden el impacto que puede tener el cambio de país en otros aspectos como familiares o culturales.

En el Reino Unido actualmente debido a la existencia de más familias con progenitores que cuidan de los menores un tiempo similar o compartido, es bastante más difícil en la práctica para un progenitor poder conseguir el cambio de residencia.

En New Jersey en Bisbing la Corte Suprema cambió los estándares y actualmente es más difícil para el padre con la custodia principal que solicita la reubicación obtenerla porque ahora tienen que demostrar que la reubicación será en "los mejores intereses" del hijo o hija, mientras que en Baures un padre o madre podía reubicarse siempre que tuviera un motivo de buena fe para ello y la mudanza no sería contrario a los mejores intereses del hijo o hija. Por ser relativamente nuevo, no se han reportado muchos casos como para examinar cómo los tribunales de primera instancia y de apelación analizan las solicitudes de reubicación con el nuevo criterio, pero todo indica que las relocalizaciones serán difíciles de obtener.

En Uruguay las autorizaciones se conceden cuando el otro progenitor no está cumpliendo con las cuotas alimentarias o el progenitor que pide la relocalización sufre una situación de violencia.

5. En su país se conoce la declaración de Washington de 2010. En caso afirmativo considera que se aplica a la hora de resolver el caso.

En casi todos los países consultados la Declaración de Washington es totalmente ignorada salvo, en el Reino Unido y Estados Unidos.

Tanto en Los Estados Unidos como en el Reino Unido sí se la conoce y en ambos sistemas jurídicos los tribunales han ido fijando pautas para discernir estos casos. En ocasiones en el Reino Unido la Declaración de Washington es citada en las sentencias, aunque no tiene valor legal.

En Argentina, a pesar de haber participado de la conferencia que se realizó en Washington D.C. contactados que fueran funcionarios de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, informaron que no se realizaron tareas de seguimiento ni difusión y ninguno de los jueces de familia consultados la conocían.

Los informes de Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, España, República Dominicana, Uruguay manifestaron que la Declaración era totalmente desconocida en sus jurisdicciones.

6. Identificar los desafíos y problemáticas en su jurisdicción

Hemos detectado que las problemáticas y desafíos son las siguientes:

Problemáticas:

- Falta de un proceso especial para atender estos casos como solicitudes de relocalizaciones diferente a las autorizaciones de salida del país,
- La excesiva duración de los procesos con final incierto.
- Al no tener un proceso específico, la etapa probatoria se torna muy prolongada desgastando a la familia.
- Al tener que atravesar 2 o 3 instancias, ya que en varios países se puede llegar hasta la Corte Suprema,
- La consecuencia es que muchos progenitores desesperados optan por realizar traslados o retenciones ilícitas.
- Altos costos difíciles de afrontar para muchas familias.
- La ausencia de pautas, en los países de Latinoamérica y España, a tener en cuenta por los jueces para conceder o negar las relocalizaciones, lo que deriva en una gran discrecionalidad
- La jurisdicción de familia tiene un alto grado de congestión por la cantidad de procesos diversos que son objeto de litigio. Por lo tanto, la necesidad de resolver el tema familiar de reubicación internacional no se considera urgente, quedando las familias abocadas a tomar determinaciones unilaterales o vías de hecho para solucionar su situación.
- Ante la falta de acuerdo entre los progenitores, el camino judicial lleva a la agudización del conflicto quedando los niños entrampados como rehenes.
- Falta de garantías sobre diversos aspectos: la forma en que se asegurará la mantención de una relación directa y regular con el padre no custodio (y con su familia extensa), la forma en que se realizará el pago de la manutención acordada o establecida judicialmente, y en general todos aquellos aspectos relevantes de definir para la vida futura del niño que se radicará en un nuevo país

Desafíos:

a) Conveniencia de generar normas procesales que establezcan los pasos, pruebas y plazos con que debe regirse el procedimiento de relocalización.

b) Elaboración de pautas a nivel nacional o internacional que delimiten la discrecionalidad del Juez.

c) Variar la aproximación jurisprudencial en la concesión para partir del interés superior del menor, al que deben supeditarse los legítimos intereses de sus progenitores.

d) Necesidad de garantizar, posiblemente con comunicaciones directas o acuerdos espejos, diversos aspectos sobre el régimen de comunicación, alimentos, participación del otro progenitor en la vida de su hijo cuando se encuentre en el extranjero.

e) En Argentina sería provechoso un estudio de investigación sobre el tema, con fines de promover programas de capacitación en la materia, y eventualmente, elevar para consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la posibilidad de elaborar un protocolo de actuación que permita dar agilidad y uniformidad a las relocalizaciones en el país.

f) En España concienciar de la existencia del artículo 9 del Reglamento 2201/2003 (y a partir

del 1/8/2022, del art. 8 del texto refundido nuevo, Reglamento 2019/1111), que atribuye competencia al tribunal del Estado Miembro de la Unión Europea (salvo Dinamarca) donde ha residido el niño cuyo traslado ha sido lícito (por decisión judicial o ex lege) para regular los contactos con el progenitor que queda allí, hasta que el tribunal del Estado Miembro de la Unión Europea de nueva residencia establezca otro régimen. Además, según el artículo 41, la decisión sobre el régimen de contactos (sea preexistente, sea adoptada al autorizar la relocalización, sea la dictada en los tres meses citados) en directamente ejecutable en el EM de nueva residencia sin exequátur alguno y con la sola posibilidad de oposición a la ejecución inmediata si ha habido ya otra decisión del EM de nueva residencia. Sería bueno tener su equivalente en el Convenio de La Haya de 1996.

g) Dar a conocer a jueces la Declaración de Washington.

IV. CONCLUSIONES

El tema de la reubicación familiar se ha convertido en un tema recurrente en las familias internacionales; los conflictos sobre la responsabilidad parental requieren de un tratamiento especial, precisamente porque su principal objetivo es el interés superior de los niños en cada caso

La globalización actual nos enfrenta con nuevos desafíos a fin de dar respuestas a las familias internacionales o transfronterizas:

Por ello resulta necesario promover legislaciones sobre el tema de la relocalización internacional de menores, a fin de:

1.- Garantizar que los derechos de los niños sean prioritarios

2.- Evitar que procesos largos e impredecibles lo dejen como víctimas,

3.- Buscar la reciprocidad legal de los fallos relacionados con las resoluciones judiciales

4.- Garantizar el derecho del niño a mantener contacto permanente virtual y físico con el progenitor en la distancia y un plan de parentalidad para estos casos que incluya, por ejemplo, que pueda pasar la mayor parte de sus vacaciones con el otro progenitor.

5.- Generar espacios de formación, capacitación y toma de conciencia sobre el tema de la reubicación familiar internacional a funcionarios administrativos, judiciales y a los profesionales del derecho que son en primera instancia los llamados a asesorar en consulta sobre estos temas relacionados con asuntos legales familiares internacionales.

6 – Promover la formación en mediación familiar en casos de reubicación familiar internacional con el objetivo de prevenir conflictos a futuro.

7.- Prevenir la sustracción de los niños o retención ilegal

8.- Construir una normativa acorde a los tiempos globalizados que vivimos así como a una interpretación armónica entre los derechos de los niños y las necesidades de los padres custodios, que en conjunto redunden en una solución que garantice suficientemente el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

9.- Difundir la declaración de Washington tanto al interior de la judicatura como entre los operadores del sistema a fin de ser un instrumento orientador

10.- Alentar la práctica de las comunicaciones judiciales directas entre jueces de las distintas jurisdicciones involucradas, con el objetivo de ayudar a establecer, reconocer y hacer cumplir las órdenes de relocalización.

V. JURISDICCIONES Y MIEMBROS DE AIJUDEFA QUE PARTICIPARON

ARGENTINA

Victoria GRANILLO OCAMPO, abogada, ex funcionaria Autoridad Central Argentina.

Patricia KUYUMDJIAN de WILLIAMS, abogada especializada derecho de familia. Profesora Derecho de Familia y Sucesiones.

Marta del Rosario MATTERA, ex magistrada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires. Profesora Derecho de Familia y Sucesiones.

BRASIL

Adriana Antunes Maciel Aranha HAPNER. Abogada especializada en derecho de familia.

CHILE

Daniela HORVITZ LENNON, abogada especializada en Derecho de Familia. Presidenta electa de AIJUDEFA

Juan Francisco ZARRICUETA, abogado, ex funcionario autoridad central chileno.

COLOMBIA

Sonia Rocío GÓMEZ GUERRERO, Abogada especializada en temas Convenio de La Haya, de sustracción internacional de menores y relocalización internacional.

EL SALVADOR

Mauricio CALDERON CASTRO, abogado especializado en Derecho de familia.

ESPAÑA

Joaquín BAYO DELGADO, Abogado-Consultor en Derecho internacional de familia, Ex magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 12ª-Familia)

María Dolores LOPEZ MUELAS, Abogada experta en derecho de familia. Presidenta de AIJUDEFA. Vocal de la Junta de AEAFA.

Carmen VARELA ALVAREZ Abogada especializada en Derecho de Familia,. Socia directora de “Carmen Varela Abogados de Familia” y Vicepresidenta de la Sección de Familia del Ilustre colegio de la Abogacía de Barcelona..

REPUBLICA DOMINICANA

Dilia JORGE MERA, abogada especializada en derecho de Familia

UNITED KINGDOM

Carolina MARIN PEDREÑO. Abogada española y Solicitor inglesa,

Socia Dawson Cornwell Solicitors, Londres.

URUGUAY

Bernardo LEGNANI. Doctor en Derecho. Defensor Público en Derecho de Familia y asignado a la Restitución Internacional de Menores ante las Sedes de Familia.

USA - New Jersey

Maritza RODRIGUEZ, abogada especializada en Derecho de Familia. Profesora de derecho de familia.

CÓMO DEBERÍA DE SER EL/LA JUEZ/A DE FAMILIA "IDEAL".

Rosa María Más Piña

Magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 12 (Familia) de Palma de Mallorca

Mariló –presidenta de la AEFA – me hizo esta propuesta durante el confinamiento, escribir para la revista de la AEFA un artículo sobre cómo debería de ser el/la Juez/a de Familia "ideal". Me lo pidió en un momento de tránsito profesional para mí, pues tras haber estado 13 años al frente de un Juzgado de familia, en realidad de dos juzgados, he decidido cambiar mi rumbo hacia un Juzgado de Instrucción. Un cambio de rumbo motivado no sólo por mi afán por conocer y tratar otros temas distintos, aunque tal vez no tanto, sino también por cierto cansancio mental tras mi larga etapa como Jueza de Familia. Un cansancio mental motivado por varias razones. En primer lugar, el notable incremento de asuntos de familia y discapacidad que van siendo repartidos al Juzgado de familia, sin la correspondiente mayor dotación de recursos materiales y personales para resolver estos asuntos, lo que obviamente afecta a la capacidad y a la calidad resolutiva. En segundo lugar, la circunstancia cada vez más frecuente, y a la vez más sorprendente para mí, de que problemas que podrían y deberían resolverse con una o varias conversaciones entre per-

sonas adultas acaben encima de la mesa del Juez. Y, en tercer lugar, la existencia de varios casos, cuya evolución ha resultado incomprensible para mí; casos en los que los progenitores están, a mi juicio, haciendo daño a sus hijos, movidos por el odio que impulsa sus actos, pese a las múltiples advertencias por parte del Juzgado.

Dicen que lo que debe primar en un Juez de Familia es el "sentido común", afirmación que comparto plenamente, ya que las personas que pasan por el Juzgado de familia, en ocasiones, necesitan una brújula o un faro que les ayude a dejar de lado su lucha – encarnizada y visible a primera vista en algunos casos, oculta y velada, en otros-. Una lucha que, con excesiva frecuencia, es incrementada por unos abogados (por supuesto, no todos) que, en lugar de asesorar sobre la manera más pacífica de resolver el conflicto, ahondan en la misma. No alcanzo a comprender, en una materia como la nuestra, a esos abogados que se saludan por primera vez en la sala de vistas o que refieren no haber podido comunicarse con la otra parte, con el intento de alcanzar una solución extrajudicial. Abogados que olvidan que una familia que pasa por un juicio de familia contencioso queda tocada para siempre. Abogados que no tienen en cuenta que, en nuestra materia, además de defender al cliente, debería de defenderse el interés del menor.

Pero el "sentido común" no resulta suficiente. El Juez de Familia debe tener paciencia, o mejor, infinita paciencia, para escuchar en ocasiones temas que, aunque no son propios de un juicio, las partes quieren explicar al Juez para hacerle entender las razones de su postura. Creo que es un error no dejar hablar a las partes, con el argumento de que esas cuestiones no son objeto del procedimiento, puesto que precisamente a través de esas palabras y de la comunicación no verbal es cuando un juez puede detectar si un progenitor es o no sincero. Sinceridad que, desafortunadamente, no siempre es fácil de reconocer en los progenitores, pese al carácter tan sumamente personal e íntimo de los temas que tratamos. Lógicamente, eso no significa dejarles hablar de todo, ni de manera incontrolada, el Juez de Familia debe llegar a poder determinar cuándo la información que le ha sido suministrada es suficiente, lo que exige que el Juez se haya preparado adecuadamente el Juicio y que durante el juicio esté absolutamente atento a lo que ocurre, lo que obviamente genera un gran cansancio. Es por ello que, en ocasiones, después de un día con muchos juicios o algún juicio muy intenso "emocionalmente" es difícil recuperarse y difícil apartar los pensamientos del mismo. Es como si te llevases a casa una mochila muy cargada de peso.

Además de paciente, el Juez de familia debería ser sensible, amable y cercano, aunque siempre sin perder la necesaria autoridad que se precisa para imponer límites cuando se necesitan.

En relación a los menores, debe ofrecerles la confianza suficiente con el objetivo de que el menor pueda explicarle lo que le preocupa; además, en relación a los menores debe quitarles cualquier responsabilidad en las decisiones que vayan a tomarse, haciéndose el Juez el único responsable de éstas, ante el desacuerdo entre sus progenitores. A ser posible, el Juez de familia debería de tener una especial complicidad con los niños.

Y aunque parezca sorprendente, el Juez de familia también debe ser "ingenioso". Es muy habitual tener que recurrir a fórmulas novedosas o muy concretas para solventar determinados problemas y anticipar aquello que, por su experiencia profesional, podrá plantearse, puesto que no todas las familias necesitan lo mismo.

Además, el Juez de familia, aunque sea difícil asumirlo, debe de ser muy consciente que sus resoluciones no siempre solucionan los problemas que se le plantean, por ello no debe sentir miedo en ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo – por supuesto, siempre desde la imparcialidad absoluta – o en invitar a las partes a acudir a otros sistemas alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, sin que ese intento de alcanzar un acuerdo o esa derivación signifiquen que el Juez no "quiera resolver ese asunto", sino más bien todo lo contrario; en esos supuestos el Juez quiere ofrecer a las partes la solución más pacífica para su conflicto y siempre en beneficio de esa

familia. Frecuentemente, les indico a los letrados que aun cuando puede que sus pretensiones no sean jurídicamente incorrectas, cuando hablamos de hijos menores de edad o de personas con discapacidad no hablamos de "piedras" que podamos pasar de uno a otro, sin atender a sus necesidades y a sus sentimientos. En efecto, uno de mis proyectos futuros sería poder reencontrarme con aquellas personas que estuvieron en mi juzgado y preguntarles cómo les fue, como se sintieron, si sirvió de algo acudir al Juzgado…

A la hora de resolver, tampoco basta dictar una sentencia o un Auto bien fundamentado, sino que el Juez no debe perder de vista cual es el objetivo final de esa resolución, que es garantizar la protección de esa familia concreta. Por eso sus resoluciones, aun teniendo calidad jurídica deben de ser resoluciones comprensibles para los particulares, deben ser resoluciones motivadas y además de dictado relativamente rápido. Poco ayuda una resolución muy bien razonada, si el tiempo en el que esa familia recibe esa resolución es excesivo, puesto que esa familia no es simplemente un expediente en papel (o digital).

No puedo dejar de referirme a que un Juez de familia debe acostumbrarse a escuchar que para otros profesionales del derecho el Juez de familia sabe "menos derecho que el resto", que el Juez de familia "resuelve casos fáciles", que el Juez de familia "trabaja menos" …. Argumentos que también cabe extender a los abogados y fiscales que trabajan con estos temas, y que no se corresponden en absoluto con la realidad en la que trabajamos. De hecho, un Juez de familia, y por ende abogados y fiscales, deben ser a mi entender profesionales muy completos, ya que no solo trabajan con temas y fundamentos jurídicos, así como de carácter mercantil y fiscal (para poder llegar a conocer la realidad económica de las familias, que con excesiva frecuencia se empeñan en ocultar) sino también con cuestiones psicológicas, educativas, médicas, sociales… cuestiones que no se resuelven con el Código Civil en la mano, ni con otras leyes similares, ni en ocasiones con el recurso de la jurisprudencia y la doctrina. Y que necesariamente enriquecen más allá de la vida profesional, En mi experiencia personal, creo que mi trabajo me ha ayudado a mejorar como persona, puesto que he podido acceder a opiniones técnicas, he podido conocer qué problemas plantea la vida en pareja, con hijos o sin hijos, así como los problemas con nuestros mayores.

Por todo ello, no creo que todos los profesionales del derecho puedan o deban tratar y resolver temas de familia, los profesionales que se enfrentan a temas de familia deben ser especialistas. Como no puede ser de otro modo, y sin perjuicio de las exigibles reformas para conseguir una jurisdicción especializada de familia, esa especialidad se forma principalmente a título individual, estudiando; acudiendo a muchos cursos de formación compartida con otros sectores relacionados con la familia (fiscales, abogados, psicólogos, médicos, educadores, expertos en fiscalidad, economía y contabilidad…); dictando muchas resoluciones – en el caso de los jueces-; leyendo muchas sentencias … pero también esa especialidad se forma teniendo muy presente la realidad social y el tiempo en el que vivimos.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2020
STS 781/2020 - ECLI:ES:TS:2020:781
Nº de Recurso: 1588/2017
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Nulidad del cuaderno particional que incluyó una partida que no formaba parte del caudal hereditario al haberse dictado una Sentencia que declaró la existencia de una donación por parte del causante a sus nietos. Deberá por tanto elaborarse un nuevo cuaderno.

Lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE

Pues bien, la Sala considera que se produjo una efectiva lesión de tal derecho fundamental, en tanto en cuanto la Audiencia no atribuyó eficacia alguna al decreto que había declarado desiertos los recursos extraordinarios interpuestos, y, por lo tanto, que devenía firme la sentencia que declaraba que los 150.000 euros litigiosos habían sido donados a los nietos del causante, lo que conformaba un documento debidamente aportado al proceso, según lo dispuesto en el art. 271 de la LEC y sobre cuyo alcance el tribunal tenía necesariamente que pronunciarse en sentencia, como exige dicho precepto, lo que resolvió con el argumento de que “en el cuaderno particional, la suma de 150.000 euros se

contabilizó como propia del causante, y como tal se ha de tratar".

Este razonamiento constituye un argumento meramente formal, puesto que una resolución procesal proclamaba que se habían agotado todos los recursos, que cuestionaban la pertenencia de tal suma al haber hereditario, y que, por consiguiente era firme la sentencia que proclamaba que el dinero litigioso pertenecía por donación a terceros. Es cierto, que la parte contraria manifestó que había recurrido dicho decreto; no obstante, a los efectos de garantizar los derechos del recurrente a su tutela judicial efectiva, la Audiencia debió demorar la decisión de la apelación a que el recurso de revisión interpuesto fuera resuelto, el cual además se desestimó el mismo día en que se dictó sentencia por la Audiencia, en la que rechazó el recurso de apelación interpuesto por D. Juan María contra la aprobación del cuaderno particional.

La decisión formal de la Audiencia no es inocua, en tanto en cuanto produce al recurrente un evidente y manifiesto perjuicio, que reiterada y puntualmente denunció, puesto que se le atribuyó la titularidad de un bien, -conforme al art. 1068 del CC, "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados"-, no perteneciente al haber relicto del causante, siendo además el de mayor valor de la herencia, lo que le obligaba a compensar, a costa de su patrimonio, a su hermano en una concreta cantidad que, por otra parte, no podría percibir, pues ambos herederos habían sido condenados en sentencia firme al pronunciamiento judicial de que los 150.000 euros habían sido donados por el causante a sus nietos, sin perjuicio de acciones de reducción de la donación por inoficiosa, si las partes legitimadas se consideraran asistidas de tal derecho.

En las condiciones expuestas, la partición judicial llevada a efecto por el contador partidor no puede ratificarse, con el argumento meramente formal de que la actuación de aquel fue correcta, en tanto en cuanto el cuaderno particional se llevó a efecto según los bienes que figuraban en el activo del inventario; pues ello deja al recurrente sin tutelarle en una pretensión legítima, cual era que se tuviese en cuenta una sentencia firme, que condenaba a los herederos al pronunciamiento de que dicha cantidad de dinero había sido donada por el causante, por lo que, conociéndose dicha circunstancia, la Audiencia, ni tampoco este tribunal de casación, pueden hacer tabla rasa de tan fundamental dato del que se tiene efectiva constancia, desestimando la impugnación de un cuaderno particional, en el que se adjudicaba un bien que una sentencia judicial proclamaba había sido donado por el causante y que además era el de mayor valor de su haber relicto, equivalente al 76.77% de la valoración del activo de la herencia.

Dicha adjudicación en vacío no es inane, sino que causa al recurrente un manifiesto perjuicio, sin que tampoco se le diese una tutela efectiva a los otras alternativas formuladas en su recurso, como eran decretar la no inclusión de los 150.000 euros como activo de la herencia, al menos mientras no dejaran de ostentar carácter litigioso; subsidiariamente, que se haga constar tal carácter, y quedasen pendientes de reparto y adjudicación; y, en su defecto, también, que se repartiesen por partes iguales entre los litigantes, lo que además era más coherente con el art. 1061 del CC, puesto que no quedaba garantizado el principio de igualdad en las adjudicaciones (SSTS de 25 noviembre de 2004 y de 2 de noviembre de 2005), cuando existiendo bienes de la misma especie, en el haber relicto del causante, como era el dinero depositado en unas cuentas a plazo fijo, se le atribuyese su saldo únicamente al recurrente, con la obligación de abonar a su hermano coheredero la mitad de su cuestionado valor.

Y no consideramos jurídicamente razonable, ante un argumento de tal clase, la fundamentación de la Audiencia conforme a la cual "el plazo fijo se hallaba a nombre del apelante y de dos de sus hijos, es decir que, formalmente, el apelante está en la posesión del dinero y tiene disponibilidad sobre el mismo, por lo que estimamos que su adjudicación al apelante, manteniéndole en la posesión es acertada", puesto que argumentar de tal forma es cerrar los ojos ante una sentencia judicial firme, con eficacia de cosa juzgada positiva, conforme a la cual ese dinero había sido donado por el causante a terceros.

No resulta vulnerado el art. 794.4, párrafo segundo, de la LEC, que norma que "la sentencia que se pronuncie sobre la inclusión y exclusión de bienes en el inventario dejará a salvo los derechos de terceros", sino que precisamente se hace aplicación del mismo, puesto que los terceros obtuvieron un pronunciamiento judicial conforme al cual los 150.000 euros son de su titularidad, y, por consiguiente, no les vincula la decisión adoptada en el precitado incidente.

Ahora bien, de la redacción de tal precepto no cabe obtener la conclusión de que las partes y los jueces, que conocen de la división judicial de la herencia, deban ignorar la resolución obtenida por terceros, bajo la ficticia consideración de que el bien declarado donado por el causante y por lo tanto de titularidad proclamada de los actores, en procedimiento judicial en el que fueron parte demandada los mismos coherederos, realmente pertenece sin limitación alguna al haber hereditario y como tal debe ser partido, cuando una resolución judicial firme abiertamente contradice tal afirmación, que constituye el argumento formal de la sentencia recurrida.

No podemos aceptar una conclusión de tal naturaleza, ni podemos impedir que el recurrente haga valer tal sentencia, que le vincula a él y a su hermano, en el procedimiento divisorio de la herencia, por la circunstancia de que se dictó sentencia en el incidente de inclusión y exclusión de bienes al que se refiere el art. 794 LEC, desconociendo que tal precepto condiciona su eficacia a la impugnación de terceros. Lo que no tiene sentido es que se dejen expresamente a salvo tales derechos para posteriormente ignorarlos, cuando afectan tan decisivamente a la partición pendiente de aprobación, en cuanto conforman el activo más importante de la herencia. Ni se concilia con ello que la problemática expuesta se deje para la ejecución de la sentencia dictada en el juicio declarativo, generando un abierto conflicto entre resoluciones judiciales, que pueden y tienen que ser debidamente armonizadas, al tenerse conocimiento de ambas por los órganos jurisdiccionales intervinientes.

El derecho a la tutela judicial efectiva no se concilia con argumentos meramente formales, que den valor a una partición que contradice una sentencia firme, generando indefensión al recurrente al no tenerla en consideración, dando el visto bueno, en definitiva, a una partición que le obligaba a compensar económicamente a su hermano en la cantidad de 93.957,06 euros, en la que se contienen argumentos tales como: "no en este procedimiento, en el que procede determinar si el contador partidor ha confeccionado el cuaderno particional respetando la voluntad del testador -la igualdad entre ambos herederos- y las normas del CC", o remitiendo a las partes a la ejecución de la sentencia que declaró que los 150.000 euros pertenecían a los nietos, proclamando que "formalmente, el apelante está en la posesión del dinero y tiene disponibilidad sobre el mismo, por lo que estimamos que su adjudicación al apelante, manteniéndole en la posesión es acertada, debiendo hacer entrega al hermano, únicamente, de la parte que le corresponde", que según la partición, que se refrenda judicialmente, serían los 93.957,06 euros.

Es doctrina constitucional consolidada la que sostiene que lesiona el art. 24.1 CE, "la imposición de formalismos enervantes y las interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, "aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta"" (SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 3 y 124/2019, de 28 de octubre, FJ 3) y que además generan indefensión material al recurrente, desconociendo el efecto positivo de cosa juzgada de una sentencia judicial firme, al considerar que el dinero litigioso corresponde al causante cuando lo había donado previamente a sus nietos.

Pronunciarse divergentemente sobre una situación jurídica, que ya ha sido resuelta por una resolución judicial firme, ignorando la misma cuando es expresamente conocida e invocada, con un argumento meramente formal, afecta peyorativamente al núcleo del art. 24.1 CE.

Las SSTC 135/1994, FJ 2 º y 59/1996, de 15 de abril, FJ 2., señalan al respecto:

"En otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material -reconocido

básicamente en el art. 1.252 C.C.- se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (SSTC 77/1983, 159/1987, 58/1988, 119/1988, 12/1989, 189/1990, 1/1991, 242/1992, 92/1993)".

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha proclamado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron -en este caso que los 150.000 euros eran titularidad del causante integrados en su haber partible, o que pertenecían por donación a sus nietos- no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (SSTC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9 y 192/2009, de 28 de septiembre, y STS 301/2016, de 5 de mayo).

Consecuencias de la estimación del recurso

En definitiva, al declararse vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, la reposición de tal derecho exige decretar la nulidad de la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y, con retroacción de actuaciones, se proceda, por el contador partidor, a elaborar un nuevo cuaderno particional, sobre la base de que los 150.000 euros del plazo fijo fueron donados a sus nietos por el causante, de la manera reseñada en las sentencias dictadas en el procedimiento ordinario 68/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Xátiva, continuándose ulteriormente el procedimiento divisorio por sus trámites procesales.

La solución que adoptamos es coherente además con la jurisprudencia que establece como casos de nulidad de la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante (SSTS de 15 de diciembre de 2005 y 1093/2006, de 7 de noviembre entre otras).

Es cierto que rige el principio de conservación de la partición (SSTS 562/2008, de 12 de junio ; 350/2015, de 16 de junio y 287/2016, de 4 de mayo), ahora bien, el mismo, sólo es aplicable "en cuanto ello sea posible" (SSTS de 30 abril 1958, 13 octubre 1960, 25 febrero 1969); situación que no concurre cuando "por los partidores se margina la voluntad del testador, o se incide en defectos enormes o sustanciales con grave lesión económica para un heredero" (SSTS. 5 noviembre 1955, 29 marzo 1958, 31 mayo 1980, 30 marzo 1993, 31 octubre 1996); o como dice la STS de 994/2002, de 22 de octubre, cuando "[...] los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que de otro modo, salvo la invalidez de la partición, no se pueden enmendar".

Y, en este caso, se está partiendo el bien de mayor valor del activo de la herencia, desconociendo una sentencia judicial firme que, con intervención de los herederos, lo considera donado a terceros, y que se adjudica a uno de ellos, con la obligación de compensar en metálico al otro coheredero, con lo que no puede operar el principio de conservación de la partición, y no cabe otra solución, para restablecer el orden procesal conculcado, que la que se adopta por parte de este tribunal encaminada a que se proceda al reconocimiento de una sentencia judicial firme, que incide de manera decisiva en el activo de la herencia del causante.

La estimación de este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal con su correlativa nulidad de actuaciones hace innecesario entrar en el análisis de los recursos de casación, independientemente de la posible lesión del art. 1061 del CC, en tanto en cuanto no se respeta el principio de igualdad, al atribuir al recurrente un bien donado a terceros, con la obligación de resarcir económicamente al otro coheredero, máxime cuando la composición del haber del causante permitía repartir sus bienes mediante adjudicaciones igualitarias sin acudir a compensaciones en metálico.

TS

SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2020

Roj: STS 1507/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1507
Nº de Recurso: 3691/2017
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

El legado que hizo el testador a favor de su segunda esposa está subordinado al pago de las legítimas (y en su caso de las deudas) y, por este motivo, la entrega del legado debe ser precedida por la liquidación y partición de herencia, que es la única forma de saber si aquél se encuentra dentro de la cuota de la que puede disponer el testador para no perjudicar la legítima de los herederos forzosos. Además, como parte de los bienes que forman el caudal hereditario tienen carácter ganancial, se hace preciso previamente liquidar la sociedad.

1.- Jurisprudencia sobre el efecto directo del legado de cosa cierta.

1.1. La sentencia de primera instancia citaba como una de las razones para la desestimación de la demanda el hecho de que, dados los términos en que el testador había ordenado los legados a favor de su viuda, su contenido no podía quedar perfectamente determinado sin proceder previamente al inventario y partición de la herencia, y la jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia 306/2019, de 3 de junio) sostiene que para que exista un legado de cosa específica es indispensable la presencia de un "objeto cierto", es decir, plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna, sobre el que pueda reclamarse su posesión por el legatario. Pero este argumento ha sido obviado tanto en el debate en la instancia de apelación como en este recurso de casación.

Partiremos, pues, de los términos en que el debate ha llegado delimitado a este tribunal. No se extiende la controversia de las partes a la calificación de los legados en discusión como legados de cosa específica y determinada, propia del testador, sujetos pues al régimen de los arts. 882 y 885 CC, y sus concordantes, y a la jurisprudencia recaída en su interpretación, recientemente sintetizada en las sentencias de esta sala 306/2019, de 3 de junio y 316/2019, de 4 de junio.

Con carácter general, nuestro Código Civil, en línea con nuestra tradición jurídica contenida en las Partidas ("luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda" - 6, l9, 34 -), en su art. 882 establece lo siguiente: "Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora".

De este modo, siendo el legado puro y simple (art. 881 CC), la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean cosa específica y determinada propia del testador, pasa recta via del causante al legatario. Esto es, como señala la doctrina, hay sucesión (particular) del causante, por el legatario, sin mediación del heredero. La eficacia directa del legado se produce en relación a cualquier cosa o derecho inequívocamente identificados en el patrimonio del testador.

Por su parte, el art. 885 CC reserva al heredero la posesión del bien o derecho objeto del legado: "El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que

debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado a darla".

Y es que, por virtud del art. 440 CC, en tanto en cuanto la tuviera el causante, la posesión, en principio, corresponde al heredero, sin que el legatario pueda obtenerla por su propia autoridad, sino en virtud de una acción personal ex testamento que puede interponer frente al heredero o quien represente la herencia.

Esta ha sido la jurisprudencia de esta sala, reseñada en la sentencia 397/2003, de 21 de abril: "como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del código civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC) [lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y ss]. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia "sine qua non" para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado".

Por tanto, la adquisición por el legatario de la cosa legada no resulta efectiva de forma inmediata, sino de forma mediata, otorgando al legatario una acción personal ex testamento para pedir la entrega del legado frente al heredero, e incluso una acción reivindicatoria contra todo tercero que tenga la cosa legada en su poder.

Por esta razón, los legatarios demandantes, a quienes el testamento del causante les legaba dinero efectivo y determinadas plazas de aparcamiento, interpusieron la demanda rectora de este procedimiento, basada en la acción ex testamento del art. 885 CC, por la que reclamaban a las dos herederas del causante la entrega de la posesión de los legados. Lo que se discute no es, pues, la necesidad de verificar dicha entrega, requisito sine qua non para la efectividad del legado, sino si dicha entrega está condicionada o no a la previa formación de inventario del caudal hereditario, y a la previa liquidación de la sociedad de gananciales del causante y posterior liquidación y partición de la herencia.

1.2. En este sentido es cierto que, como señala el recurrente, hay que diferenciar claramente la figura de los legados de cosa específica y determinada, de los legados de parte alícuota, cuyo régimen jurídico presenta coincidencias pero también divergencias respecto de los primeros.

Como dijo la clásica sentencia de esta sala de 16 de octubre de 1940, y han repetido recientemente otros pronunciamientos de los tribunales de apelación, aunque nuestro derecho positivo (arts. 782 LEC - 1.038 LEC de 1881 - y 42.7º LH), en desacuerdo con una corriente doctrinal muy nutrida, admite la calificación de legado dada por el testador a la institución en una cuota parte del as hereditario en su porción libre, "esta modalidad irregular de la institución constituye una figura intermedia o sui generis entre el legado y la herencia propiamente dichos, con múltiples aspectos de coincidencia entre uno y otra por la nota común que los preside de atribución de bienes indeterminadamente". Y esa nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante, el legatario como el heredero "adquiere un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés, el heredero y el legatario de parte alícuota a los que afecta por igual la responsabilidad referen-

te a gastos comunes de la partición". Derecho que es "abstracto" en el sentido de que, como dice la sentencia de esta sala de 25 de junio de 2008, la cuota que corresponde a los herederos (y legatarios de parte alícuota) "recae sobre el global del caudal hereditario", de forma que "sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia".

Frente a ese "derecho abstracto" del legatario de parte alícuota, el del legatario de cosa específica y determinada es un derecho concreto, de forma que por la muerte del de cuius lo que adquiere el legatario, siendo el legado puro y simple, no sujeto a condición suspensiva, no es simplemente el "derecho al legado" (art. 881 CC), entendido como un mero derecho de crédito frente al heredero (como sucede en el caso de los legados de eficacia diferida, v.gr. los de cosas genéricas), sino que adquiere directamente la "propiedad" de la cosa legada (art. 882, párrafo primero, CC). Y por ello hace suyos los "frutos y rentas pendientes" al tiempo del fallecimiento del causante, y desde dicho momento la cosa legada correrá a riesgo del legatario que, por tanto, sufrirá "su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora" (art. 882, párrafo segundo, CC).

2.- La subordinación de los legados al previo pago de las deudas del causante y al principio de intangibilidad de las legítimas. Necesidad de formación de inventario y liquidación de la herencia.

2.1. Lo anterior ha de compatibilizarse, sin embargo, con el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, como se ha dicho, prohíbe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, posesión cuya entrega ha de pedir al heredero o albacea autorizado para darla (art. 885 CC).

La razón de esta exigencia legal es doble.

Por un lado, trata de asegurar la transición entre la situación de concurrencia de un propietario no poseedor (el legatario) con un poseedor no propietario (el heredero o herederos), que se produce en la cosa legada desde el momento del fallecimiento del causante, como consecuencia de que "la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en caso de que llegue a adirse la herencia" (art. 440, párrafo primero, CC), a otra situación en que el citado desdoblamiento entre propiedad y posesión termina mediante la entrega de la posesión al legatario.

Por otro lado, concurre una segunda razón que tiene reflejo en el art. 1.025 CC cuando dispone que "durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados", precepto cuya raíz se encuentra en la afectación del conjunto de la masa hereditaria, durante la pendencia de la aceptación y división de la herencia, al principio de responsabilidad patrimonial del art. 1.911 CC, respecto de las deudas del causante, y en la limitación que a la libertad de testar impone el régimen legal de las legítimas en el Derecho civil común español (arts. 817 a 820 CC).

Este fundamento jurídico se traduce en una subordinación del derecho de los legatarios, tanto los de cosa específica y determinada como los de parte alícuota de la herencia (aquí hay coincidencia del régimen jurídico entre una y otra modalidad de legados), al previo pago de las deudas del causante y de la porción legitimaria que corresponda a cada uno de los herederos forzosos. Y como medida de garantía del derecho preferente al cobro de los acreedores y del principio de intangibilidad de las legítimas es preciso que previamente al pago o entrega de los legados se realicen las correspondientes operaciones de inventario y liquidación (de deudas) y, en su caso, partición de la herencia (incluyendo, además del inventario, el avalúo de los bienes y derechos, la colación, imputación, abono recíproco de las rentas y frutos que cada uno de los coherederos haya percibido de los bienes hereditarios, y en su caso la división y adjudicación de bienes). Como reconoce el recurrente, esta interpretación es la mayoritaria en las Audiencias, y los es también en la doctrina científica, en la oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y ha sido igualmente asumida por este tribunal.

La transmisión de la propiedad de la cosa específica y determinada del testador objeto del legado está subordinada a que el legado quepa en la parte de bienes de que el testador

pueda libremente disponer. Así lo afirmó la antigua sentencia de esta sala de 6 de noviembre de 1934, al señalar que a pesar de que el legado de cosa determinada propia del testador "tiene como característica especial la de transmitir la propiedad de la cosa directamente del causante al legatario, según se desprende del art. 882 del mismo CC, no lo es menos que ello está subordinado a la circunstancia de que el legado quepa en la parte de bienes de que el testador pueda disponer libremente".

El legado está subordinado al pago de las legítimas (y en su caso de las deudas) y, por este motivo, la entrega del legado debe ser precedida por la liquidación y partición de herencia, que es la única forma de saber si aquél se encuentra dentro de la cuota de la que puede disponer el testador para no perjudicar la legítima de los herederos forzosos.

2.2. La propia legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha entendido que la entrega de la posesión es necesaria para verificar la inscripción a favor del legatario, y asumiendo que dicha entrega no puede ser inmediata por requerir las citadas operaciones liquidatorias previas, trata de garantizar el derecho de los legatarios que, como los de cosa específica y determinada, no tienen derecho a promover juicio de testamentaria, mediante una específica anotación preventiva (art. 42.7.º LH). Se refiere a ello la luminosa Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria, que al justificar la anotación preventiva a favor del legatario dice:

"Cuando la cosa legada es determinada o inmueble con arreglo a los principios del derecho, la propiedad pasa al legatario desde el momento en que espira el testador; el heredero es el que tiene que entregarla, pero sin que por ello pueda decirse que ni un solo momento ha estado la cosa en su dominio. Este supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es, por lo menos, que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero que por tener inscrito su derecho y ser el adquirente de buena fe pueda después defenderse con éxito de la reivindicación".

Por todo ello, asumiendo las tesis de la doctrina y de la jurisprudencia, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario, al establecer los títulos necesarios para verificar la entrega a favor del legatario a los efectos de su inscripción, permite solamente la solicitud unilateral del legatario cuando no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada, o cuando toda la herencia se hubiera distribuido en legados y no hubiera persona autorizada para realizar la entrega (letras a y d). En otro caso es necesaria la "escritura de partición de herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados", o bien "escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos".

Y, aunque en ocasiones se ha afirmado que tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de un prelegatario, esta dispensa solo alcanza a los casos en que tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos, no cabe que uno solo de ellos proceda a entregar el legado, pues el concreto derecho legitimario corresponde a cada uno de los herederos forzosos.

3.- La previa liquidación de la sociedad de gananciales para fijar la masa hereditaria.

A lo anterior se añade en el caso del presente pleito el hecho de que una parte de los bienes que forman el caudal hereditario tienen carácter ganancial (incluyendo parte de los bienes legados). Por ello tiene razón el tribunal sentenciador cuando considera necesario proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales (devenida en comunidad postganancial tras su disolución por fallecimiento del causante) para determinar el caudal hereditario.

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 cónyu-

ges o sus herederos se adjudique en la liquidación. Por tanto, con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria 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.

Además, respecto de los legados de cosa ganancial, como dijimos en nuestra sentencia 21/2018, de 17 de enero, si bien el art. 1380 CC admite el legado de un bien ganancial en su integridad, por lo que no hay razón para impedir ni el legado de una cuota ni tampoco el legado de los derechos que le correspondan al testador sobre un bien ganancial, sin embargo, la eficacia de estos legados dependerá de lo que resulte al liquidar la sociedad de gananciales. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el legado de los derechos que correspondan al testador sobre un bien ganancial, se limita a la mitad indivisa del bien si esa parte es adjudicada al causante en copropiedad con el otro cónyuge o sus herederos o al valor de la mitad del bien en el caso de que sea adjudicado íntegramente al otro cónyuge. Existiendo entre los bienes objeto de los legados ordenados por el causante a que se refieren estas actuaciones bienes que tenían carácter ganancial, concurre una razón adicional que impone la necesidad de realizar la liquidación previa de la sociedad de gananciales, tal y como acertadamente señala la sentencia recurrida.

4.- Los recurrentes afirman que con la interpretación postulada por el tribunal de apelación y asumida por esta sala, su derecho al cobro de los legados queda al arbitrio de las herederas obligadas a la entrega, al convertirse en un derecho sin plazo de exigencia. Y ello por carecer los legatarios de cosa específica y determinada de acción para pedir la división de la herencia (art. 782.1 LEC).

Pero al margen de que la regulación legal de los derechos no pueden interpretarse exclusivamente desde la perspectiva de su posible vulneración y de que las situaciones eventuales de retraso fraudulento de las operaciones particionales por parte de los herederos pueda recibir respuesta por parte del ordenamiento jurídico mediante la doctrina del abuso del derecho (art. 7.1 CC), lo cierto es que en el presente caso la objeción señalada es puramente especulativa, pues en el caso de la viuda del causante, no hay que olvidar su condición de legataria de parte alícuota, ya que legalmente le corresponde, si concurre con hijos o descendientes, un derecho de usufructo sobre el tercio de mejora de la herencia (art. 834 CC), y que el art. 807.3.º CC le incluye entre los "herederos forzosos".

Y si bien es cierto que la jurisprudencia de esta sala ha asumido una posición no dogmática en el tema de la naturaleza jurídica de la legítima del viudo, de forma que se ha afirmado su cualidad de heredero a los efectos de reconocerle el derecho de intervenir en las operaciones particionales o a los de negarle la posibilidad de ser contador partidor, sin embargo hemos negado que el cónyuge viudo deba responder por las deudas hereditarias. En este sentido se ha observado que la propia dicción literal del artículo 807 número 3 del Código Civil limita el alcance de su afirmación, pues declara que el viudo o viuda es "heredero forzoso" sólo "en la forma y medida que establece este Código", es decir, de una forma limitada y no absoluta.

En definitiva, aun cuando su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, particularmente en la cuestión de la responsabilidad por deudas hereditarias (sentencia de 11 de enero de 1950), el viudo/a es legitimario, siendo la ley la que le atribuye directamente la legítima (sucesor ex lege). Y en todo caso, de lo que no cabe duda es de su derecho a promover el juicio de división de la herencia (art. 782.1 LEC), máxime en un supuesto como el presente en el que, al margen de su cuota legal usufructuaria, tiene por voluntad del causante el carácter de legataria de parte alícuota, al disponer en el testamento que "para el supuesto de que los bienes objeto del presente legado no cubrieran el tercio de libre disposición de la herencia [...], además de la cuota legal usufructuaria que por ley corresponde a su esposa, ordena que se complete hasta dicho cómputo conjunto con dinero efectivo metálico de la titularidad del testador".

TS

SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 2020

Roj: STS 1687/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1687
Nº de Recurso: 3191/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

No dándose ninguna de las excepciones admitidas por el Tribunal Supremo (que la vivienda no sea familiar o que el menor no la precise por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios), debe dejarse sin efecto lo acordado por la Audiencia Provincial que limitó a seis meses la atribución del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores de edad.

1.- La sentencia n.º 117/2017, de 22 de febrero, citada por la recurrente, sostiene que: "[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ". "Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor."

Por tanto, en principio, la limitación que establece la sentencia recurrida contradice la doctrina de la sala.

Es indiferente, pues, que la vivienda sea del demandado o de terceros, pues en este último supuesto la atribución del uso de la vivienda no se ventila ni es oponible respecto de éstos, sin perjuicio de las acciones legales que les asistan y las consecuencias que desplieguen, sobre todo a efectos de alimentos, caso de prosperar.

Ahora bien, afirma también la citada sentencia que: "Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las "resoluciones más recientes" que dice la sentencia, sin citarlas". "Lo que dice esta sala -sentencia de 17 de junio de 2013 - es lo siguiente: "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios". "Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC " (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014,

2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo, todas ellas dictadas en recursos de casación procedentes de la misma Audiencia".

Estos dos factores que mitigan el rigor de la norma no se dan en el supuesto enjuiciado.

No se pone en tela de juicio que la vivienda sea la vivienda familiar del matrimonio que se divorcia, y no consta que la hija no la precise por poder satisfacer esa necesidad por otros medios.

TS

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2020

Roj: STS 1682/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1682
Nº de Recurso: 2546/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Cuando pasen los 7 años que se han fijado por la Audiencia Provincial, la esposa tendrá 60 años, resultando previsible, con alta probabilidad y certidumbre, que le va ser imposible acceder al mercado laboral, y que el hecho de alcanzar la edad de jubilación no va a suponer ningún cambio, pues no podrá optar a ningún tipo de jubilación, pues no tiene periodo cotizado, al haberse dedicado durante 25 años del matrimonio a la familia. Por tanto no procede fijar limitación temporal, pues aun siendo cierto que aquella ha heredado no consta que en el plazo de 7 años obtenga liquidez ni consta el *quantum* que puede percibir.

En el recurso de casación, D.ª Salvadora alega la infracción en la aplicación e interpretación del art. 97 del Código Civil existiendo interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que interpreta dicho precepto legal, en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria por aplicación ilógica e irracional, y sin criterios de certidumbre, en el juicio prospectivo en aplicación de los parámetros del arts. 97 del Código Civil en el supuesto de autos. Solicita la recurrente, con abundante cita de sentencias de la sala, una revisión del juicio prospectivo realizado por la Audiencia, por considerar que el realizado por la sentencia impugnada sería erróneo, ilógico e irracional, al entender que la recurrente puede superar el desequilibrio en un plazo de 7 años. Recuerda el recurso que la Sra. Salvadora tendrá 60 años, cuando termine el periodo de 7 años de pensión compensatoria reconocido, resultando previsible, con alta probabilidad y certidumbre, que le va ser imposible acceder al mercado laboral, y que el hecho de alcanzar la edad de jubilación no va a suponer ningún cambio, pues no podrá optar a ningún tipo de jubilación, pues no tiene periodo cotizado, al haberse dedicado durante 25 años del matrimonio a la familia.

Decisión de la Sala.

Para la adecuada inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta que no es objeto de debate en el recurso la existencia de pensión compensatoria, ni el quantum de ella. Se circunscribe solamente al límite temporal de la pensión.

1.- Según la cita de la sentencia 304/2016, de 11 de mayo, tiene declarado las sentencias de 21 de junio de 2013 y 3 de julio de 2014, entre otras, que "la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 17 de octubre de 2008

(rec. núm. 531/2005 y rec. núm. 2650/2003), 21 de noviembre de 2008 (rec. núm. 411/2004), 29 de septiembre de 2009 (rec. núm. 1722/2007), 28 de abril de 2010 (rec. núm. 707/2006), 29 de septiembre de 2010 (rec. núm. 1722/2007), 4 de noviembre de 2010 (rec. núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (rec. núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (rec. núm. 599/2009), 5 de septiembre 2011 -Pleno- (rec. núm. 1755/2008 y 10 de enero de 2012 (rec. núm. 802/2009) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2.005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

2.- Una vez expuesto que la fijación de un límite temporal es posible, tanto legal como jurisprudencialmente, la cuestión se contrae a la determinación de los criterios que deben servir de pauta a tal fin. Según la doctrina que recoge las sentencias antes citadas "el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (rec. núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (rec. núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (rec. núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (rec. núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (rec. núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, rec. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015, rec. 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio.

Así se recoge en la sentencia núm. 692/2018, de 11 de diciembre.

3.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado obliga a casar la sentencia recurrida, y siempre desde el escrupuloso respeto a los hechos probados.

La razón de ello es que la Audiencia no hace un juicio prospectivo para con certidumbre, o con índices de probabilidad, colegir que en el plazo de 7 años el desequilibrio puede superarse.

Por el contrario solo pone el acento en su existencia:

(i) Matrimonio contraído el 12 de octubre de 1992 y ruptura de convivencia el 1 de febrero de 2017 después de haber tenido dos hijas, Milagros y Ascensión, nacidas el NUM000 de 1997 y el NUM001 de 2004, respectivamente.

(ii) Difícil posibilidad de acceder a una actividad laboral. No solo por su edad y falta de cualificación profesional sino también por el grado de discapacidad que tiene reconocido, como se recoge en el factum de la sentencia recurrida.

(iii) La hija mayor Milagros padece escolio-

sis dorsal y la hija menor, Ascensión, tiene 14 años, por lo que ambas precisan de los cuidados de la recurrente.

(iv) Su dedicación pasada ha sido a la familia y se infiere que la futura a las hijas.

4.- La única posibilidad en la que funda un juicio prospectivo para fijar una limitación temporal a la pensión compensatoria, sería el patrimonio heredado por la recurrente, y, de ahí, que sea ese dato el que retiene el recurrido para oponerse al recurso.

Sin embargo, no aprecia la sala con certidumbre, o índice alto de probabilidad, de que en el plazo de 7 años obtenga la recurrente liquidez del patrimonio hereditario y, en su caso, del quantum, pues se carece de datos concluyentes para llevar a cabo ese juicio prospectivo.

Aunque en relación con la liquidación de la sociedad legal de gananciales, y alguna referencia a herencia, se pueden citar las siguientes sentencias:

La sentencia 304/2016, de 16 de mayo, afirma que : "sí podría ser factor relevante el relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial y las potenciales adjudicaciones que pudiese recibir la recurrente, si se tiene en cuenta la doctrina de esta sala fijada en la sentencia, de Pleno, de 19 de enero de 2010, recordada por la sentencia de 24 de noviembre de 2011, rec. 567/2010 ". Ahora bien, en el factum de la sentencia recurrida no se concreta en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que tan poco adquirimos certidumbre sobre la superación de su desequilibrio. "De todo ello se infiere que se carece de datos, suficientemente fiables, para aventurar la superación del desequilibrio, y, en su caso, en cuanto tiempo; por lo que es más prudente no establecerlo.

La sentencia 538/2017, de 2 de octubre, afirma: "la fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción -como ocurre en el caso- lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad -que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella".

Por todo ello no tiene sentido fijar el límite de 7 años, pues si las actuales condiciones no se hubiesen alterado al llegar esa fecha, la recurrente se varía con grandes dificultades económicas, sobre todo si tiene en cuenta que el recurrido percibirá cuna pensión contributiva en su momento, mientras que la recurrente, por no cotizar al dedicarse al hogar e hijos, se va a ver privada de disfrutarla (sentencia 217/2017, de 4 de abril).

5.- Como corolario cabe decir que será posible la modificación de la medida en un futuro.

La sala, como recoge la sentencia de 2 de junio de 2015, rec. 507/2014, y cualquiera que sea la duración de la pensión ha considerado (STS 23 octubre 2012 y las en ellas citadas de 3 octubre 2008; 27 de junio de 2011) que: "Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (SSTS de 3 de octubre de 2008, (rec. núm. 2727/2004), y 27 de junio de 2011 (rec. núm. 599/2009) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión "nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada", lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas -alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC).

TS

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2020

Roj: STS 1688/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1688
Nº de Recurso: 3855/2019
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Acordándose la custodia compartida, no puede atribuirse el uso de la vivienda familiar a la madre hasta que los hijos alancen la mayoría de edad, por ello se acuerda atribuirlo exclusivamente por un año para aquella busque otro inmueble. Trascurrido el año, deberá abandonar la vivienda, no considerándose como una solución acordar el sistema de casa nido.

Debemos partir de la doctrina de la sala sobre atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida. Como recuerda, resumiendo la doctrina de la sala, la sentencia 95/2018, de 20 de febrero:

"1.ª) El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

"El mismo artículo establece a continuación que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [art. 2.2.a)].

"Añade, finalmente el art. 2.4 que: "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados".

"2.ª) El art. 96 CC establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC.

"Pero el art. 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, esta sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del art. 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, "el Juez resolverá lo procedente".

"De acuerdo con la doctrina de esta sala, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

"Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de pro-

porcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda".

Esta sala considera que la sentencia recurrida, al atribuir a la madre el uso de la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio sin fijar un límite temporal, no se ajusta a la interpretación y aplicación que, en atención a las circunstancias, debe realizarse del art. 96 CC a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

Debe tenerse en cuenta que remitir a la mayoría de edad del hijo el derecho de uso de la madre equivale a una atribución indefinida, pues cuando el hijo alcance la mayoría de edad ya no existirá custodia compartida y el hijo podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee, tal y como para un caso semejante declararon las sentencias 434/2016, de 27 de junio, y 95/2018, de 20 de febrero.

La decisión de la sentencia recurrida se basó en la existencia de conformidad del padre con la medida lo que, como hemos dicho al resolver el recurso por infracción procesal, no se ajusta a la realidad, y de ahí el recurso de casación interpuesto por el padre.

A falta de acuerdo, y en atención a las circunstancias, puesto que no se pone en peligro el sistema de custodia compartida adoptado en interés de los menores, no puede mantenerse la atribución del uso a la madre durante el plazo que resultaría de integrar el fallo de la sentencia con su fundamentación, es decir, cuando alcanzara la mayoría de edad el menor de los hijos (teniendo en cuenta que nació el NUM003 de 2006, por lo que alcanzaría la mayoría el 31 de octubre de 2024).

Consta en las actuaciones que los progenitores, que estaban casados en régimen de separación de bienes y son copropietarios de la vivienda, han asumido desde la separación los gastos de los hijos a partes iguales. Consta también que la madre ha venido disfrutando del uso de la vivienda desde el verano de 2015, cuando se produjo la separación. En consecuencia, resulta razonable concluir que, aunque se partiera de una situación de mayor necesidad que justificara asignarle el uso de manera temporal, no existe una causa que justifique la imposición de una mayor restricción a los derechos dominicales del padre.

Por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, lo que procedía era acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la situación de custodia compartida, como solicita el recurrente, y que esta sala, asumiendo la instancia, fija en el plazo de un año desde la fecha de esta sentencia, transcurrido el cual la esposa deberá abandonar la vivienda.

De este modo, sumando al tiempo transcurrido el que se concede en esta sentencia, la madre habrá contado con un período para organizarse y procurarse una vivienda propia en la que residir con los menores cuando semanalmente le corresponda su guarda y, si hasta ahora no lo ha hecho, la liquidación de la que fue vivienda familiar y sus ingresos le permitirán hacerlo.

Debemos señalar, por lo demás, que tal solución resulta preferible a la primera propuesta por el recurrente de establecer un uso alternativo de la vivienda, tanto por la conflictividad que añadiría el mantenimiento de una residencia común alternada como la exigencia que impondría económicamente tal medida de contar con tres viviendas (la común y la de cada uno de los padres).

Por lo que se refiere a las alegaciones de la madre en su escrito de oposición al recurso en el sentido de que sus ingresos son inferiores a los del padre, cumple añadir que la custodia compartida no excluye la fijación de alimentos cuando existe gran disparidad en la situación económica de ambos progenitores (sentencias 55/2016, de 1 de febrero, 546/2017, de 17 de octubre, 348/2018, de 7 de junio, 630/2018, de 13 de noviembre, y 30/2019, de 17 de enero). En consecuencia, siempre queda abierta la posibilidad de una modificación de medidas si fuera precisa para ajustar la satisfacción de las necesidades de los menores a la capacidad económica de cada progenitor en la situación que derivará tras la extinción del uso de la vivienda.

TS

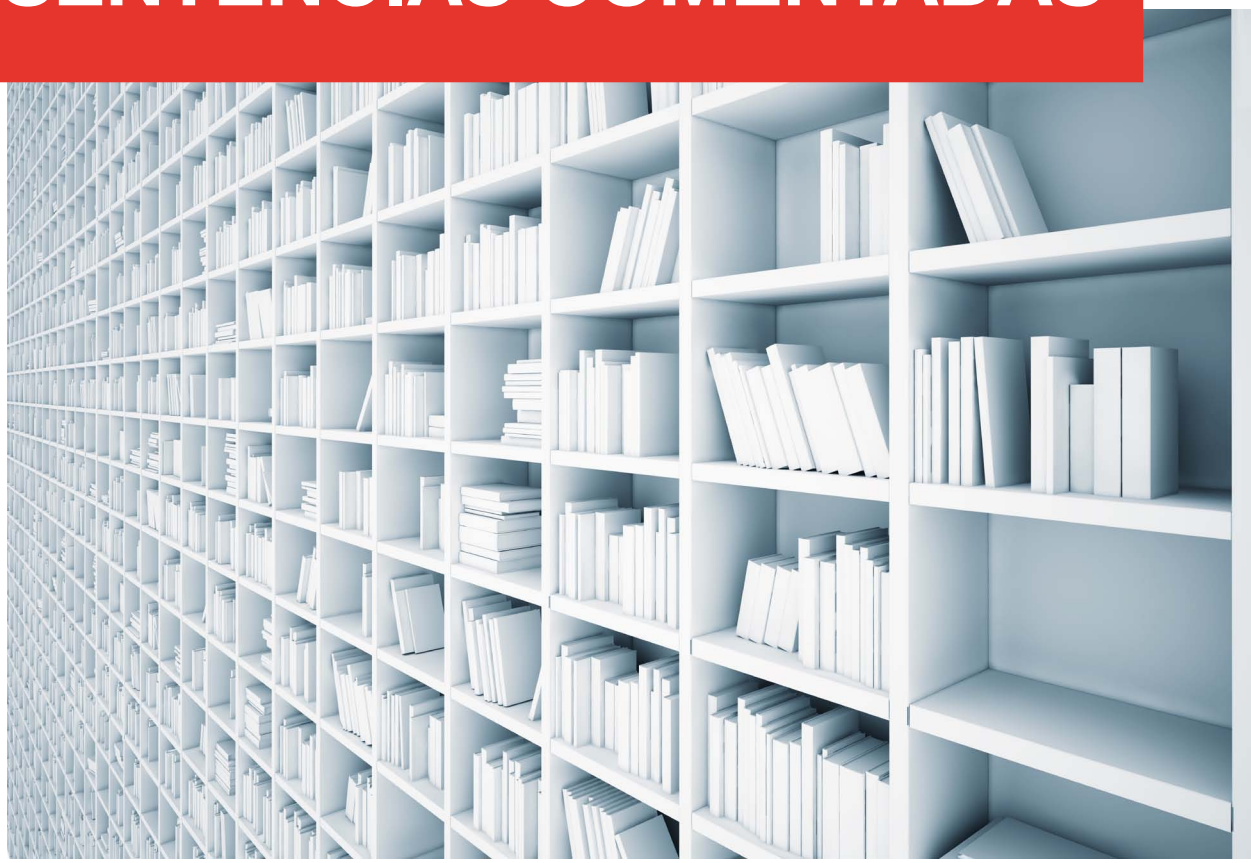
SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2020
Roj: STS 291/2020
Nº de Recurso: 3294/2.017
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Legitimación de la madre para reclamar alimentos de la hija mayor de edad aunque, por razón de estudios, convive con la abuela materna en otra localidad. Interpretación del artículo 93.2º C. Civil conforme a lo establecido en el artículo 3.1 del C. Civil.

«El primero de los motivos del recurso de casación, único que ha sido admitido, denuncia la vulneración del artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, y de la jurisprudencia de esta sala que exige para reconocer legitimación de un progenitor en orden a reclamar alimentos para hijos mayores de edad, que convivan con dicho progenitor y que sea el mismo quien los perciba y administre, con cita de las sentencias núm. 411/2000, de 24 abril, y 156/2017, de 7 de marzo.

En efecto así lo dispone la norma que se invoca como infringida, pero no cabe desconocer que el artículo 3.1 CC establece que las normas se interpretarán según su espíritu y finalidad, y si atendemos a ello pronto se advierte que la exclusión de la posibilidad de que el progenitor solicite alimentos para el hijo mayor de edad se refiere a los casos en que el mismo viva de forma independiente de la familia y no a aquellos en que, por razones justificadas como son la de seguir estudios de formación profesional en otra localidad -como ocurre en el caso presente- dicha convivencia tenga lugar en la actualidad con la abuela materna ya que en tal caso la convivencia se sigue en el seno familiar en el cual se atienden las necesidades básicas de la hija; y es la ruptura matrimonial la que determina que el progenitor obligado -en este caso el padre- no haga frente directamente a sus gastos de mantenimiento, lo que implica la necesidad de la pensión, sin necesidad de obligar a la hija a formular por sí una demanda de petición de alimentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 y ss. del Código Civil. Por ello, la sentencia impugnada no infringe lo dispuesto en dicha norma, así interpretada, ni la jurisprudencia de esta sala que se cita, la cual no se refiere a supuestos como el ahora contemplado». Se desestima el recurso de casación".

SENTENCIAS COMENTADAS



Discrepancia sobre cambio de centro escolar

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 23 DE ENERO DE 2020

Es de todo punto lógico que a una menor que tiene dificultades de comprensión y de expresión le resulte más accesible el aprendizaje en escolarización monoligüe que en bilingüe que le exige dominar dos idiomas para comprender los contenidos de las distintas materias. Por otro lado, el cambio de centro escolar no perjudica el derecho de visitas del padre con la hija pues el incremento de distancia está en torno a los 20 km. En consecuencia, procede estimar el recurso y atribuir a la madre la facultad de elegir el centro escolar de la menor.

D. ª Irene presentó demanda de jurisdicción voluntaria en la que alega discrepancias con D. Juan Luis sobre el colegio de la hija menor Leocadia, cuya guarda y custodia le fue atribuida en sentencia de divorcio de de fecha 7 oct. 2012, que aprobó el convenio regulador que habían suscrito los entonces cónyuges; al oponerse el padre al cambio del centro escolar al que acude actualmente la menor, …, donde residen la mayor parte del año la menor y la madre desde el año 2014 que justifica en las dificultades que supone para la hija común el modelo educativo (bilingüe) que sigue en el colegio al que acude, y solicita se le atribuya la facultad de decidir sobre el cambio de centro escolar de la hija. D. Juan Luis presentó escrito dentro de los cinco días siguientes a la citación en el que manifiesta su oposición a la solicitud del demandante y alega que el centro escolar al que acude Leocadia tiene los recursos necesarios para atender a las necesidades de la menor. El Auto dictado por la Sra. Juez de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción considera que el cambio de centro escolar pretendido por la madre no está justificado por no ser concluyente el resultado de las pruebas respecto a la conveniencia de la educación monolingüe para la solución de las dificultades de Leocadia y supeditar ambos centros la aplicación de recursos extraordinarios a la repetición de dos cursos. Frente a dicho auto se alza D. ª Irene, que postula la revocación del auto recurrido y el dictado de otro en su lugar que le conceda la facultad de decidir el centro escolar al que asistirá la menor, alegando, como fundamento del recurso, error en la valoración de la prueba.

La patria potestad, debe ejercerse por ambos progenitores o por uno con consentimiento del otro, pues así lo dispone el art. 156. 1 CC. En previsión de desacuerdos que pudieran surgir entre los progenitores en su ejercicio, se contempla la intervención judicial a petición de cualquiera de ellos. La intervención judicial en caso de desacuerdo de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad fue introducida por Ley 11/1981 de 13 de Mayo de Modificación del Código Civil en materia de filiación patria potestad y régimen económica matrimonial, esta contemplada en el párrafo segundo del art. 156 CC, cuya redacción actual, dada por la Ley 15/2015 de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria, no es muy diferente que la originaria. El precepto, incluido en el Capítulo I - Disposiciones Generales" del Título

VII " De las relaciones paterno filiales", dispone que en caso de desacuerdo (en el ejercicio de la patria potestad), cualquiera de los dos (progenitores) podrá acudir al juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente madurez y en todo caso si fuere mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir a uno u otro. Si los acuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla a uno de ellos o distribuir entre ambos el ejercicio de sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá exceder de dos años responde a la reforma párrafo segundo. La solicitud de intervención judicial no está vinculada a la ruptura de la relación entre los progenitores- el precepto esta incluido en el Capítulo I - "Disposiciones Generales" del Título VII " De las relaciones paterno filiales"- Y es que las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad pueden producirse sin que exista previamente ningún procedimiento de separación o divorcio o de ruptura de la pareja de hecho, bien que la mayoría de estas controversias se produzcan en casos de ruptura del matrimonio o de la relación de pareja. Como novedad, la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, regula un procedimiento específico para la intervención judicial en caso de discrepancia de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, que es independiente de los procedimientos de separación y divorcio, de nulidad del matrimonio, y de los referentes a medidas paterno filiales. Este procedimiento tiene, entre otras particularidades, que la decisión que se dicte podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados (art. 19. 2) Y que la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 19. 4).

Las distintas pruebas practicadas en el expediente señalan que la menor Leocadia, nacida el NUM000 2011, padece deficiencias de comprensión que le dificultad la adquisición del lenguaje tanto hablado como escrito, que son causa de retraso académico por la dificultad de adquisición de conocimientos- ya ha repetido un curso- y limitaciones de relación por problemas de comunicación eficaz. En el informe emitido por D. Evelio, médico psiquiatra Jefe de la Unidad de Psiquiatría de la red infanto juvenil de la Red de Salud Mental de Álava, tras referir los trastornos que padece Leocadia, señala que la salida de Leocadia a un centro monolingüe con la utilización de la lengua materna facilitaría la mejor adquisición del lenguaje y la comprensión y evitaría el fracaso escolar y permitiría la integración socio- escolar. El Sr. Evelio manifiesto en el juicio que la menor presenta ansiedad como consecuencia de los problemas que le aquejan. La testigo perito D. ª Josefina, que trata a Leocadia desde el año 2018, refirió que cuando Leocadia empezó el tratamiento estaba tocada a nivel emocional y que la dificultad sería menor si recibiera enseñanza solo en castellano.

Por su parte D. ª Mariana del centro Ikasbila no opino sobre el sistema educativo y señaló que Leocadia tenía problemas en euskera y en castellano, que eran problemas de adquisición de lectura y escritura y no expreso opinión sobre el sistema educativo. Así, el resultado de las pruebas es coincidente (la Sra Mariana no se ha pronunciado) en cuanto al menor nivel de dificultad que tendría Leocadia en alcanzar los conocimientos y formación esperados a su edad de acudir e un colegio de educación monolingüe en su lengua materna. Pero es que, además, es de todo punto lógico que a una menor que tiene dificultades de comprensión y de expresión le resulte más accesible el aprendizaje en escolarización monoligüe que el bilingüe que le exige dominar dos idiomas para comprender los contenidos de las distintas materias. De otra parte, no se alega que el cambio de centro escolar perjudique el derecho de visitas del padre con la hija y de los datos que obran en autos no resulta perjuicio. En este sentido se señala que el incremento de distancia que supone el cambio de centro para la recogida de la menor los dos días de visita (miércoles y viernes), en torno a los 20 km, no es muy relevante. En consecuencia, procede estimar el recurso y atribuir a D. ª Irene la facultad de elegir el centro escolar de la menor Leocadia.

Elección de centro escolar

AP GUADALAJARA, SEC. 1.ª, AUTO DE 22 DE ENERO DE 2020

Teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, es decir, domicilio de madre e hijos, domicilio del padre, horario laboral de uno y otra y lugar de trabajo de ambos, debe mantenerse que lo más aconsejable es que los niños acudan al centro escolar más cercano a su domicilio de residencia. Ello les permite una mayor integración social, una menor pérdida de tiempo en desplazamientos, una mejor participación en las actividades extraescolares. No se trata de un cambio arbitrario o caprichoso por parte de la madre sino que obedece a un cambio de trabajo y domicilio.

En realidad, en el proceso actual, no se trata tanto de decidir sobre el tipo de enseñanza, sino por un cambio de centro escolar que, la madre justifica por la cercanía a su nuevo domicilio motivada a su vez por un cambio en el trabajo.

Teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, es decir, domicilio de madre e hijos, domicilio del padre, horario laboral de uno y otra y lugar de trabajo de ambos, es razonable mantener que lo más aconsejable es que el niño acuda al centro escolar más cercano a su domicilio de residencia. Ello les permite una mayor integración social, una menor pérdida de tiempo en desplazamientos, una mejor participación en las actividades extraescolares. No se trata de un cambio arbitrario o caprichoso por parte de la madre sino que obedece a un cambio de trabajo y domicilio, no se cuestiona este extremo, siendo más beneficioso para el menor por razones obvias que acuda a un colegio cercano a su domicilio, no se discute como apuntábamos si el colegio es o no adecuado, ello le permite también una más fácil relación con el resto de alumnos que por regla general vivirán en las inmediaciones del colegio.

No se aporta argumento sustantivo alguno para oponerse al cambio de colegio, cuestionando en realidad el cambio de residencia de la madre al indicar que podría seguir viviendo en …, aunque trabajara en Madrid. Es cierto que un continuo cambio de residencia y centro escolar podrá resultar perjudicial para el menor ocasionando un cierto desarraigo, más nada apunta a este efecto en el momento presente máxime teniendo en consideración la corta edad del menor y su más fácil por ello adaptación al entorno por la falta de arraigo.

Educación religiosa

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, AUTO DE 15 DE ENERO DE 2020

Dada la edad alcanzada por la menor (12 años), la cuestión a decidir no es si los padres en el ejercicio de su libertad religiosa tienen derecho a instruir a la misma en sus creencias o convicciones al respecto, sino si la hija ha alcanzado la madurez necesaria para decidir, por sí misma, si acepta o no acompañar a su padre a reuniones y asambleas de carácter religioso, y en el acto de la vista, no solo el Ministerio Fiscal, sino también las partes apelante y apelada vinieron a admitir dicha madurez, madurez que pragmáticamente se encarna en lo manifestado con toda claridad por la propia menor, esto es, “que quiere decidir, pero cuando sea un poco mayor y sepa lo que hace y dónde se mete”.

Estamos en el marco de un expediente de jurisdicción voluntaria ex art. 156 del C.C., iniciado mediante la suscripción de un modelo normalizado de solicitud en fecha 31 de octubre de 2018 y en el que D.ª Azucena, anterior devota de “ DIRECCION000 “, solicitó que su hija “ no sea adoctrinada en ningún tipo de religión por su padre hasta su madurez si ella lo eligiera”, (a dicha solicitud se acompañó un “anexo explicativo” en el que se afirmaba que el padre de la menor, miembro de dicha confesión religiosa, “está

influyendo en su estado emocional negativamente", se aludía a las limitaciones sociales que las creencias religiosas del padre y su familia suponen para la menor - "no asistir y no celebrar ninguna fiesta tradicional popular que tenga que ver con algo que ellos consideran religioso-cristiano como Navidades, Reyes Magos, Carnaval, Cruces de Mayo, Halloween, Bodas Religiosas-Cristianas, Bautizos, Comuniones..."; no asistir a ninguna competición o competir en ningún deporte, no elegir una profesión si ello le impide dedicarle tiempo a Dios -; se afirmaba la minusvaloración del papel de la mujer dentro de dicha religión (el papel de la mujer "queda supeditado al hombre... adoctrinan a la mujer para servir al hombre, siendo el cabeza de familia y teniendo siempre la última palabra ante cualquier decisión"; y se concluía indicando que "el adoctrinamiento que se da en esta Religión es a través de inculcar miedo, sobre todo a los niños").

Pues bien; como ha sido el caso, que la resolución de primera instancia, tras aludir al interés del menor, ha terminado atribuyendo a D.ª Azucena "la facultad de decidir en el sentido de evitar que Paloma se inicie o reciba formación religiosa alguna hasta que cumpla los 12 años de edad"; finalmente ha acontecido, que don Rosendo ha interpuesto el presente recurso de apelación aduciendo que dicha resolución viola los arts. 16 CE, 2.1 de L.O.L.R. y 8, 9 y 14 de Convenio Europeo de Derechos Humanos; toda vez, en suma, que "... el auto apelado omite que, cuando los progenitores deciden enseñar sus creencias religiosas a sus hijos, están ejercitando un derecho fundamental propio, y no una función inherente a la patria potestad; razón por la que termina solicitando la revocación del auto apelado "en el sentido de permitir a cada progenitor elegir para sí y para la menor Paloma la educación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones, extinguiéndose y acordándose atribuir en exclusiva a la madre.... la facultad de decidir que la menor Paloma se inicie o reciba formación religiosa alguna, hasta que cumpla los 12 años de edad"; a dicho recurso se ha opuesto la madre solicitando la confirmación del auto apelado.

Planteado así el debate, se ha de comenzar señalando a fin de terminar perfilando el debate, que el matrimonio formado por D.ª Azucena y don Rosendo se disolvió por divorcio mediante sentencia de 25 de enero de 2013 en la que, entre otras medidas se concedía a la madre la guarda y custodia de la hija común, Paloma, nacida el ...de 2008; y que ésta ha sido explorada judicialmente con la intervención del Ministerio Fiscal (dése aquí por reproducido al ser conocido por las partes, el contenido del acta de la exploración efectuada por este Tribunal en fecha 13 de enero de 2020).

Planteado así el debate; revisado el contenido de las actuaciones (en las que ninguna prueba o informe psicológico avala la nociva realidad de las genéricas afirmaciones realizadas en la solicitud inicial); teniendo presente el hecho notorio de que la confesión ... está implantada en la sociedad española al amparo de lo establecido en el art. 16.1 CE y Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (de forma que no corresponde aquí hacer un análisis abstracto ni ponderación del eventual perjuicio o beneficio que sus devotos sufran por razón de sus dogmas y principios); y teniendo especialmente presente el resultado de la referida exploración del menor; se ha de anticipar, que el recurso sólo merece una parcial estimación, pues, en convergencia con lo finalmente solicitado por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista de este recurso, (tras las pruebas practicadas y la madurez del menor se considera procedente que "la menor decida"), se ha de anticipar que el auto apelado debe ser revocado.

En este sentido procede señalar:

- Es cierto, que el art. 27.3 CE contempla el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación religiosa y moral que sean conformes a sus convicciones; y es cierto, en convergencia con lo anterior, que el art. 2.c de L.O.L.R. establece el derecho a "elegir para sí, y para los menores no emancipados o incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones"; siendo igualmente cierto, que ese derecho de los padres debe de ejercitarse mediante decisiones conjuntamente adoptadas y ello aunque los padres se encuentren casados o divorciados (STEDH de 12 de febrero de 2013); pero no es menos cierto, que el derecho de los progenitores debe de conjugarse con el derecho del menor a la libertad religiosa y de conciencia contemplado en el art. 6 de L.O.PJ.M., pues los menores de edad, en cuanto personas, también son titulares de derechos fundamentales.

- Precisamente por esto último y en este orden de intereses es por lo que el art. 9 de L.O.P.J.M., el art. 14 de CDN y diversos preceptos del C.C. - arts. 92.2 y 154.5 - y Lec. - 770.4 y 777.5 de Lec, establezcan la necesidad de oír al menor, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

Precisamente por ello y por razón a estar próxima a cumplir la edad de 12 años, es por lo que el tribunal consideró necesario explorar a la menor con el objeto de valorar su mayor o menor capacidad de juicio y, en su caso, de ser oída sobre la controversia existente entre sus padres en relación a su educación

religiosa.

- Llegados a este punto y aunque no procede obviar lo establecido en el art. 6.3 de LOPJM ("Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad - religiosa y de conciencia - de modo que contribuya a su desarrollo integral"; precepto cuya finalidad, tal y como expresa una reputada doctrina científica, es la de lograr de la manera más efectiva, el libre desarrollo de la personalidad del menor, es decir, que llegue a autodeterminarse de una forma consciente y responsable), no cabe duda que lo relevante es determinar a partir de qué momento el menor puede ejercer por sí solo este derecho y en qué condiciones lo podrá ejercer, aún en contra de la opinión de sus padres.

- En este sentido procede comenzar remarcando, que en el ámbito de los derechos de la personalidad, no rigen las reglas generales de capacidad de obrar; de modo, tal y como se desprende del art. 162.1 del C.C. - al establecer que se exceptúan de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad del hijo siempre que esté tenga suficientes condiciones de madurez -, que para el ejercicio de estos derechos - libertad religiosa y de conciencia - basta con que el menor tenga la capacidad natural, entendida como la capacidad de entendimiento y juicio necesario para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trata y adoptar una decisión responsable; lo que, en definitiva se traduce, en que el grado de madurez que se exija al menor deberá estar, en todo caso, en consonancia con el acto que vaya a realizar.

Pues bien; si estas consideraciones las proyectamos sobre el caso de autos, y en este tenemos presente dos extremos: por un lado, que las posibilidades que ahora se ofrecen a la menor (las que concretamente motivan este debate), no consisten en decidir sobre actos que conlleven una adscripción permanente y determinante de su salida del entorno familiar, educativo o social donde la menor actualmente desarrolla su existencia, sino que se trata de decidir su presencia como mero asistente a actos o asambleas en compañía de su padre; y por otro lado, que la menor (tal y como se desprende de su inmediata exploración) posee la madurez o capacidad de juicio necesaria para percibir que la información que - directa o indirectamente - reciba en tales actos configura una visión de la realidad que conlleva un determinado código de conducta y escala de valores que actualmente no quiere asumir de forma lineal sino que requiere una reposada meditación de futuro; la consecuencia mal puede ser distinta a la anticipada.

Téngase presente, en suma, que la cuestión, dada la edad alcanzada por Paloma, no se traduce en determinar si los padres en el ejercicio de su libertad religiosa tienen derecho a instruir a la misma en sus creencias o convicciones al respecto, sino si Paloma ha alcanzado la madurez necesaria para decidir, por sí misma, si acepta o no acompañar a su padre a reuniones y asambleas de carácter religioso, y en este sentido procede remarcar, que en el acto de la vista, no solo el Ministerio Fiscal, sino también las partes apelante y apelada vinieron a admitir dicha madurez. Madurez que pragmáticamente encarna en lo manifestado con toda claridad por la propia menor, esto es, "que quiere decidir, pero cuando sea un poco mayor y sepa lo que hace y dónde se mete".

Por todo ello, y si bien el régimen de visitas y estancias de la menor con respecto a su padre permanece invariable, si procede declarar, que en el desarrollo de las mismas la menor tiene plena libertad de criterio para decidir si acepta o no las invitaciones del padre a acompañarlo a las reuniones o asambleas propias de su creencia religiosa.

El padre no quiere la custodia compartida que está solicitando la madre

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2020

La custodia compartida no es un régimen que pueda imponerse si no lo solicitan las partes, y en este caso hay una parte que la solicita, la madre que tiene la custodia, y otra que la rechaza, el padre que considera inasumible tal pretensión debido a su nueva situación familiar. Falta por ello un plan que garantice la atención de las menores, porque el padre alega que no tiene la posibilidad de acogerlas en su actual vivienda, ocupada por su pareja y dos menores. Tampoco se ha ofrecido por la madre alguna alternativa para asegurar la guarda alternativa.

Sobre los términos del litigio. D. ª Lina demandó la modificación de las medidas que adoptadas en sentencia de divorcio 275/2013, de 10 de junio, en el procedimiento de divorcio contencioso nº 621/2012 del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 (Familia) de Bilbao. Reclamaba que el sistema de guarda monoparental, que tenía atribuida, respecto de dos de las tres hijas comunes aún menores, pasara a ser de custodia compartida. El padre opuso que no habían cambiado las circunstancias para que tuviera lugar la modificación pretendida, que la petición se basa en el interés propio de la actora, y no en el de las menores, y que ahora convive con otra persona y dos menores, por todo lo cual, y lo demás que expone, solicita la desestimación de la demanda. La sentencia desestima la petición porque entiende que ni hay alteración sustancial de las circunstancias que justifique la modificación, ni plan de parentalidad ya que se impone a la otra parte unas funciones, cuidados y responsabilidades que no está en disposición de asumir. Tal sentencia es recurrida por el demandante en la instancia, por los motivos que se han señalado en §2. A la misma se han opuesto la otra parte y el Fiscal.

Sobre la alteración sustancial de circunstancias. El fundamento esencial del recurso es la discrepancia con la apreciación de la sentencia apelada de que no ha habido un cambio o "alteración sustancial de circunstancias" como exigen los arts. 5. 6. c) de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del Parlamento Vasco (LRFPV), 91 del Código Civil (CCv) y 775 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Al respecto venimos afirmando que para que puedan modificarse medidas adoptadas en sentencia de divorcio es presupuesto que tal alteración sea significativa. Es necesario que se produzca modificación de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de dictarse la sentencia que aprueba las medidas convenidas o dispone las que correspondan, de modo que hechos que ya existían en ese momento no justifican la variación. La modificación ha de ser sustancial, lo que significa, por un lado, que no es necesario un acontecimiento insólito o extraordinario, sino de relevancia, y por otro, que ha de ser de importancia, sin que quepa que simples alteraciones habituales en cualquier situación cotidiana justifiquen la alteración de las medidas adoptadas en la sentencia. 13.- Además se deduce de la STS 296/2015, de 2 junio, rec. 2408/2014, y cuantas le siguen, que el cambio no ha de haberse propiciado voluntariamente por el afectado, pues eso sería tanto como dejar a su sola voluntad la eficacia de las decisiones tomadas de común acuerdo en el convenio

regulador o por decisión judicial. Finalmente tampoco son admisibles circunstancias que pudieron haberse tenida en cuenta, por ser previsibles, en el momento en que las partes las dispusieran de común acuerdo. En definitiva, la alteración ha de ser relevante, sobrevenida, permanente, acreditada y ajena a quien insta la modificación. 14.- La sentencia apelada no aprecia que los cambios habidos respondan a las exigencias jurisprudenciales que derivan del art. 91 CCv. Argumenta la apelante que se pondera incorrectamente la prueba, y que debidamente valorada, debiera haber concluido que hay tal cambio, que cifra en que cuando se produjo el divorcio, el hoy apelado solicitó custodia compartida que no fue concedida, que su situación económica es muy comprometida al reducirse a 485 euros mensuales, que hay comunicación entre los progenitores por correo electrónico, que la otra parte cuenta con apoyo familiar suficiente, y que el informe psicosocial apoya su pretensión aunque sostenga que la situación de las hijas es correcta. Las alegaciones que se realizan no permiten contrastar que haya alteración de circunstancias, ni que sea sustancial. No es relevante cuanto se reprocha al padre, puesto que no ha solicitado el cambio de guarda. Es la madre quien lo hace, aunque la tiene atribuida. Que durante el procedimiento de divorcio, más de un lustro atrás, se pidiera custodia compartida no justifica ahora, sin que conste acuerdo o comunicación previa, que se pretenda que nada ha sucedido. Por el contrario el apelado ha iniciado una nueva relación y convive con otra persona y menores, lo que dificulta la pretensión de la apelante. 16.- No se ha alegado en el recurso que la situación económica de la madre sea diversa de la que había al dictarse sentencia de divorcio, pues el motivo se centra en reprochar a la otra parte la suya. La mejor o peor comunicación entre los litigantes no es circunstancia que permita considerar alterada sustancialmente la situación previa, y el apoyo familiar o su falta tampoco, porque el cambio debe ser relevante y serio. Por tanto ha de apartarse el primer motivo del recurso, ya que se entiende que la prueba ha sido correctamente valorada en la instancia. No concurre, en definitiva, el presupuesto legal para que las medidas adoptadas en sentencia de divorcio puedan modificarse.

Sobre la custodia compartida. Aunque falte el presupuesto, la sentencia recurrida entra también a ponderar la conveniencia de modificar el régimen de custodia, rechazando que sea posible por no atender el interés de las menores sino el de la madre, y por rechazarlo el padre por sus nuevas circunstancias. Contra dicho argumento se alza la parte apelante, recordando que el régimen de custodia compartida es el preferido por la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares del País Vasco, argumentando ampliamente sobre el particular.

Como hemos dicho en numerosas ocasiones, superada la indefinición inicial, el régimen de custodia compartida es el preferido por los arts. 9. 3 LRFPV y 92. 5 y 8 CCv. Hay una clara vocación legislativa de que, siempre que sea posible, se adopte este régimen, porque la norma entiende que es el más beneficioso para los menores, salvo que concurran circunstancias que lo desaconsejen. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia desde la citada STS 29 abril 2013, rec. 2525/2011, que luego reiteran las STS 15 octubre 2014, rec. 2260/2013, 16 febrero 2015, rec. 2827/2013, 22 diciembre 2016, rec. 1838/2015, 17 febrero 2017, rec. 2930/2015, 13 julio 2017, rec. 3268/2016, 654/2018, de 20 noviembre, rec. 1448/2018, o 215/2019, de 5 abril, rec. 3683/2018, entre otras.

Sin embargo también ha dicho la jurisprudencia que no es un régimen que pueda imponerse si no lo solicitan las partes (STS 400/2016, de 15 junio, rec. 1698/2015). En este caso hay una parte que la solicita, la madre que tiene la custodia, y otra que la rechaza, el padre que considera inasumible tal pretensión debido a su nueva situación familiar. Falta, por ello, algún plan que garantice la atención de las menores, porque el padre alega que no tiene la posibilidad de acoger en su actual vivienda, ocupada por su pareja y dos menores, a las dos hijas menores. Tampoco se ha ofrecido por la apelante alguna alternativa para asegurar la guarda alternativa. En consecuencia no se aprecia cómo pueda aplicarse el régimen que se pretende. 20.- Sumada tal conclusión a la falta de alteración sustancial de circunstancias, que no se ha constatado, lo procedente es la desestimación del recurso de apelación.

Los menores están en desamparo cuando se trasladan al domicilio de la madre en el régimen de custodia compartida

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2020

La entidad pública deja sin efecto la custodia compartida al constatar que la menor se encuentra en situación de riesgo grave de desamparo en los periodos de guarda que corresponde a la madre, acordándose atribuir la custodia al padre. Se considera acreditada la existencia de una situación de riesgo grave para la menor en relación con la madre, causado como consecuencia de un maltrato emocional, una instrumentalización de la hija y un trastorno de inestabilidad emocional de la madre.

En la demanda inicial del proceso la Sra. Juana ejercita una acción de oposición a la resolución del Consejo del Menor de Álava, de 24 de marzo de 2017, en la que se acordó declarar que D. ª Candelaria, menor de edad e hija de la demandante, se encuentra en situación de riesgo grave de desamparo en los periodos de custodia compartida que corresponde a la demandante, y por ello acuerda asimismo la elaboración y puesta en marcha del correspondiente plan de intervención familiar y dar cuenta la Ministerio Fiscal. En dicho plan de intervención se acuerda suspender el régimen de custodia compartida, quedando la menor bajo la custodia del padre, folio 97, con un plan de visitas de la madre en el que intervendrá un educador, todo ello hasta que mejore la situación de D. ª Juana. El Sr. Germán y el Ministerio Fiscal mostraron su conformidad con la resolución objeto de la oposición. La sentencia de primera instancia desestima la oposición. Básicamente considera acreditada la existencia de una situación de riesgo grave para la menor en relación con la madre, causado como consecuencia de un maltrato emocional, una instrumentalización de la hija y un trastorno de inestabilidad emocional de la madre. Por ello entiende que la medida, con la atribución de la guarda al padre, es ajustada a derecho. Frente a la sentencia la Sra. Juana interpuso recurso de apelación basado en los siguientes motivos: En primer lugar hace mención al expediente administrativo y a los informes realizados por la coordinadora, sin las concretas declaraciones ni los informes de los profesionales que intervinieron con la familia. Considera que el expediente debe contener una referencia de los hechos objetivos. Sobre el informe pericial del Equipo Psicosocial, considera que no versa sobre el objeto de la pericial. Añade que la perito sembró dudas sobre lo que había versado la pericial, pues no dio respuesta a la mayoría de las preguntas y afirmó que la demandante se muestra más compensada y emocionalmente más estable en la actualidad, pero seguidamente afirma que el resto de profesionales, sin indicar quién, reflejan persistencia de dificultades e indicadores de manipulación. Por ello considera que la perito debió haber realizado su propio análisis para ver si alcanzaba las mismas conclusiones. Alega asimismo error en los medios probatorios y afirma que los argumentos para declarar la situación de riesgo a día de hoy se encuentran superados. Así, sobre el maltrato emocional, no se explican los hechos en los que se funda. Sobre la instrumentalización del conflicto parental, el argumento de que la niña repite que tiene que estar con su madre para cuidarla, es una expresión de amor, y no se da la importancia que tiene el deseo de la niña. Del mismo modo afirma que los problemas de inestabilidad emocional y otros, referidos en el informe, son valoraciones muy genéricas que ni la psicóloga que depuso en la vista, ni la del Equipo Psicosocial están capacitadas para hacer un diagnostico. Finalmente hace mención al episodio ocurrido con motivo de las manifestaciones de la niña y la posible relación con abusos sexuales, cuyo proceso de validación "no permite la determinación de la probabilidad de existencia de una situación de abusos sexuales" y a la posible relación de los síntomas de alteración emocional con la separación de su pareja y las intervenciones de la administración.

Dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia de primera instancia debe confirmarse en su integridad, pues en la misma se hace una razonada y razonable valoración de la prueba, y por ello procede ratificar la resolución del Consejo del Menor que declara la existencia de una situación de riesgo grave para la menor en relación con su madre. La resolución sólo se refiere a la declaración de una situación de riesgo, no a las medidas consecuentes, con lo cual la revisión judicial de dicha resolución administrativa se debe concretar en la legalidad de la resolución en relación con las circunstancias concurrentes cuando se dictó. Sobre los medios de prueba interesados por la recurrente, la Sala ya mostró su decisión, auto de 11 de noviembre de 2019, al

rechazar definitivamente dichos medios, teniendo en cuenta que la propia recurrente propuso y expresó el contenido de la prueba del Equipo Psicosocial que fue practicada en la primera instancia, y del mismo modo consta el interrogatorio de la Sra. Eva, actual terapeuta, y constan unidos los informes de la Dra. Flor. Con ello es razonable entender suficiente la prueba, teniendo en cuenta también el expediente administrativo, en orden a resolver las cuestiones suscitadas. Debe tenerse en cuenta asimismo que la intervención del Consejo del Menor, como bien destaca la recurrente, se inicia a final del año 2014 como consecuencia de la propia información facilitada por la recurrente, en la que además de la referencia a manifestaciones de la menor en relación con el abuelo paterno, la propia recurrente hace mención a la dificultad de la relación con el padre de la menor y a la posible relación que las dificultades emocionales de la niña pueden tener con la separación y conflictiva relación entre sus padres. Con independencia de la valoración y tratamiento que se dio a la posible existencia o sospecha de una situación de abuso sexual, lo cierto es que se estudió el conjunto familiar y a cada uno de los que lo integran. La valoración realizada al conjunto familiar concluyó en el mes de junio de 2015, cuando ya se aprecia una situación de riesgo de desamparo de la menor y, entre otros, el inicio de un programa especializado de intervención familiar, con un régimen de custodia compartida. Situación que fue consentida y aceptada por la ahora recurrente, quien quedó sometida a un programa de intervención familiar, folio 67, donde en el concreto caso de D. ª Julieta, la línea de intervención recomienda que "sería conveniente incrementar la conciencia sobre las necesidades psíquicas de Candelaria y aportarle recursos que fomenten la no exposición a situaciones de tensión-conflicto interpersonal, y a situaciones de desbordamiento emocional. Otros objetivos del P. E. I. F. estaría orientado a guiar y acompañar a la madre en la relación con los diversos profesionales que atienden a su hija y a ella, así como el apoyo en la continuidad de la decisión de asistencia a tratamiento psicológico especializado"

Por todo ello la evolución del conjunto familiar y de cada uno de sus miembros hasta el momento de la declaración de la situación de riesgo, 24 de marzo de 2017, es resultado de la evolución de las relaciones y de la situación personal de los afectados relevante para modificar las consecuencias. Por ello ahora, con motivo de la oposición de la Sra. Juana, revisamos si la resolución del Consejo del Menor es o no ajustada derecho en el momento de su dictado, sin perjuicio de la evolución posterior, si bien no podemos ignorar, como consecuencia de lo alegado por la propia recurrente ante esta Sala en su escrito de 6 de septiembre de 2019, el informe remitido por el Consejo del Menor de 26 de septiembre, donde la subdirectora Técnica del Área de Infancia y Familia concluye que si bien se ha producido cierta mejoría, no se han producido los cambios mínimos suficientes, manteniéndose la situación de riesgo de la menor en el contexto materno. Con todo ello, en lo que afecta al recurso y la resolución de primera instancia objeto del mismo, no podemos sino reiterar lo acertado de la misma en relación con la valoración de la prueba, pues indudablemente el expediente administrativo, con los informes incorporados al mismo, así como el análisis de la situación actual que realiza el Equipo Psicosocial, como aportación técnico-pericial ajena e la estructura del órgano administrativo cuyo resolución es objeto de la oposición mediante un examen de dicho expediente y la realización de entrevistas personales, incluida la exploración de la menor, a lo que se añade la prueba deducida del interrogatorio de la Sra. Eva, actual terapeuta, permiten deducir que efectivamente la evolución de la Sra. Juana si bien con aspectos favorables y que previsiblemente pueden seguir mejorando, sin embargo en el momento del dictado de la resolución objeto del proceso, no habían alcanzado suficiente grado de satisfacción en orden a revisar el acuerdo objeto de oposición, que debemos ratificar. Todo ello teniendo en cuenta que el plan implantado, como consecuencia de la situación de riesgo grave, cumple plenamente lo establecido en el art. 17 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, persigue evitar la posible situación de desamparo, finalidad de la norma, sin separar a la menor de su entorno familiar. La guarda la ejerce el padre, con la supervisión del Consejo del Menor, y la madre mantiene las visitas que en cada momento se consideran necesarias para mantener y potenciar ésa relación en el entorno familiar con la menor y, además, para propiciar la evolución favorable de tales relaciones, con el objetivo final de recuperar el régimen de custodia compartida ahora suspendido. En definitiva la madre no ha perdido la relación con la menor, aunque esté regulada provisionalmente de una forma distinta mediante visitas en las que se pretende precisamente asentar una evolución favorable, que permita despejar el riesgo en el ejercicio pleno de las facultades derivadas del ejercicio conjunto de la patria potestad.

Se mantiene la custodia materna, al no acreditar el padre cambio de circunstancias

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2020

Se mantiene la custodia materna pues nada se acredita que la flexibilidad laboral a que alude el padre, no la tuviera o no la pudiera solicitar al tiempo del anterior procedimiento, teniendo en cuenta que dicha flexibilidad horaria por conciliación de vida familiar y laboral ya aparecía regulada en OM 121/2006 de cuatro de Octubre. Por otro lado que ahora tenga una nueva vivienda que comparte con su actual pareja, nada nuevo supone en la medida que entonces residía en la vivienda de su madre, esto es, no tenía problemas de vivienda y no consta que en la de su madre no pudiera atender a los menores.

La parte en su recurso se refiere a que el padre tiene un horario que le permitiría atender a los menores, sin entrar en consideraciones si ese horario lo tenía o lo podía solicitar cuando se acordó el régimen de guarda a favor de la madre, no bastando con que entonces quisiera la custodia compartida o no. Repetimos aquí no estamos para revisar lo resuelto en esa anterior sentencia, estamos en un supuesto en el que la eficacia de la cosa juzgada que corresponde a esa sentencia, en atención a la naturaleza de las medidas que se acuerdan en este tipo de procedimientos, se ve mitigada, pero no desconocida, así cabe su modificación posterior pero no sobre la base de una mera petición, sino porque se den las circunstancias que lo aconsejen, en este caso, que el cambio pretendido suponga un beneficio para los menores afectados. No se trata de si el padre es capaz de atender a los menores, de si tiene vivienda para ellos o no. No se trata de resolver aquí ex novo sobre el régimen de guarda que mejor conviene a los menores, sino si el acordado y vigente ha ser alterado al haberse producido ese “cierto cambio” al que se refiere nuestra jurisprudencia.

Nada se acredita que la flexibilidad a que alude la parte, no la tuviera o no la pudiera solicitar por el recurrente al tiempo del anterior procedimiento, pero es que del documento que aportó en el acto de la vista se desprende que la flexibilidad horaria por conciliación de vida familiar y laboral ya aparecía regulada en OM 121/2006 de 4.10 (n. 73 del listado), sin que tampoco tengamos elementos de juicio para considerar que sea más beneficioso para los menores el cambio de guarda pretendido, aun más del informe del Equipo Psicosocial lo que se desprende es que el régimen vigente ha de mantenerse con ampliación del régimen de visitas a favor del padre, y es lo que se ha hecho en la instancia. El hecho de que ahora el recurrente tenga nueva vivienda que comparte con su actual pareja, nada nuevo supone en la medida que entonces residía en la vivienda de su madre, esto es, no tenía problemas de vivienda y no consta que en la de su madre no pudiera atender a los menores, antes al contrario, se ha de entender que podía hacerlo pues ha sido su domicilio hasta momento posterior al planteamiento de la demanda en que ha pasado a convivir en otro domicilio con su actual pareja. La exploración de la menor Teresa tampoco puede servir de apoyo para la modificación pretendida al haberse manifestado claramente en el sentido de querer continuar con el actual régimen, sin perjuicio de que quiera tanto a su padre como a su madre. No es un elemento determinante pero corrobora lo que antes hemos indicado. Por último, lo que hace la sentencia es apoyarse en el dictamen de especialistas conforme al artículo 92.9 del Código Civil.

El padre fue el que decidió cambiar de domicilio, por tanto los gastos de traslado se abonarán en la proporción del 70% y 30%

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2020

La sentencia de instancia, valorando que la necesidad del desplazamiento del menor hasta Valladolid se debe a la exclusiva voluntad del progenitor paterno al haber trasladado allí libremente su lugar de residencia, le impone a él la obligación del abono íntegro del importe económico que ello suponga. Por el contrario, la Sala encuentra más proporcional a las circunstancias del caso, en concordancia con la jurisprudencia expuesta y el hecho de haber sido la decisión del apelante la causante del origen del gasto, acordar en su lugar que los gastos de desplazamiento del menor sean sufragados en los términos propuestos por el Ministerio Fiscal, esto es en un 70 % por el padre y en un 30 % por la madre.

En segundo lugar se alega vulneración del principio de tutela judicial efectiva al romper el principio de proporcionalidad, equidad y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a quien debe soportar los gastos de transporte del menor cuando vaya a Valladolid y después vuelva a ..., entendiendo que, en lugar de lo resuelto por el Juez a quo, los gastos de desplazamiento deben ser satisfechos por ambos progenitores al 50 %. Por su parte la apelada se opone al motivo de recurso mostrándose conforme con lo razonado por el juzgador de instancia, mientras que el Ministerio Fiscal, si bien considera que la sentencia se encuentra debidamente razonada, concluye que, para el caso de que la Sala considere que procede un reparto de las cargas de desplazamiento, este reparto se establezca atribuyendo el 70 % al padre y el 30 % a la madre.

En relación a los gastos de desplazamiento ciertamente el T.S. en la sentencia de 26 de Mayo de 2014, analiza esta espinosa cuestión recogiendo dos principios generales de ineludible observancia en esta materia, el interés del menor, y el reparto equitativo de cargas, reparto que se debe efectuar de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de manera equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta las circunstancias personales de los progenitores, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc; dice también esa sentencia que cuando no hay acuerdo, cada padre o madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visitas, y el custodio lo retornará a su domicilio, y este será el sistema normal o habitual; con carácter subsidiario las partes o el Juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica y debiendo motivarse en la resolución, por último también se admite en situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes, y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables.

La sentencia de instancia, valorando que la necesidad del desplazamiento del menor hasta Valladolid se debe a la exclusiva voluntad del progenitor paterno al haber trasladado allí libremente su lugar de residencia, le impone a él la obligación del abono íntegro del importe económico que ello suponga. Por el contrario, esta Sala encuentra más proporcional a las circunstancias del caso, en concordancia con la jurisprudencia expuesta y el hecho de haber sido la decisión del apelante la causante del origen del gasto, acordar en su lugar que los gastos de desplazamiento del menor sean sufragados en los términos propuestos por el Ministerio Fiscal, esto es en un 70 % por el padre y en un 30 % por la madre, lo que determina la estimación parcial del recurso.

Aunque no existe causa objetiva para suspender las visitas, en la exploración se comprueba la mala relación paterno filial que aconseja la suspensión

AP LEÓN, SEC. 2.ª, AUTO DE 13 DE ENERO DE 2020

No parecen existir causas serias y objetivas (el bofetón per se no lo es) que permitan fundar la suspensión del régimen de visitas, si bien, de la exploración dedujo este Tribunal un grado de madurez en el menor considerablemente superior al propio de su edad, dando además una versión de la relación que mantiene, más bien mantenía, con su padre que resultó perfectamente creíble por su aparente sensatez y objetividad en la descripción de la actitud de su padre para con él, que sí justifica la suspensión de las visitas en tanto el menor la considere procedente, invitando al padre a que introduzca cambios en su comportamiento para con su hijo, que anime a éste a volver a estar y relacionarse con él.

La resolución recurrida desestima la solicitud formulada por D.ª Vicenta al amparo de lo dispuesto en el art.86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria en la que interesaba la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones paterno-filial en base a la existencia de un procedimiento penal en el que aparece imputado el padre por haber propinado una bofetada al hijo en la cara tras una discusión.

En el escrito del recurso se insiste en que, en interés del menor, se suspendan cautelarmente las visitas hasta la resolución del referido procedimiento penal, a lo que se opuso no solo la representación del padre D. Lucas, sino también el Ministerio Fiscal.

Consta en el expediente que el menor ha cumplido ya los 14 años de edad (nació el NUM000 de 2005), que el incidente en que se sustenta la petición de suspensión se remonta a noviembre 2017, sin que conste la producción de otros similares en los dos años trascurridos con posterioridad al mismo, que la hermana menor de Lucas, Covadonga, acude a las visitas con normalidad, que tras dicho incidente el menor, a iniciativa propia, dejó de visitar a su padre durante un período de unos cuantos meses, sin que éste haya tratado de forzar la situación y que, por las razones que fueren, el propio menor retomó el régimen de visitas que había dejado de cumplir, para a las pocas semanas volver a interrumpirlo, también por decisión propia y como consecuencia, según su versión, expuesta con ocasión de la exploración a que le sometió este Tribunal, de la actitud de su padre hacia él.

No parecen existir causas serias y objetivas (el bofetón per se no lo es) que permitan fundar la suspensión interesada, mas de la referida exploración dedujo este Tribunal un grado de madurez en el menor considerablemente superior al propio de su edad, dando además una versión de la relación que mantiene, más bien mantenía, con su padre que resultó perfectamente creíble por su aparente sensatez y objetividad en la descripción de la actitud de su padre para con él, que justifica la suspensión pretendida en tanto el menor la considere procedente, invitando al Sr. Lucas a que introduzca cambios en su comportamiento para con su hijo, que anime a éste a volver a estar y relacionarse con él, lo que redundaría en beneficio de ambos y muy especialmente en el del joven Plácido, en cuanto atraviesa por una edad seguramente difícil y en la que la influencia positiva de la figura paterna le podría hacer mucho bien, para lograr lo cual el Sr. Lucas debería empezar por reflexionar que él, además del padre, es el adulto y la persona que, por su mayor experiencia y madurez, debe ganarse a su hijo, tratándose de comprender los estados de ánimo y reacciones propias de su edad.

La convivencia de un tercero en la vivienda familiar es causa de extinción del uso, aunque este tercero esté atendiendo las necesidades de los hijos ya que el padre no abona la pensión

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 2020

Al residir en la vivienda de manera estable la nueva pareja de la madre, como quedó acreditado en el procedimiento, el inmueble ha dejado de ostentar la cualidad de domicilio familiar, y por tanto, no está ya justificada la atribución del uso de dicha vivienda a uno solo de los copropietarios con exclusión del otro.

Como segundo motivo de recurso se alega por el recurrente la procedencia de la desafección del uso y disfrute del domicilio familiar al convivir en el mismo el actual compañero sentimental de la demandada.

A tal efecto es un hecho probado y admitido por las partes que la demandada mantiene una relación afectiva estable con una nueva pareja, así como esta nueva pareja reside en el domicilio cuyo uso se asignó en la sentencia de divorcio a los hijos menores y a su madre al ser ésta la progenitora custodia. Se razona en la sentencia recurrida que esta circunstancia no resulta determinante para acordar la desafección de la vivienda controvertida por cuanto el uso del que se encuentra disfrutando la actual pareja de la progenitora custodia está compensando con la contribución que realiza al sostenimiento económico de la familia y con ello a cobertura de las necesidades de los hijos menores ante la falta de pago del progenitor paterno de sus obligaciones económicas, de suerte que, en interés exclusivo de los menores, razona la juez a quo que procede mantener la medida relativa al uso y disfrute de la vivienda en cuestión en los términos establecidos en la sentencia de divorcio razonando que lo contrario implicaría un grave perjuicio a los menores.

Para resolver la cuestión controvertida el apelante cita, entre otras, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 641/2018, de 20 de noviembre, que declaró:

" (i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida.

"(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

"El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o sim-

plemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

En el mismo sentido se ha pronunciado la misma Sala del TS en la sentencia número 568/2019 de 29 de octubre de 2.019, en la que, reproduciendo lo previamente razonado en la sentencia antes trascrita, resuelve un caso similar exponiendo " En aplicación de esta doctrina, que la sala de apelación no desconocía, debemos declarar que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. Por lo expuesto, procede estimar el motivo de casación, en aplicación del art. 96.1 del C. Civil, declarando que la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla".

Siendo esta por tanto la postura jurisprudencial actualmente seguida por nuestro Alto Tribunal, esta Sala no debe resolver de manera contraria a la misma y, en su consecuencia, procede la estimación de este motivo de recurso pues, al residir en la vivienda de manera estable la nueva pareja de la madre, como quedó acreditado en el procedimiento, la vivienda en cuestión ha dejado de ostentar la cualidad de domicilio familiar, y por tanto, no está ya justificada la atribución del uso de dicha vivienda a uno solo de los copropietarios con exclusión del otro.

En su consecuencia, procede, con estimación del recurso, acordar la desafección de la vivienda y, por ello, no se atribuye de forma expresa su uso a ninguna de las partes, pasando a regularse por las normas relativas a la copropiedad.

Se mantiene el uso, dado que se pactó la posibilidad de que un tercero pudiese convivir en la vivienda familiar

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2020

A pesar de cambio legislativo en el País Vasco y de la actual jurisprudencial del Tribunal Supremo, debe mantenerse el uso que se pactó en el convenio regulador aunque haya quedado acreditada la convivencia marital de un tercero, pues la misma respeta el pacto que limitaba dicha convivencia hasta que la menor de las hijas cumpla cinco años. La atribución del uso se hizo hasta que las hijas se emancipasen o fuesen independientes económicamente.

Son hechos relevantes para resolver el recurso, que deben ser declarados expresamente como probados, conforme a lo dispuesto en el art 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), los siguientes:

El 24 de febrero de 2009 D.ª Pilar y D. Ángel Daniel signaron convenio regulador de mutuo acuerdo (doc. nº 2 de la demanda, folios 23 y ss de los autos), cuya cláusula quinta, rubricada "Uso y disfrute del domicilio conyugal", establecía en sus dos primeros párrafos (folio 26 de los autos), justo antes de describir la vivienda, lo siguiente: "El domicilio conyugal, sito en. . . de la localidad de ... (Vizcaya) pertenece por mitades indivisas a los cónyuges con anterioridad al matrimonio, acordándose que el uso y disfrute de la misma pertenecerá a D. ª Pilar en su calidad de cónyuge custodio de las hijas hasta que ambas alcancen la independencia económica y se emancipen del hogar familiar. Asimismo, se establece que el cónyuge custodio que ostente el uso y disfrute de la vivienda no po-

drá convivir maritalmente en ella con otra persona hasta que la menor de las hijas cumpla cinco años, caducando esta cláusula de forma automática al llegar esta fecha, obligación que se podrá prorrogar mediante acuerdo. . . “.

Tal convenio fue ratificado en el juzgado por ambas partes y por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 (Familia) de ..., en sentencia de divorcio 262/2009, de 12 de mayo, dictada en el procedimiento de divorcio nº 236/2009 (doc. nº 1 de la demanda, folios 9 y ss de los autos).

No se pactó la prórroga de la cláusula quinta antes mencionada, como han reconocido ambas partes.

D.ª Pilar ha comenzado a convivir maritalmente en el domicilio al que se refiere el convenio regulador con otra persona, en fecha posterior a que la hija menor cumpliera cinco años, pues lo ha admitido al contestar la demanda.

Sobre la realidad social cuando se pactó que la convivencia o matrimonio con terceros no extinguiría a partir de cierto momento el derecho de uso.

El litigio se centra en una cuestión estrictamente jurídica: si la aprobación de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del Parlamento Vasco, que habilita en su art. 12. 11. d) como causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar “El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario”, puede aplicarse a una previsión pactada en convenio por las partes, antes de aprobarse tal norma, contemplando los términos que se han expuesto en §12. 1. El apelante entiende que sí, la sentencia lo descarta, y ahora se suscita en segunda instancia la misma controversia.

El apelante explica que cuando se adoptó tal acuerdo, en el año 2009, ni la vigente norma existía, ni la situación jurídica era semejante a la actual. Refiere pormenorizadamente lo que a su juicio era el estado de la cuestión, con abundante cita de sentencias de Audiencia Provincial, para concluir que lo pactado respondía a lo que era admisible conforma a esa opinio iuris, que ha variado tras la aprobación de nuestra Ley 7/2015, de aplicación en la Comunidad Autónoma Vasca, y la inflexión de la jurisprudencia que ha supuesto la STS 641/2018, de 20 noviembre, rec. 982/2018. Entiende por tanto que conforme al art. 3. 1 del Código Civil (CCv), la nueva realidad legislativa y jurisprudencial justifica entender que hay causa de finalización de la atribución del uso de la vivienda familiar por la reconocida convivencia de la madre con un tercero en aquél. 15.- Aunque se admitiera cuanto sostiene el apelante, no puede prescindirse de la regulación legal vigente. Con independencia de razones temporales y normas transitorias, la previsión del art. 12. 11. d) de la Ley vasca 7/2015 es que la convivencia marital o el matrimonio en la vivienda familiar supone la extinción del derecho de uso “. . . salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario”. Esta materia, por tanto, otorga un amplio grado de libertad a los ex cónyuges, que pueden pactar el modo en que prefieren se discipline el uso de la vivienda familiar. A falta de pacto, la norma es taxativa, y dispone en su ámbito de aplicación (aunque luego la jurisprudencia haya llegado a conclusiones semejantes), que la atribución del uso de la vivienda familiar a un progenitor, sea cual fuese su causa, finaliza al celebrar el iniciar usuario nueva relación marital en tal vivienda. Dicha previsión puede apartarse por los afectados a través de un pacto, que cabe recoger en convenio regulador. El art. 12. 11. d) es por tanto norma de naturaleza dispositiva, ya que sus efectos pueden regularse por las partes, sin imponerse en todo caso, de modo que podrá establecerse una consecuencia distinta a la señalada por la ley.

Si la norma vigente faculta que los ex cónyuges dispongan lo contrario a lo que regla, es decir, si autoriza a que se convenga que la convivencia marital o el matrimonio del usuario de la vivienda familiar no extinga el derecho de uso, una previsión anterior a la entrada en vigor de tal norma, como la acordada por las partes en el modo que se recoge en §12. 1, hoy día sería perfectamente admisible. Es factible, atendiendo a la previsión excepcional del art. 12. 11. d) de la Ley 7/2015 del Parlamento Vasco, que se prevenga que la convivencia marital o matrimonio no extinga el derecho de uso. Si eso es posible, conforme a la libertad contractual que garantiza el art. 1255 CCv, también lo es convenir que tal limitación sea temporal, y que durante algún tiempo esté vigente la regla general, permitiendo no obstante que deje de operar transcurrido el plazo que se pacte, y por tanto, que desaparezca la consecuencia prevista para el incumplimiento, que es la extinción del uso.

Cuanto se argumenta conduce a concluir que si hoy es válido un pacto que excluye el efecto extintivo del art. 12. 11. d) de la Ley vasca 7/2015, aunque se disponga que opere durante algún tiempo, la entrada en vigor de esta regulación legal no supone la extinción del derecho de uso, porque ya se pactó en un sentido que hoy prevé la ley, disponiendo la pérdida del derecho de uso si había ma-

trimonio o convivencia marital antes de que la hija menor cumpliera cinco años. El pacto adoptado entonces hoy sería plenamente eficaz, y por tanto la pretensión de la actora de que hay causa de extinción por la convivencia marital de la apelada, en aplicación de la Ley 7/2015, carece de justificación.

Sobre el cambio de jurisprudencia

Mantiene también la apelante que la inflexión de la jurisprudencia a partir de la STS 641/2018, de 20 noviembre, rec. 982/2018, justifica que se ponga fin a la atribución del uso de la vivienda familiar por la convivencia de la madre con otra persona, admitida en todo momento por aquélla.

Efectivamente la sentencia citada, y posteriormente la STS 568/2019, de 29 octubre, rec. 1153/2019, consideran que la vivienda familiar pierde esa condición tras la entrada de un tercero que conviva con tiene atribuido el uso. Dice tal jurisprudencia que el uso residencial por un extraño desnaturaliza esa condición de vivienda familiar, lo que justifica la desaparición del uso, pues a partir de ese momento la vivienda no es familiar, y el derecho que existía lo era, precisamente, por tener de ese carácter, de modo que ya no hay derecho sobre una vivienda que carece de la consideración que atribuía el derecho.

Esa jurisprudencia, sin embargo, no analiza cómo proceder si hubiera habido un pacto expreso como el redactado en §12. 1, que expresamente limita la pérdida de uso a un plazo temporal. Dicho plazo, además, está abierto a modificación bilateral de los firmantes, pues permite que se prorrogue de mutuo acuerdo, aunque no haya sucedido así. Las sentencias que se citan podrán aplicarse a supuestos en que no hay pacto que exonere, pero por el momento nada se ha dicho por el Tribunal Supremo para el caso en que hubiera pacto dejando sin efecto la pérdida de uso si se produce matrimonio o convivencia semejante. Además esos pronunciamientos acuden a las previsiones del Código Civil, cuando en nuestro caso tenemos norma propia, a partir del año 2015, que faculta expresamente a los ex cónyuges con hijos a pactar en el modo en que los hoy litigantes lo hicieron con bastante antelación.

Las razones expuestas permiten entender, en consecuencia, que la jurisprudencia que se menciona no excluye un pacto como el acordado por las partes, ni perturba su eficacia, por lo que el motivo será desestimado.

Sobre las demás razones del apelante. Finalmente entiende la parte apelante que la cláusula controvertida era limitativa, no permisiva. Argumenta que si se hubiera dispuesto un tiempo mayor o una prohibición total, no hubiera sido admitido por el Ministerio Fiscal o el Tribunal que había de resolver, dada la situación existente en 2009. En su opinión tal pacto no puede tratarse igual que lo que hoy dispone la Ley 7/2015, de relaciones familiares en el País Vasco.

Si las partes dispusieron un límite, y se ha respetado, no puede ahora pretender volver a establecerse por vía de modificación de medidas. El pacto alcanzado era admisible entonces en base a la autonomía de voluntad y fue ratificado judicialmente. Hoy podría adoptarse igualmente, con apoyo legal, pues existe norma expresa que lo autoriza, el art. 12. 11. d) de la Ley 7/2015, del País Vasco. Aunque fuera una simple limitación para proteger a las hijas, como se argumenta, es plenamente válido y eficaz, y no puede retrotraerse pues lo convenido es que no se vulnerara la prohibición cierto tiempo, transcurrido el cual era factible nueva convivencia en el domicilio sin que tal decisión supusiera la pérdida de uso de la vivienda familiar.

Se señala además que no se produce desamparo de las hijas comunes, volviendo a citar la STS 641/2018, de 20 noviembre, rec. 982/2018 para explicar que no se produce por la pérdida del uso de la vivienda tras la convivencia del usuario con un tercero. Tal argumento pretende desvirtuar la manifestación que se hace en la sentencia recurrida de que no consta se garantice habitación a las hijas comunes en vivienda alternativa idónea.

Hay que acoger tal reproche, porque no resulta decisivo para resolver. No es preciso demostrar la existencia de alternativa habitacional para finalizar el derecho de uso de la vivienda que fue familiar. Cuando se extingue tal uso habrá posibilidades diversas, incluso la continuación en el uso, pero por título diferente, seguramente oneroso. Admitido por tanto el argumento del recurso, ello no implica que haya de aceptarse la finalización del uso de la vivienda por la madre e hijas, que es improcedente pues se pactó que se mantuviera hasta que las hijas “alcancen la independencia económica y se emancipen del hogar familia”.

No se fijan alimentos para la hija mayor, se marchó voluntariamente al no querer aceptar las normas de convivencia

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2020

No ha habido voluntad de abandono por parte de los padres hacia la hija mayor que reclama alimentos, sino que ésta se marchó voluntariamente por diferencias propias del conflicto generacional con aquellos, al no querer la hija asumir ciertas normas o pautas de convivencia, negándose a relacionarse después con los padres, concluyéndose que la falta de relación actual entre unos y otra es imputable a la hija "con la caracterización de principal, relevante e intensa, tal y como exige la doctrina jurisprudencial".

La demanda lo que sostiene es que los demandados se han despreocupado los deberes inherentes que como padres tienen frente a su hija, de que se encargan sus abuelos al no tener medios para subsistir, que fue despojada del derecho de permanecer en su vivienda familiar siendo acogida por los abuelos maternos y que careciendo del cariño y atención de los padres estos, la invitaron a marcharse de la vivienda, y ello cuando era todavía menor de edad al alcanzar la mayoría de edad el 22 de octubre de 2018, sin que los demandados tenga la mínima intención de que la hija vuelva la familia por lo que precisa una vivienda un apoyo suficiente hasta que pueda superarse profesionalmente que cifra en 1000 euros mensuales más gastos extraordinarios.

La parte demandada ya en su contestación solicitaba que la prestación de alimentos que solicita la actora se llevará a cabo en el domicilio familiar negando que la hubieran despojado de su derecho a vivir en el hogar familiar o invitado a marcharse, aludiendo a una falta de respeto de las normas familiares, y que a esta situación se ha llegado por el cumplimiento y constante intento por parte de los demandados de hacer efectivos sus derechos-deberes inherente a la patria potestad, pudiendo la demandante ya mayor de edad subvenir a sus propias necesidades sino quiere vivir con sus padres y hermanos.

Es indudable que el deber de prestar alimentos compete a los padres respecto a los hijos durante la minoría de edad, y también alcanzada la mayoría de edad, incluso con la misma extensión cuando estos últimos no han terminado su formación por causa que no le sea imputable (artículo 142 del Código Civil). Este sería el caso de la demandante que está estudiando una carrera universitaria, y no ha terminado su formación, extremo no discutido. Tendría, en principio derecho alimentos que le cubrieran su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. La posición de la parte demandada es que no se niegan a atender las necesidades de su hija en el hogar familiar, pero sí a hacerlo en la forma que ella entiende y solicita.

La controversia la centra la sentencia apelada en si concurre en la demandante alguna de las causas que conforme al artículo 152 del Código Civil supone un cese de la obligación de dar alimentos. La sentencia apelada hace referencia a que esto ocurrirá cuando el solicitante tenga la " mayoría de edad económica", aludiendo a una serie de causas que pudieran justificarlo y, en concreto para este caso, alude al abandono del hogar familiar con una causa suficiente para la extinción del derecho a la pensión pues con ello " está renunciando a las ventajas del acogimiento económico en el entorno familiar ", salvo el caso en el que " existe una razón que justifique el abandono del domicilio paterno, y se prevé la situación de necesidad", refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo 104/2000 19 de diciembre de febrero, relativa a la falta relación

entre padres e hijos y su incidencia en esta materia dependiendo si esa situación es imputable sólo a los hijos o a ambos, y remarcando la necesidad de una cumplida prueba para entender lo primero. Desde estos presupuestos la sentencia apelada, teniendo en cuenta la prueba practicada, entiende que no habido voluntad de abandono por parte de los padres hacia la demandante, sino que ésta se marchó voluntariamente por diferencia propias del conflicto generacional con aquellos, al no querer la hija asumir ciertas normas o pautas de convivencia, negándose a relacionarse después con los padres, concluyendo que la falta de relación actual entre unos y otra es imputable a la hija "con la caracterización de principal, relevante e intensa, tal y como exige la doctrina jurisprudencial".

Se ha de recordar que el ámbito de decisión de este Tribunal de apelación viene delimitado por los motivos de impugnación que se contengan en el recurso de apelación, sin más limitaciones que las pretensiones de las partes formuladas en la instancia y la prohibición de la denominada "reformatio in peius". En esta labor, el ámbito de conocimiento no tiene limitación alguna que provenga de la valoración que se haya hecho de la prueba en la instancia, que sin necesidad de que sea absurda, lógica o arbitraria, puede ser objeto de revisión por esta Sala en tanto que se trata de un nuevo juicio sin que se puedan aplicar a la apelación las restricciones propias del recurso de casación. Nos remitimos al efecto a la sentencia del Tribunal Supremo de 18.5.2015, recurso 2217/2013, que concluye sobre este particular afirmando que " es función de la segunda instancia la revisión de todo lo actuado en la primera, según los términos en que se formula el recurso, incluyendo la valoración de la prueba de los hechos, que podrá ser o no coincidente con la llevada a cabo por el juez "a quo" de modo que la Audiencia puede practicar una valoración distinta aunque una y otra resulten igualmente razonables y admisibles según las reglas de la lógica ". Ello es extensible también a los casos de las pruebas personales que se practican en la instancia y no ante el Tribunal de apelación, pero, aun cuando se disponga del vídeo del juicio, no se está en la misma posición que el Juez a quo, lo que hace que se de especial relevancia a la valoración que éste haya realizado de esa prueba personal ante él practicada, a la que se deberá de atender antes que a la necesariamente interesada de las partes.

Es un dato relevante el que la propia parte ya abandona la tesis sostenida en la instancia de que fue echada por sus padres, para quedarse en que "fue invitada" a irse y en repetidas ocasiones (a propósito del whatsapp que comenta el recurso), lo que no concreta la parte de forma lo suficientemente clara, pues aquí puede entrar la advertencia de que en la casa hay determinadas reglas y que hay que respetarlas si se quiere permanecer en la misma, lo que en modo alguno puede valorar como causa justificativa de esa marcha de la casa por parte de la demandante. La parte recurrente pretende quitar credibilidad tanto al testimonio de su hermano como de la empleada de hogar, pero que, junto a ella misma y los demandados, son quienes de primera mano han podido observar las situaciones que se hayan podido dar en la casa para que la demandante, todavía menor de edad, se marchara del que es su hogar familiar. Lo mismo cabe decir del testimonio de la vecina, sin que aquí se eche de menos valoración o consideración de la otra prueba practicada, la que refiere y comenta el recurso, pues la sentencia descarta su eficacia para valorar esos extremos " porque no saben lo que ha ocurrido dentro del domicilio familiar, al no residir en el" aparte de las desavenencias familiares entre la familia materna y los demandados. Por último, entiende acreditada esa falta de relación por causa imputable a la demandante que se niega a tener contacto con sus padres, atendiendo a la testifical de empleada de hogar que lo es, o lo ha sido en ese tiempo, también en el domicilio de los abuelos maternos, y a la documental aportada, sin que se pueda tildar a esta de parcial, pues es suficientemente ilustrativa sin que tengamos elementos de juicio para sostener que no se trata de mensajes entre los padres y la hija (no se impugnó la documental aportada por la parte demandada), o que falten elementos que le den otro sentido, para lo que la parte recurrente ha tenido la posibilidad de aportar la conversación completa, si hubiera sido de su interés. En todo caso, aparece clara la conducta de los demandados de intentar relacionarse con la hija, sin obtener respuesta.

Es precisamente en ese dato en el que entendemos que está el núcleo de la controversia. Una vez que la demandante se marchó del hogar familiar, poco importa si lo hizo invitada o no por sus padres, o por su propia voluntad en busca de otro ambiente, lo relevante es que, como aquí se trata de ver, si ese derecho a percibir alimentos de sus padres ha de hacerse efectivo en la forma que pretende, pues no cabe que esto quede a su elección o capricho, esto es, que elija la hija dependiente dónde vivir y que se lo costeen los padres con mayor o menor amplitud, según la capacidad económica que tenga y lógicamente sus necesidades. En esta situación por lógica y por plantearlo así el artículo 149 del Código Civil, es opción del obligado la determinación de la forma en que atiende esa obligación, y para imponerle la vía de la pensión ha de

existir pronunciamiento judicial, y aquí queda meridianamente clara la de los demandados, por lo que la cuestión se centra en si existe causa que justifique la no vuelta a la casa de la demandante. Ya en su momento se refirió la parte demandada al inciso final del artículo 149 pf 2 del Código Civil, puesto que no existiendo disposición legal o resolución judicial que disponga la no convivencia o alejamiento de padres e hija, es preciso que medie esa " justa causa" a que alude ese precepto. Y es precisamente en este extremo, no en si se marchó por voluntad propia o forzada por la conducta de sus padres para con ella, a lo que se ha de atender. Para ello se ha de tener claro que una casa familiar no es un lugar donde se brinda hospedaje y servicio de cajero, sino un lugar de convivencia y respeto entre todos los que allí viven y se relacionan, y sin desconocer la posición de los padres como cabezas de la familia, ello no hace que sea un lugar de ordenar por un lado, y obedecer por otro, sino de diálogo, decisiones comunes, cesiones individuales y convencimiento de la bondad de las reglas que en toda casa tiene que haber por el bien de todos, como principio básico de toda convivencia con derechos y deberes, no sólo con los primeros. Pues bien, teniendo en cuenta la prueba practicada, singularmente la documental aportada y la posición que aquí se ha mantenido, contamos con una voluntad clara de los padres de reanudar la convivencia y de buscar una aproximación, y un posicionamiento de la hija de absoluto rechazo hacia sus padres, en términos que llegan a ser viscerales, más allá de no querer mantener relación alguna a la que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 19.2.2019 antes citada. Nos remitimos, entre otros, al documento n. 18 de la contestación, no impugnado por la parte demandante, que recoge tantos pantallazos de mensajes de "whatsapp" y una fotografía de red social subida por la demandante de lo que se identifica como la casa de los demandados -y no se ha negado-, con un mensaje muy ilustrativo de lo antes indicado. En definitiva, una situación en la que todos los integrantes de la familia, incluso en sentido extenso, tienen que hacer por colaborar para solucionarla y no agravarla, pues no es buena para nadie, pudiendo haber sido una vía de solución la ayuda para padres e hija que se buscó con una psicóloga.

Con ello queremos decir que no concurre la "justa causa" a que antes nos referíamos y cuya concurrencia sería lo que justificaría la pensión de alimentos cuya establecimiento se pretende con la demanda y se reitera con el recurso, no siendo natural ni lógico, ni -añadimos - aparece justificado, el rechazo de la demandante a vivir en el hogar familiar, con lo que finalmente se llega a la misma conclusión que la sostenida en la instancia, la desestimación de la demanda, sin que aquí se pueda hablar de que se modifican los términos del debate o exista alguna extralimitación por este Tribunal puesto que cabe que se confirme la decisión adoptada en la instancia aun por otras razones (ver sentencia del Tribunal Supremo de 8.2.2016, recurso 2657/2013). Por lo tanto, se ha de desestimar este motivo de impugnación.

Pensión de alimentos para el hijo mayor que decide dejar de convivir con un progenitor

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2020

En principio el hijo mayor de edad iba a convivir una semana con cada progenitor, pero como ha decidido convivir únicamente con la madre, procede fijar a cargo del padre una pensión alimenticia que se abonará, no desde que se produjo el cambio de convivencia, sino desde la fecha de interposición de la demanda dado que con la Sentencia se está instaurando una pensión alimenticia.

No se aprecia que la Juzgadora de instancia haya valorado erróneamente la prueba practicada. Por el contrario, ha analizado detalladamente las pruebas practicadas y los interrogatorios de los litigantes, así como la testifical del hijo mayor, con el resultado de considerar ajustado a Derecho la fijación de una pensión alimenticia a su favor. Se hace preciso recordar que conforme al art. 93 del CC y a constante jurisprudencia, cuando los hijos menores de edad cumplen los 18 años siguen teniendo derecho a que el progenitor que conviva con ellos pueda percibir la pensión de alimentos del otro progenitor para contribuir a sus necesidades de manutención, vestido, estudios....

En el presente caso, sí se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, puesto que a fecha de la sentencia de divorcio, el hijo al igual que su hermana menor de edad, iba a residir una semana con cada progenitor, y desde noviembre de 2017 se ha trasladado a vivir de forma permanente con su madre, como ha sido admitido en el interrogatorio y ha confirmado el hijo. No incurre por lo tanto, la resolución impugnada en vulneración del principio de seguridad jurídica ni de cosa juzgada. Las medidas adoptadas, judicial o convencionalmente, para regular los efectos de la separación o el divorcio, no están afectadas por la santidad de la cosa juzgada y cabe su modificación por cambio de las circunstancias, según se desprende del artículo 90, párrafo tercero, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, al decir que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

El art. 90.3 dispone " Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código ".

En su redacción anterior el art. 90 párrafo tercero, disponía "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

En el presente caso, se ha producido un cambio en las circunstancias que además afecta a las necesidades del hijo, que exigen un nuevo equilibrio, ya que desde noviembre de 2017, salvo el pago que asume el padre de la universidad, no ha atendido ningún otro gasto del hijo. Ante dichas circunstancias, la Juez de instancia ha valorado que no se han acreditado suficientemente los gastos del hijo y que éste realiza trabajos de fin de semana, que le suponen unos ingresos de 260 euros al mes; razón por la cual, fija la pensión en la cantidad de 150 euros como cantidad con la que el padre debe contribuir a su sostenimiento.

En cualquier caso, la posibilidad contemplada en los arts. 90 y 91 CC no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dichos preceptos no permiten la revisión arbitraria de resoluciones firmes.

A la vista de los argumentos expuestos, debe desestimarse los motivos de apelación alegados.

En relación al uso de la vivienda familiar, en la sentencia cuya modificación se pretende, se atribuyó el uso del domicilio familiar a la madre y a los hijos del matrimonio que vivirán con ella por periodos semanales, si bien hasta que se proceda a la venta de la vivienda o a la liquidación de la sociedad de gananciales.

La Juzgadora de instancia desestima la modificación solicitada por el Sr Jesús Carlos no solo no se considera que haya habido una modificación sustancial, sino que valorando el interés de la menor, considera que Sonia se vería abocada a cambiar de residencia cada año, sin tener garantizada una solución habitacional, conculcando con ello su interés superior. No puede estimarse el recurso en este punto, al compartir la Sala el criterio adoptado por la Juez de instancia, ya que como se señala, no se observan rémoras en la liquidación, más allá de que se garantice que la salida de la casa va acompañada del dinero que le corresponda para poder garantizar un alojamiento para sus hijos.

Recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Mónica

Se alega como motivo de fondo la discordancia con el pronunciamiento de la sentencia en lo referente a la eficacia de la pensión de alimentos acordada en ella. La sentencia establece que tal eficacia comience desde la fecha de la sentencia, no aceptando lo solicitado por la demandante en el sentido de que la obligación de abono de dicha pensión alimenticia a cargo de D. Jesús Carlos en favor de su hijo, produzca sus efectos desde el mes de noviembre de 2.017, momento en que éste decide no volver a convivir con su progenitor y, en caso de no considerar procedente tal momento, que se retrotraigan tales efectos al momento de interposición de esta demanda.

En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo ha fijado doctrina jurisprudencial en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014. Dicha doctrina se reitera en la sentencia 389/2015, de 23 de junio, según la cual: "... 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 debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el 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 anteriormente". 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".

Sin embargo, en la sentencia 183/2018, de 4 de abril recoge otro supuesto: que los alimentos se instauren 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) por lo que en el presente caso, deberán ser abonadas desde la fecha de interposición de la demanda; extremo éste en el que debe estimarse la impugnación formulada.

También se impugna la sentencia respecto a la cantidad en la que fija la pensión de alimentos a favor de Plácido la sentencia apelada.

No se comparte la tesis de que la sentencia de divorcio no fijó pensión de alimentos alguna porque si bien es cierto que no se fijó una cuantía concreta, sí se estableció en la sentencia de 2 de junio de 2016 que "los alimentos básicos de los hijos (el mayor de edad y la menor de edad) fueran sufragados por el progenitor con el que en ese momento convivieran".

Esa circunstancia ha cambiado y en consecuencia, nada obsta como se ha indicado anteriormente, a que se cuantifique la forma de atender al sostenimiento de Plácido 31 de mayo de 1998, y se fije ex novo, considerándose ajustada a la proporción del art. 142 del CC, la cantidad fijada en la sentencia de instancia, dado que los gastos de universidad están siendo sufragados de otra forma.

No aprobar las oposiciones no es equivalente a falta de aplicación

AP ALBACETE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2020

Consta acreditado que la hija finalizó sus estudios de magisterio en el año 2014 y que desde entonces está preparando las oposiciones públicas a magisterio que se convocan bianualmente, lo que pone de manifiesto un esfuerzo por acceder a un puesto de trabajo acorde con la preparación adquirida que no puede equipararse a una falta de aplicación o rendimiento derivado de la indolencia o el desinterés. La hija en la prueba de interrogatorio reconoció que se había presentado dos veces a las oposiciones, pero que en ninguna de estas dos ocasiones logró superar el primer examen, lo que ha impedido que acceda a la bolsa de trabajo.

La sentencia de instancia ha desechado que en el presente caso concurra la causa de extinción del art. 152.5 del CC, que establece que la pensión de alimentos se extinguirá cuando la necesidad del descendiente provenga de la mala conducta o falta de aplicación en el trabajo, lo que consideramos acertado, pues consta acreditado que D.ª Salvadora finalizó sus estudios de magisterio en el año 2014 y consta que desde entonces está preparando las oposiciones públicas a magisterio, que para educación infantil y primaria, se convocan bianualmente, circunstancias que se corrobora no solo con las manifestaciones de la interesada en prueba de interrogatorio, sino también con los certificados de las academias de preparación a las oposiciones en las que ha venido matriculándose, así como de la academia de inglés. Consta igualmente la realización de trabajos esporádicos. Todo lo cual pone de manifiesto un esfuerzo por acceder a un puesto de trabajo acorde con la preparación adquirida que no puede equipararse a una falta de aplicación o rendimiento derivado de la indolencia o el desinterés. D.ª Salvadora en prueba de interrogatorio reconoció que se había presentado dos veces a las oposiciones, pero que en ninguna de estas dos ocasiones logró superar el primer examen, lo que ha impedido que acceda a la bolsa de trabajo. Esta falta de éxito tampoco puede equipararse, como pretende la parte recurrida a la falta de aplicación o interés, cuando consta el propósito serio de preparación mediante las matriculas en academias especializadas y cuando no se trata de estudios formativos, sino de pruebas selectivas.

El padre no debe asumir el coste de la universidad privada

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 22 DE ENERO DE 2020

Reclama la madre 17.674,48 euros correspondientes al coste de la universidad privada al considerar que se trata de un gasto extraordinario. La demanda de ejecución es desestimada pues no consta que la hija no pueda realizar los estudios en la Universidad pública con menor coste (se alega que en la universidad pública no puede cursarse el doble grado pero no se dice que no sea posible cursar los dos grados de forma separada) y el padre no ha dado consentimiento para tal gasto.

Formulada demanda de ejecución por D.ª Benita formuló demanda de ejecución frente a D. Sabino en la que, con fundamento en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha 29 de septiembre de 2006, que aprueba el convenio que suscribieron las partes, solicita el reconocimiento como gastos extraordinarios, pagos realizados por distintos conceptos, de cuyo importe global, que es 23. 142,19 euros, 17. 674,48 corresponden a matrícula y otros de universidad privada de la hija común Macarena, a lo que se opuso el demandado, que negó que los gastos que se reclaman merecieran la consideración de extraordinario por tratarse de un gasto de formación que debe entenderse incluido en los alimentos y para el caso de que se considerase extraordinario la no concurrencia de los presupuestos para exigibilidad de la contribución del gasto por no haber dado consentimiento, se dictó auto que estima parcialmente la demanda y declara extraordinarios los gastos de matrícula y otros en la Universidad de Deusto de la hija Macarena, sin imposición de costas. Frente a dicho auto se alza la demandante que postula la revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en su lugar, que desestime la demanda con imposición a la apelante de las costas causadas.

Como hemos dicho en anteriores resoluciones (vid. Auto nº. . . rollo 387/17, entre otros), como norma general, los gastos derivados de los estudios universitarios, en cuanto que son gastos de "formación e instrucción", que son previsibles y de devengo están comprendidos en los alimentos (artículo 142 CC) y, por consiguiente, no pueden ser reclamados como gastos extraordinarios, que son los que cubren necesidades de los hijos de carácter imprevisible y no periódico. Sin embargo en determinados casos deben ser tratados como extraordinarios ya sea porque los progenitores los someten a tal tratamiento en convenio, ya sea porque su coste es muy superior por razón del centro o por otras circunstancias al previsible cuando se suscribió el convenio o se dictó la sentencia que establece las medidas reguladoras. En el caso, el convenio regulador de los efectos que se aprobó en la sentencia de divorcio no contiene previsión particular sobre el abono de los gastos que se pudieran generar en caso de que el hijo accediera a formación universitaria. Así, el convenio se limita a señalar que "los gastos extraordinarios de la menor, así como los gastos de material escolar y clases extraescolares que precise la misma serán abonados por mitades e iguales partes entre los comparecientes". De tal convención no se colige que los gastos de matrícula en una universidad privada merezcan la calificación de extraordinarios. Como hemos dicho la pensión de alimentos incluye, en principio, los gastos de formación, elemento esencial al efecto de la valoración de la consideración o no del gasto como extraordinario es el coste del centro al que asistía al menor cuando se establecieron las medidas, el importe de la pensión actualizada. En el caso, las partes fijaron en convenio que fue aprobado en la sentencia de divorcio -29 de septiembre 2006 -, una pensión de una pensión de alimentos de trescientos (300) euros, que apenas alcanza para hacer frente a la mitad del coste anual de los de Trabajo social y Educación social

que realiza la hija en la Universidad de Deusto. Por tanto, el gasto generado por los estudios universitarios merece la consideración de gasto extraordinario. Ahora bien, como hemos dicho en otras resoluciones (vid auto de fecha 22 de junio de 2017, recurso 309/17) la exigibilidad al otro progenitor de la contribución a los gastos extraordinarios esta supeditada al consentimiento del otro progenitor, salvo que se trate de un gasto imprescindible y concurran razones de urgencia, de manera que en el caso de gastos que no son imprescindibles si el otro progenitor no ha prestado su consentimiento al hecho que determina el gasto con conocimiento del coste el progenitor que no lo hubiera consentido no esta obligado a contribuir al pago. En el auto citado también decíamos que los gastos extraordinarios guardan estrecha relación con los alimentos, el concepto de necesidad no puede prescindir de la capacidad económica del alimentante pues no puede imponerse a quien tiene dificultad para hacer frente a los gastos ordinarios de alimentos de los hijos la contribución a gastos que exceden de lo necesario. Pues bien en el caso no consta que la hija no pueda realizar los estudios cuyo coste reclama la madre en la Universidad pública con menor coste (se alega que en la universidad pública no puede cursarse el doble grado pero no se dice que no sea posible cursar los dos grados de forma separada) y el padre no ha dado consentimiento para tal gasto. En las circunstancias descritas, la demanda de ejecución debe ser desestimada.

El carnet de conducir no es gasto extraordinario

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2019

La matrícula de la autoescuela no es un gasto imprescindible dentro del concepto de alimentos en favor de un mayor de edad.

Por lo que se refiere a los gastos de matrícula de autoescuela, la Sala se pronunció sobre la cuestión en sentencia 401/2012, de 12 de julio, considerando que no se trata de un gasto imprescindible dentro del concepto de alimentos en favor de un mayor de edad. Desde la perspectiva de los alimentos prestados a un mayor de edad, la STS 661/2015 de 2 de diciembre, ECLI:ES:TS:2015:4925, determina que los alimentos “se reducen a los alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al artículo 142 CC “. Si bien el segundo párrafo del artículo 142 CC prevé que al hijo mayor de edad también se le deban alimentos por gastos de educación e instrucción, estos se refieren al proceso de capacitación académica o profesional para lograr la independencia económica. Y ello no es predicable, con carácter general, en el caso del permiso de conducir, ni ha sido especialmente alegado o probado en el caso de autos. Es cierto que, cuando se efectúa el pago de la matrícula, el 12 de marzo de 2018, el hijo era aun menor de edad. Pero también es cierto que el concepto reclamado no reúne los requisitos que el artículo 10. 2 de la Ley 7/2015 determina para la exigibilidad de los gastos extraordinarios, pues no se cuenta con la actuación de mutuo acuerdo de los progenitores. Se trata de un gasto que no se refiere a una formación obligatoria, aunque pueda considerarse conveniente, en cuyo caso solo existe obligación de atender su coste para el progenitor que decida incurrir en dicho gasto. Desde la perspectiva de lo pactado por las partes en el convenio regulador, el pacto debe ser interpretado en el sentido de regular el momento en el que un determinado gasto extraordinario, que reúna los requisitos para ser exigible, debe ser pagado por el otro progenitor. La aplicación literal del pacto contenido en el convenio regulador supondría, de facto, que cada uno de los progenitores podría incurrir libremente en cualquier gasto e imponer al otro la obligación de sufragar su cuantía al 50%, sin necesidad de contar con su consentimiento y sin mayor formalidad que la presentación del documento justificativo del concepto y del gasto. Esta regulación de las relaciones entre progenitores conduce a supuestos de injusto desequilibrio en los que el progenitor de mayor capacidad económica puede arrastrar al de peor situación hacia el abordaje de sustanciosos costes económicos. Pero, por encima de todo, constituye el ejercicio de la capacidad decisoria que corresponde a la patria potestad, recordando que analizamos la cuestión atendiendo a que en el momento del pago de la matrícula el hijo era aun menor de edad, se ejercita por los progenitores de forma unilateral y no consensuada como requiere el artículo 156. 1 CC.

Incongruencia extra petita en la Sentencia de divorcio

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2020

No puede el Juez en la Sentencia de divorcio atribuir a la madre la facultad de decidir el lugar de residencia de la menor y el colegio al que debe asistir al concurrir incongruencia extra petita por no tener correlación con las pretensiones de las partes contenidas en la demanda y en la contestación, habiendo sido el Ministerio Fiscal quien, en trámite de conclusiones, tras la práctica de la prueba, solicitó tal pronunciamiento.

Por la representación procesal de Don Alonso, demandante-apelante, se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en la instancia por la que, estimando la demanda por él presentada, se acordó, además de lo solicitado, otorgar a Doña Marcelina la facultad de elegir, en ejercicio de la patria potestad, el lugar de residencia y colegio del hijo menor de las partes, solicitando sea revocado este último pronunciamiento por entender que al acordarse incurre la sentencia en incongruencia extra petita por no tener correlación con las pretensiones de las partes contenidas en la demanda y en la contestación, habiendo sido el Ministerio Fiscal quien, en trámite de conclusiones, tras la práctica de la prueba, solicitó tal pronunciamiento. El Ministerio Fiscal se opone al recurso razonando que el pronunciamiento recurrido supone la adopción de una medida cautelar al amparo del artículo 158.6º del CC que, como tal, puede ser acordada de oficio por el Juez o a instancia del Ministerio Fiscal, cualquier pariente del menor o por éste mismo y ello dentro de cualquier proceso civil o penal siempre que redunde en interés del menor, alegando que la medida acordada evita al menor el perjuicio de tener que residir con sus abuelos durante la semana y solo los fines de semana pasarlos con su madre custodia en el domicilio donde ésta reside junto con su actual marido en ...Alega la parte recurrente que la medida fijada en el fallo cuya revocación se pretende no fue objeto de petición por ninguna de las partes, no permitiéndose por S.Sª dejar intervenir a las partes tras la petición sorpresiva que a tal efecto efectuó el Ministerio Fiscal en fase de conclusiones causando una evidente indefensión al apelante. El motivo debe ser estimado.

La incongruencia puede revestir, según unánime sanción doctrinal y jurisprudencial, tres modalidades, denominadas cuantitativa, en sus dos subespecies de concesión de más “ne eat iudex ultra petita partium” o de menos “ne eat iudex citra petita partium” de lo pretendido por los litigantes; e incongruencia cualitativa “ne eat iudex extra petita partium” o concesión de algo distinto de lo que ambas partes hayan pedido, que algunos autores han calificado como incongruencia mixta.

Tampoco le es lícito al Juzgador sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se contraviene la doctrina establecida en los principios generales del derecho “quod non est in actis, non est in mundo” y “sententia debet esse conformis libelo”, pudiendo quedar uno o varios litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo y careciendo, en consecuencia, el órgano judicial de facultades para proceder a acoger pretensiones que las partes no han sometido adecuadamente y en el momento procesal oportuno a discusión y a la decisión del órgano jurisdiccional SS.T.S., Sala Primera, de 6 de marzo de 1984, 9 de diciembre de 1985, 12 de diciembre de 1986, 23 de enero de

1987, 12 de mayo de 1987, 6 de marzo de 1990, 13 de mayo de 1991, entre otras.

En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Constitucional, así de la Sala Primera, SS. de 14 de enero de 1987, 29 de marzo de 1990, 32/1992, de 18 de marzo, y de la Sala Segunda, de 22 de julio de 1988 y 30 de septiembre de 1991. Precisa la S.T.S., Sala Primera, de 24 de diciembre de 1993 que: "la congruencia exigible a toda sentencia comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo no sólo con las peticiones oportunamente deducidas por las partes "petitum", sino también con el soporte fáctico "causa petendi" de las mismas, sin que sea lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras, pues de hacerlo, incurre en vicio de incongruencia". No obstante se autoriza al Juzgador a señalar las naturales consecuencias derivadas de las cuestiones en disputa, así como las implícitas, de necesaria integración o que estén sustancialmente comprendidas en el objeto del debate S.T.S., Sala Primera, de 28 de octubre de 1993, sin que tenga necesariamente que ajustarse a extremos accesorios o complementarios que no alteren las pretensiones principales S.T.S., Sala Primera, de 5 de febrero de 1990. La S.T.S., Sala Primera, 779/1993, de 21 de julio, señaló que: "es doctrina constante y reiterada de esta Sala que no se puede apreciar incongruencia de la sentencia cuando concede menos de lo pedido, sin que se requiera que lo concedido hubiera sido solicitado" en el mismo sentido, SS.T.S., Sala Primera, 1006/1993, de 2 de noviembre, 1 de marzo de 1991, 1 de julio de 1985 y 21 de mayo de 1985.

...En el caso que nos ocupa, el pronunciamiento impugnado no fue objeto de petición por ninguna de las partes, únicamente por el Ministerio Fiscal, y ello en fase de conclusiones, sin que la medida adoptada hubiera sido objeto de prueba en el acto de la vista ni tampoco valorada por los litigantes pues, no concediendo turno de intervención la juez a quo a las mismas para que alegaran lo que tuvieran por oportuno al respecto, se les privó de la posibilidad de oponerse y exponer los motivos de dicha oposición.

Ciertamente en el interrogatorio practicado en el acto de la vista el aquí apelante manifestó que no se oponía a que su hijo menor se trasladara a residir junto con su progenitora custodia a la localidad de ... donde reside su actual cónyuge, así como tampoco se opondría, por tanto, a que el menor fuera trasladado a un centro escolar en dicha localidad; no obstante, seguidamente aclaró que, en todo caso, tendría que ponerse de acuerdo con la progenitora materna para la elección del centro escolar y la manera en que se realizarían después del traslado las entregas y recogidas del hijo menor en cumplimiento del régimen de visitas establecido a su favor. Es decir, el progenitor paterno no expresó ningún obstáculo para el traslado del menor entendiendo que sería beneficioso en cuanto le evitaría tener que pasar las semanas con sus abuelos en lugar de hacerlo con su madre, siendo que únicamente manifestó su voluntad de participar en la elección de su nuevo centro escolar, voluntad que, lejos de traducirse en un impedimento causante de perjuicio al menor, se corresponde con el ejercicio legítimo de su derecho a ejercer las facultades que le competen como titular de la patria potestad sobre su hijo menor entre las cuales figura la de "educarles y procurarles una formación integral" y que únicamente podrá hacer valer sí participa en la elección controvertida.

En suma, no desprendiéndose de las pruebas practicadas la concurrencia de circunstancia alguna en el progenitor paterno que determine la necesidad de despojarle del ejercicio de la facultad de la que se le ha privado en la sentencia de instancia, siendo que, además, ninguna prueba se ha practicado tendente a determinar el tipo de colegio al que las partes pretenden llevar al menor, ni tampoco las discrepancias existentes al respecto constando únicamente las manifestaciones vertidas por la demandada refiriendo que en el curso pasado el menor no pudo desarrollarlo en ...porque el progenitor paterno no lo autorizó, afirmación ésta que fue negada por aquél, debiendo destacarse de igual modo que en todo caso dichas manifestaciones fueron vertidas en el transcurso de los interrogatorios practicados con la finalidad de resolver el objeto único del procedimiento que no era otro sino la petición formulada por el Sr. Alonso de extinguir la medida definitiva previamente acordada relativa a la adjudicación del uso del domicilio que fuera familiar, es claro, que la sentencia hay incurrido en incongruencia al pronunciarse sobre extremos no pedidos por las partes lo que ha generado una clara indefensión al aquí apelante por cuanto no pudo saber y, por tanto, no pudo defenderse, en relación a la medida en cuestión adoptada en contra de sus intereses en la sentencia de instancia.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Nulidad de actuaciones: la citación a la comparecencia de jurisdicción voluntaria no respetó el plazo legal

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, AUTO DE 24 DE ENERO DE 2020

Se decreta la nulidad de actuaciones al quedar acreditada la infracción del art. 17. 2º de la Ley de Jurisdicción Voluntaria pues la citación a la comparecencia de la demandada no se hizo con la preceptiva antelación de 15 días, lo que le ha causado indefensión, porque no ha podido argumentar por escrito las causas de oposición a las medidas urgentes solicitadas y, en base a las mismas, no pudo proponer los medios de prueba que le hubieran permitido acreditar las citadas causas de oposición.

Frente al auto de fecha 14 de mayo de 2019 dictado por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Sebastián que adoptó las medidas urgentes interesadas por la representación de D. José Augusto, relacionadas en el primer antecedente de la presente resolución, se alza el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. ª Constanza interesando, con carácter principal, la nulidad del procedimiento y su retroacción al momento de señalamiento de la comparecencia y, subsidiariamente, se acuerde no haber lugar a la adopción de las medidas urgentes establecidas en la resolución recurrida. La parte apelante fundamenta su recurso con base en las consideraciones que, en síntesis, son las siguientes:1.- Nulidad de actuaciones. Infracción del art. 17. 2º de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV). La citación a la comparecencia a su representada no se hizo con la preceptiva antelación de 15 días, lo que le ha causado indefensión, porque no ha podido argumentar por escrito las causas de oposición a las medidas urgentes solicitadas y, en base a las mismas, no pudo proponer los medios de prueba que le hubieran permitido acreditar las citadas causas de oposición. Infracción del art. 18. 2. 4º LJV porque no se le ha dado traslado del acta detallada de la exploración del menor que se realizó únicamente ante el Ministerio Fiscal y la Magistrada de instancia, por lo que tampoco ha podido realizar alegaciones a la exploración en el plazo de cinco días que el citado precepto señala, lo que le ocasiona indefensión. 2.- Resulta necesario diferenciar entre lo que son los intereses del menor y los deseos del mismo, que no deben prevalecer cuando sean contrarios a aquéllos. De lo referido por el menor en la exploración no se puede extrapolar una situación de perjuicio grave para el mismo más allá de lo que pueda suponer una situación de deseo de éste. No existe ningún elemento objetivo, más allá de suposiciones o inferencias, del que pueda desprenderse que exista una situación de peligro por el que proceda la aplicación de las medidas urgentes que finalmente han sido adoptadas. ¿Qué madre o padre no ha tenido "ciertas" dificultades en el manejo de situaciones con sus hijos? No ha quedado acreditado que el menor sufra o haya sufrido algún daño físico o psíquico por parte de su madre o abuelos maternos durante los días en que ostentaba su guarda y custodia. No se puede confirmar la concurrencia de una serie de factores o indicadores de una situación real de desamparo que permita la aplicación del art. 158 CC, tal y como sostenía el Ministerio Fiscal en su informe. La representación de D. José Augusto se opone al recurso de apelación interpuesto e interesa la confirmación de la resolución recurrida en todos sus extremos con imposición de las costas de la alzada a la parte apelante. El Ministerio Fiscal dejó transcurrir el término que le fue concedido para oponerse al recurso de apelación interpuesto y, en su caso, impugnar la sentencia recurrida, sin efectuar consideración alguna.

El art. 24. 2 de la Constitución proclama el derecho a un proceso con todas las garantías sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, regulándose en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 225 a 231 LEC), la nulidad de los actos judiciales por diferentes supuestos entre los que se encuentra el haber prescindido de normas esenciales del procedimiento, siempre que por esta causa se haya podido producir indefensión (art. 225. 3º LEC). El derecho de tutela efectiva se satisface mediante el acceso de las partes al proceso sin limitación de garantías ni impedimento alguno para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos (SSTC 40/1994, de 15 de febrero, 198/2000, de 24 de julio) mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho (SSTS de 24 de enero de 2003, RC núm. 2031/1997, 6

de abril de 2006, RC núm. 3555/1999, 25 de mayo de 2010, RC núm. 931/2005). Como declara, entre otras muchas, la STC 64/2019, de 9 de mayo, "Es doctrina constitucional consolidada que "el art. 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso judicial esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses. También hemos afirmado que la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo, a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen" (STC 307/2005, de 12 de diciembre, FJ 2 (STC 307/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y las allí citadas)". A los efectos de resolver el recurso de apelación planteado se estima necesario reseñar los antecedentes siguientes:1.- Con fecha 15 de noviembre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Sebastián se dictó la sentencia nº 207/2015 en el procedimiento de divorcio contencioso seguido entre D. José Augusto y D. ª Constanza virtud de la cual se estableció un sistema de guarda y custodia compartida de su hijo Romeo. 2.- La representación de D. José Augusto formuló, al amparo del art. 158, apartados 2 º y 4º del Código Civil, interesando la adopción de determinadas medidas respecto de su hijo menor Romeo. 3.- Por decreto de fecha 3 de abril de 2019 se acordó dar trámite a la solicitud por los cauces del procedimiento de jurisdicción voluntaria, resolución ésta que, notificada a las partes, devino firme. 4.- Por diligencia de ordenación de fecha 10 de abril de 2019 se acordó suspender la comparecencia señalada para el día 11 de abril de 2019, señalándose nuevamente para el día 25 de abril de 2019. 5.- La citación de la Sra. Constanza para esta última comparecencia se efectuó el 16 de abril de 2019. 6.- La dirección letrada de la Sra. Constanza solicitó en el acto de la comparecencia que se declarase la nulidad de actuaciones por vulneración del art. 17 LJV que le ocasiona indefensión al no haber citado a su defendida a la comparecencia con la antelación legalmente prescrita sin tiempo suficiente para preparar el asunto, y vedándole la posibilidad de efectuar contestación por escrito, lo que fue rechazado por la Magistrada-Juez de instancia. El art. 87. 1 LJV dispone que se aplicarán las disposiciones de la sección 3ª del capítulo II del título III relativa a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil. Y, a su vez, de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 LJV, resultan de aplicación a dicho expediente las normas de tramitación establecidas en el capítulo II del título I de la citada Ley (art. 13 a 22 de la LJV), que contemplan la celebración de una comparecencia a la que los interesados serán citados con al menos quince días de antelación a su celebración, teniendo la posibilidad de formular oposición (art. 17. 3 LJV). Ahora bien, la celebración de una comparecencia no conlleva necesariamente la posibilidad de práctica de prueba, pues puede acordarse la misma sólo para que sean oídos en el expediente interesados distintos del solicitante (art. 17. 2. a) LJV).

En el presente supuesto, para la resolución de la solicitud presentada por la representación de D. José Augusto, se determinó seguir el cauce procesal establecido por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (así lo dispone el decreto de fecha 3 de abril de 2019), sin que se haya aducido, ni exista razón motivada, para dejarlo sin efecto. Y si bien es cierto que el citado decreto no se precisa en base a qué circunstancia o circunstancias del apartado 2 del art. 17 LJV se acuerda la citación de las partes (a) Que, conforme a la ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante; b) Que hubieran de practicarse pruebas ante el Juez o el Secretario judicial; c) Que el Juez o el Secretario judicial consideren necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente) y cuál es el objeto de la comparecencia, una vez que se ha decidido celebrarla resulta preceptivo citar a los interesados con la antelación legalmente prevista de quince días, lo que les faculta, además, para formular oposición. Y en el presente caso, ello no se ha respetado por lo que respecta a la Sra. Constanza. La juzgadora de instancia mantiene que, en todo caso, no se le ha ocasionado indefensión material porque comparece en el acto, se encuentra asistida de profesionales y puede ser escuchada, pero es lo cierto que, si bien se le permite solicitar la nulidad de actuaciones, tras rechazar ésta, no se le da la palabra para que se manifieste lo que a su derecho convenga sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud formulada de contrario. Por todo lo cual, entendemos que en el presente caso se ha visto vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Constanza y se le ha ocasionado indefensión material.

En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto), y sin necesidad de analizar el segundo motivo de nulidad invocado (la citada STC 64/2019, de 9 de mayo,) desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del párrafo tercero del art. 18. 2. 4 LJV, según el cual, la exploración judicial del menor constará en acta detallada, de la que se dará traslado a los interesados para que puedan efectuar alegaciones)), ni el segundo motivo de recurso, procede decretar la nulidad de actuaciones, debiendo retrotraerse las mismas al señalamiento de la comparecencia debiendo citarse a todos los interesados con 15 días de antelación. Por último, no queremos concluir sin apuntar que, vistos los términos en que se ha estimado la solicitud formulada (se estima la solicitud de medidas cautelares pero se impone a la parte la obligación de instar a la mayor brevedad un procedimiento de modificación de medidas -último párrafo del fundamento jurídico segundo de la resolución impugnada-), más parece que se está accediendo a una solicitud de adopción de medidas provisionales previas a una demanda de modificación de medidas que a una solicitud de adopción de medidas urgentes del art. 158 CC, reservada para aquellos supuestos en que se acredita cumplidamente la concurrencia de un riesgo efectivo, inminente y grave para el menor y cuya adopción debe ser cautelosa, puesto que a través de la misma se está posibilitando en el presente supuesto la revisión de pronunciamientos judiciales firmes.

Inadmisión de las diligencias preliminares

AP LEÓN, SEC. 2.ª, AUTO DE 10 DE ENERO DE 2020

Se inadmiten las diligencias preliminares solicitadas por el ex esposo para conocer las liquidación del IRPF de la ex esposa de los últimos años, así como un certificado de la Tesorería de la Seguridad Social en el que se indique que la requerida no percibe prestación alguna o, en caso contrario, importe mensual de la misma y concepto por el que es abonada.

El actor DON Marino interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Astorga el día 29 de enero de 2.018, aclarado por la posterior resolución de igual clase de 28 de febrero, que no admitió la solicitud de medidas preliminares formulada por el recurrente.

Interesa el apelante en su recurso, reiterando su petición inicial, que se requiera a la demandada DOÑA Edurne para que aporte:

1.- Copia de la declaración de I.R.P.F. de la requerida de los años 2014, 2015 y 2016.

2.- Certificado de T.G.S.S. en el que se indique que la requerida no percibe prestación alguna o, en caso contrario, importe mensual de la misma y concepto por el que es abonada.

El apelante Sr. Marino mediante la solicitud de diligencias preliminares pretende tener constancia de los ingresos de su exesposa, a la que satisface una pensión compensatoria, de cara a valorar la procedencia de una modificación de medidas encaminada a reajustar o extinguir la pensión vigente.

Como es bien sabido, en esta materia rige el criterio de numerus clausus (como señaló el auto del Tribunal Supremo de 11/noviembre/2002), de modo que no cabe realizar cualquier solicitud preparatoria de un juicio, sino que sólo se pueden interesar por el futuro demandante las diligencias que están contempladas en norma con rango de ley, es decir, las específicamente establecidas en el art. 256.1 y además aquellas que, según el nº. 9 del citado precepto legal, prevean las correspondientes leyes especiales para la protección de determinados derechos.

En el propio el apartado X de la Exposición de Motivos de la LEC, se recoge que si bien la actual normativa procesal ha ampliado los supuestos en los que cabe practicar diligencias preliminares no ha llegado a hacerlo hasta extremos de que sean ilimitadas, sino que han de estar legalmente previstas, lo que no sucede en el supuesto enjuiciado.

En la demanda ni tan siquiera se hace referencia a cuál de los distintos supuestos regulados en el artículo 256 de la LEC podía dar cobertura a su solicitud y además se dice que: “ Esta parte ha conocido que las circunstancias que regían en el mo-

mento de pactarse la vigencia de la pensión compensatoria aludida y su importe han variado ante la existencia sobrevenida de ingresos por parte de doña Edurne, ingresos que no ha comunicado a mi mandante".

En consecuencia, es lo cierto es que si el apelante decide presentar demanda de modificación de medidas sabe contra quién ha de dirigirse y los hechos en los que se supone ha de sustentar su pretensión debiendo desplegar la actividad probatoria que considere oportuna para acreditarlos. Prueba que no cabe anticipar en estos momentos vía diligencia preliminar. Las diligencias preliminares en ningún caso pueden tener como finalidad preconstituir la prueba del proceso porque se estaría eludiendo las garantías que han de cumplirse, especialmente el principio de contradicción, y que realmente es lo que parece pretenderse con la Diligencia interesada.

Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto y, como consecuencia lógica, la confirmación del Auto que constituye su objeto.

El expediente de jurisdicción voluntaria del art. 158 del CC no puede utilizarse si ya están señaladas las medidas provisionales

AP TOLEDO, SEC. 1.ª, AUTO DE 22 DE ENERO DE 2020

Estando señalada la vista de medidas provisionales para dentro de unos meses, no puede admitirse a trámite el expediente de jurisdicción voluntaria del art. 158 del CC.

Es objeto de apelación auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Toledo de fecha 17 de julio de 2019 en autos de jurisdicción voluntaria nº 259/19, por el que se inadmite la solicitud formulada por Luis Manuel respecto de Salome.

La razón que se ofrece lo es que las partes están incursas en un procedimiento en el que se practica la prueba oportuna con todas las garantías, en el que además hay medidas que de forma provisional regulan cuestiones relativas a los menores, los avatares del procedimiento son los propios de un sistema de garantías, sin que ello justifique que se utilice una vía excepcional como es la solicitud al amparo del artículo 158 CC, para obtener medidas que habrían de resolverse en el procedimiento judicial pendiente.

El recurrente interpone solicitud de medidas urgentes a través de demanda de jurisdicción voluntaria, artículos 158 del Código Civil y 87 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, reconoce adopción mediante juicio rápido de medidas civiles sobre guarda y custodia de menores y alimentos.

La contraparte presenta demanda para su confirmación que se encuentra en tramitación con señalamiento de vista para el 21 de mayo de 2020, sostiene que ahora los menores se encuentran desamparados e interesa que entre tanto se le atribuya la custodia, con régimen de visitas a favor de la contraparte y prueba anticipada, la exploración de los menores y recabar oficios.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria aquí solicitado es vicario, accesorio del procedimiento principal contencioso de modo que solo puede promoverse cuando no exista controversia que deba sustanciarse en proceso contencioso, artículo 1.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Y tan es así que la Ley especial, artículo 6.2 LJV prohíbe iniciar ó continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional y que una vez acreditada la presentación de la demanda, se procederá al archivo del expediente.

De modo que no cabe la incoación de procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre materia, guarda y custodia de menores que se dilucida de manera contenciosa como es el caso.

Traslado ilícito: no hubo autorización de la madre

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2020

El traslado fue ilícito dado que en el acta notarial de autorización de viaje para menores al exterior del país se autoriza un viaje con origen y destino Perú, sin que quepa entender que la autorización lo es por tiempo indefinido cuando, de acuerdo con el tenor del propio documento, tiene una vigencia de 90 días. Y tampoco cabe inferir la autorización de la madre en los términos pretendidos por el padre por el hecho de que aquélla recibiese 5.000 soles (cantidad superior a la que con arreglo al acta de conciliación suscrita por ambos progenitores con fecha 18 de enero de 2019 debía percibir cada vez que autorizase al padre a viajar con los hijos menores fuera del Perú) o por el hecho de que la madre hubiese autorizado ese mismo año al padre a realizar otro viaje a España con los menores.

La parte apelante impugna la sentencia de instancia por entender infringido el art. 13 apartados a) y b) del Convenio de la Haya de fecha 25 de octubre de 1980, que recogen algunas de las causas tasadas por las que los órganos jurisdiccionales del estado requerido pueden denegar la restitución. El citado artículo dispone:"No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones". El informe explicativo del convenio elaborado por D.ª Catalina establece en su apartado 34 que las excepciones al retorno del menor deben ser aplicadas como tales, lo que implica que deben ser interpretadas de forma restrictiva, pues el convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. Y en este sentido se pronuncia, entre otras, la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2018 con cita de otras resoluciones. Por otra parte, los motivos de oposición a la restitución que se aleguen deben ser objeto de prueba, incumbiendo a la parte apelante, que es quien los invoca, la carga de su probanza (así, entre otras, SAP de Murcia, Sección 4ª, de 24 de mayo de 2018 y SAP Málaga, Sección 6ª, de 28 de marzo de 2018). En primer lugar, y por lo que respecta a la causa denegatoria de la restitución contemplada en el art. 13 a) del convenio, el Sr. Javier mantiene que la Sra. Adolfina había autorizado el traslado de los menores a sabiendas de que por razones laborales el mismo se iba prolongar durante un período indeterminado. Sin embargo, no consta que con anterioridad a conceder la autorización de viaje de los menores la Sra. Adolfina fuese informada de que el Sr. Javier debía quedarse en España por razones de trabajo, sin que basten las meras afirmaciones o declaraciones unilaterales del Sr. Javier en dicho sentido. De hecho, el Sr. Javier reconoció en el acto de juicio que inicialmente le dijo a la Sra. Adolfina que iba a volver en 8/9 días, lo que coincide con el contenido del mensaje

de texto que le envío el 1 de mayo de 2019 (en el que además refiere que quiere que los niños vean a su abuela quizá por última vez) y la primera comunicación documentada en la que refiere que, por razones de trabajo debía de quedarse algún tiempo en España, al parecer se realiza en junio de 2019, tras la salida de los menores de Perú. Por otra parte, en el acta notarial de autorización de viaje para menores al exterior del país de fecha 15 de mayo de 2019, se autoriza un viaje con origen y destino Perú, sin que quepa entender que la autorización lo es por tiempo indefinido cuando, de acuerdo con el tenor del propio documento, tiene una vigencia de 90 días. Y tampoco cabe inferir la autorización de la Sra. Adolfina en los términos pretendidos por el Sr. Javier por el hecho de que aquélla recibiese 5. 000 soles (cantidad superior a la que con arreglo al acta de conciliación suscrita por ambos progenitores con fecha 18 de enero de 2019 debía percibir cada vez que autorizase al padre a viajar con los hijos menores fuera del Perú) o por el hecho de que la Sra. Adolfina hubiese autorizado ese mismo año al Sr. Javier a realizar otro viaje a España con los menores. El Sr. Javier viene a negar que pretenda un cambio de residencia afirmando que no pretende instalarse en España con carácter permanente. Con independencia de como quiera calificar el Sr. Javier su estancia por tiempo indeterminado (la documentación de las mercantiles DIRECCION000 y DIRECCION001. no precisa cuándo inició su proceso de capacitación ni hasta cuándo es necesario que siga recibiéndolo y él tampoco ha fijado fecha alguna de retorno), es lo cierto que los menores ya no residen en su domicilio habitual en Perú; que aquél los empadronó en DIRECCION002 dos días después de salir del país; que a los pocos días formalizó al menos la escolarización de la hija menor y, antes de un mes, interpuso una demanda de medidas sobre hijos no matrimoniales frente a la Sra. Adolfina, lo que da entender que su traslado y el cambio de residencia de los menores tiene vocación de permanencia. Por todo lo cual, de lo actuado no se desprende que la Sra. Adolfina prestase consentimiento expreso e indubitado al traslado y cambio de residencia de los menores y, por tanto, que la misma hubiese prestado su consentimiento al traslado y cambio de residencia de sus hijos menores. La parte apelante sostiene igualmente que concurre la causa denegatoria de la restitución contemplada en el apartado b) del art. 13 del Convenio, porque, a su entender, la Sra. Adolfina no ha acreditado tener medios económicos y no le interesa ejercer el cuidado de los menores. En primer lugar, se ha de señalar que la presente resolución tiene por objeto única y exclusivamente, una vez declarada la ilicitud del traslado de los menores, acordar su retorno a Perú y no una modificación del régimen de guarda y custodia establecido por las autoridades peruanas. Por otra parte, de conformidad con la referida acta de conciliación suscrita por las partes el 18 de enero de 2019 (aun cuando la Sra. Adolfina interpuso una demanda de variación de tenencia ante los tribunales peruanos en abril de 2019, se desconoce el resultado del procedimiento entablado), el Sr. Javier tiene la tenencia (guarda) de los menores y ha asumido en exclusiva sus alimentos, por lo que ninguna relevancia para el caso tiene la capacidad económica de la Sra. Adolfina. Además, la Sra. Adolfina está capacitada profesionalmente y refiere obtener ingresos por su trabajo (es accionista de DIRECCION003. y en junta general extraordinaria de la citada mercantil de 11 de mayo de 2019 se aprobó abonarle por “aplicación de utilidades” de los ejercicios 2015 a 2018 y adelanto de 2019 la cantidad neta de 23. 112,75 soles). En definitiva, no se advierte, ni se ha justificado, qué peligro físico o psíquico se ocasiona a los menores por acordar su retorno a Perú, ni que por dicha razón se les coloque en una situación intolerable. Por último, el Sr. Javier indica que la voluntad de los menores es permanecer con él. El art. 9. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que un menor, en todo caso, tiene suficiente madurez cuando tiene doce años cumplidos y este tribunal considera que, dada la edad de los menores, 7 y 5 años respectivamente, carecen estos de la edad y grado de madurez apropiado para tener en cuenta sus opiniones.

Incumplimiento del régimen de visitas

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, AUTO DE 29 DE ENERO DE 2020

La sola negativa de la menor, que contaba 14 años de edad al tiempo de dictarse la resolución recurrida, no es suficiente para considerar justificado el incumplimiento del régimen de visitas establecido en una sentencia.

D. Mateo interpuso demanda de ejecución de la Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2016 dictada en procedimiento de Divorcio Contencioso, en la que, entre otras medidas, se estableció a favor del padre un régimen de visitas y comunicaciones con las dos hijas del matrimonio, María Cristina y Aurelia, la primera de las cuales es mayor de edad en la actualidad, consistente en que el padre y las hijas estarían juntas en el Punto de Encuentro de San Sebastián de modo supervisado por los profesionales del centro durante dos horas los sábados de todas las semanas en el horario que tiene actualmente establecido el Punto de Encuentro o en el que pueda establecer en el futuro en atención a las circunstancias concurrentes en las partes en las hijas, estando los contactos del padre con las hijas, tanto presenciales como no presenciales, limitados a estas estancias supervisadas en el Punto de Encuentro. En su demanda ejecutiva el Sr. Mateo alegaba haber acudido con la periodicidad pactada a las citas en el Punto de Encuentro, que los profesionales del mismo se entendió que se estaban desarrollando correctamente pese a la multitud de cancelaciones maternas, que pese a la buena relación del padre con su hija menor Aurelia la madre ha incumplido el régimen de visitas y desde el mes de octubre de 2018 no se realizan, que en el informe del Punto de Encuentro de 20 de enero de 2019 se pone de manifiesto que de las 10 visitas programadas no se ha realizado ninguna y los motivos de la cancelación son la voluntad materna, por todo lo cual solicitaba en su demanda que se requiriese a la demandada Sra. Daniela con los apercibimientos legales para que entregase a la menor Aurelia en el PEF a fin de que pudiera seguir disfrutando de las visitas, con imposición de la multa coercitiva que el Juzgado estimase conveniente. Despachada ejecución en los términos solicitados en la demanda se opuso D. ª Daniela, alegando que no ha sido ella quien ha influido en las menores para impedir las visitas sino que en todo momento ha insistido a sus hijas para que se relacionen con su padre, pero son las propias hijas quienes no quieren acudir, que la hija mayor es beneficiaria de una prohibición de aproximación y comunicación con su padre y la menor, que cumple 14 años en agosto de 2019, no quiere acudir a las visitas a pesar de la insistencia de su madre, y que es el padre quien canceló las visitas en diciembre de 2018. Con fecha 9 de octubre de 2018 se dictó Auto que desestimó la oposición formulada, en base a que la oposición no se funda en ninguna de las causas legales de oposición a la ejecución forzosa de títulos judiciales, que la sentencia es ejecutiva en tanto que no se modifique en un procedimiento de modificación de medidas, que no se acredita que las visitas se hayan cancelado por la negativa de la hija a ver a su padre, y que aun cuando así fuera ello no puede privar de ejecutividad al pronunciamiento judicial. Contra dicho criterio decisorio se alza la parte ejecutada que interpone recurso de apelación frente a la resolución de instancia. En su escrito de recurso la apelante alega que es el padre quien tiene que promover una modificación de medidas que se ajuste a la realidad de la situación personal de su hija, que el derecho del menor a ser oído en los asuntos que les afecten, recogido en el artículo 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 de Derechos del Niño y en el artículo 9 de la LO 1/96, es especialmente aplicable cuando el menor tiene mas de 12 años y es un adolescente próximo a alcanzar la mayoría de edad, que no es posible desconocer la voluntad del menor a la hora de establecer un sistema de custodia o de fijar un régimen de visitas y comunicaciones, que no se puede responsabilizar al progenitor no custodio de la negativa de la menor adolescente a dar cumplimiento al régimen de visitas, que la posición mayoritaria de Audiencias y juzgados se inclina por acordar la suspensión al menos provisional del régimen de visitas, que la menor Aurelia ha presenciado hechos o episodios de violencia de genero de los que ha sido victima la madre custodia y su hermana mayor, y que la imposición de contactos con el progenitor no custodio es contraproducente en estos casos. La parte apelada se opone al recurso de apelación.

Del contenido del escrito de recurso se desprende que la apelante fundamenta el mismo en la infracción de normativa nacional e internacional

sobre el derecho del menor a ser oído en asuntos que les afecten y en la errónea valoración de la prueba en que habría incurrido la juzgadora de instancia al apreciar que la ejecutada ha incumplido el régimen de visitas establecido en el título ejecutivo, siendo la propia menor quien se niega a cumplir dicho régimen. El derecho del menor a ser oído está recogido en diferentes textos legales, como el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño (Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990) por la que los Estados Partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, y en la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 en cuyo artículo 9, dentro del Capítulo II sobre los derechos del menor, se regula el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Siendo esto así, se da la circunstancia de que la parte hoy apelante, que es quien alega la voluntad contraria de la menor como causa de que no se cumpla el régimen de visitas establecido en la sentencia objeto de ejecución, no ha solicitado la práctica de la exploración de la menor en ninguna de las instancias. En concreto y en relación al procedimiento de oposición al despacho de ejecución, el artículo 560 LEC dispone que las partes ejecutada y ejecutante pueden solicitar, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación a ésta, la celebración de vista, que el tribunal acordará si la controversia sobre la oposición no pudiere resolverse con los documentos aportados, y si no se solicitara la vista o si el tribunal no considerase procedente su celebración, la oposición se resolverá sin mas trámites, desprendiéndose de lo expuesto que la oposición a la ejecución se resuelve sin vista y sin más prueba que la documental aportada, salvo que las partes soliciten la celebración de vista y el órgano judicial la estime procedente, no apreciándose por tanto en este caso que el no haberse practicado exploración de la menor Aurelia en el procedimiento judicial constituya una infracción del derecho del menor a ser oído reconocido en la normativa citada. De los argumentos expuestos en el escrito de recurso se desprende también que, a juicio de la recurrente, la negativa de la menor Aurelia a acudir a las visitas con su progenitor queda suficientemente acreditada con la prueba documental aportada a los autos, prueba esta que, según la apelante, no habría sido correctamente valorada por la juzgadora. Concluimos sin embargo que la prueba aportada a los autos no acredita que las visitas en el Punto de Encuentro Familiar (PEF) durante el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2018 a 20 de enero de 2019 se cancelaran exclusivamente por decisión de la menor. Concretamente consta en el informe del PEF de 24 de enero de 2019 (documento 3 de los aportados con la demanda ejecutiva), que en este periodo no se realizó ninguna visita de las diez que estaban programadas entre el 15 de octubre de 2018 y el 20 de enero de 2019, que todas ellas fueron canceladas por la madre, que en siete de ellas las cancelaciones se produjeron sin motivo, por incomparecencia materna o por motivos personales de la madre y que únicamente en tres de ellas se alegó por la madre como causa de cancelación la negativa de Aurelia; consta también en el citado informe que a partir del 22 de diciembre de 2018 fue el padre quien canceló las visitas programadas desde esa fecha, pero tal cancelación no se produjo por voluntad del progenitor sino que tuvo lugar, como se indica en el informe, “hasta nuevo aviso atendiendo a las reiteradas cancelaciones maternas de las visitas”. En cuanto a los mensajes de whatsapp cruzados entre la apelante y su hija Aurelia que se aportaron como documento 3 del escrito de oposición, coincidimos con la juzgadora de instancia en que, dado que son conversaciones fechadas los días 31 de agosto y 8 y 22 de septiembre de 2018, anteriores al periodo temporal de incumplimiento del régimen de visitas al que se refiere la demanda ejecutiva, no puede deducirse de ellas que el incumplimiento que nos ocupa se debiera única y exclusivamente a la negativa de la menor a acudir a las visitas.

En cualquier caso debemos señalar además que la sola negativa de la menor, que contaba 14 años de edad al tiempo de dictarse la resolución recurrida, no es suficiente para considerar justificado el incumplimiento del régimen de visitas establecido en una sentencia, que es un título que lleva aparejada ejecución en virtud de lo que prevé el artículo 517. 2. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que a tenor del artículo 18. 2 LOPJ, ha de ejecutarse en sus propios términos. El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva, actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar, y solo puede ceder si es contrario al interés superior del menor, en caso de darse un peligro concreto y real para su salud física, psíquica o moral (STS 12 de julio de 2004, SSTS 9 de julio de 2002, 30-4-1991, 19-10-1992 y 22-5 y 21-7-1993). Como señala el Auto de la AP de Granada, sección 5, de 22 de junio de 2018, tras afirmar la obligación de cumplir el régimen de visi-

tas acordado en una resolución judicial firme, el interés del hijo menor no pasa "ni por satisfacer sus apetencias momentáneas formadas por impulsos o inclinaciones desprovistas de la suficiente madurez de juicio, ni, desde luego, por la instrumentalización de dicha situación del menor (haya sido o no preconstituida o precipitada por influencia materna), en perjuicio del normal desenvolvimiento de una relación que, sin género de dudas, objetivamente, a falta de motivo de entidad sustancial que aconsejara lo contrario, y sin perjuicio de lo que hubiera de acordarse en procedimiento de modificación de medidas, redunda en el equilibrado y satisfactorio desarrollo personal, educacional y social del hijo menor". En definitiva no cabe atribuir a la menor la facultad de decidir si se cumple o no el régimen de visitas establecido judicialmente y tampoco puede la progenitora hacer recaer en su hija la responsabilidad por el incumplimiento de dicho régimen, por ser ella quien ha de cumplir con los términos de la sentencia y quien debe procurar que sean cumplidos por la menor. Esta obligación únicamente podría ceder, como se ha expuesto anteriormente, si así lo aconsejara el interés de la menor, por haberse acreditado que el cumplimiento de las visitas conlleva un riesgo real para su bienestar o para su integridad física, psíquica o moral, extremos estos que en este caso no se han acreditado. En el informe del PEF de 19 de julio de 2018 (documento 2 de la demanda de ejecución) referidos a las visitas realizadas en el periodo comprendido entre el 16 de abril y el 15 de julio de 2018 se constata que las visitas se desarrollaron con normalidad, siendo la valoración de las mismas "Nada Reseñable" en un 74,59%, "Buena" en un 15,3% y "Muy Buena" en un 9,56%, proponiéndose por el técnico informante, a la vista de este resultado, una progresión del régimen de los encuentros con Aurelia a modalidad de intercambio, haciendo uso del PEF para realizar las entregas y recogidas para realizar un seguimiento del proceso de adaptación. Por la parte hoy apelante no se ha presentado ningún otro informe que arroje conclusiones distintas ni se ha solicitado la práctica de otras pruebas a fin de acreditar que el cumplimiento del régimen de visitas resulte desaconsejable para la menor, y tampoco se ha aportado documentación acreditativa de que la menor Aurelia haya presenciado episodios de violencia de género de los que han sido víctimas su madre y su hermana, no pudiéndose por tanto estimar acreditado que las visitas al padre pudieran ser perjudiciales para la menor por tal motivo. Concluimos en definitiva que, constatado el incumplimiento injustificado por parte de la ejecutada hoy apelante de la medida acordada en la sentencia objeto de ejecución, su oposición al despacho de ejecución había de ser rechazada, como así se acordó en la resolución recurrida, que por ello procede confirmar, desestimando el recurso de apelación formulado frente a la misma, todo ello sin perjuicio de que la parte hoy apelante, que es quien alega el cambio de circunstancias que a su juicio justifica que el régimen de visitas fijado en sentencia haya de suspenderse o modificarse, pueda instar el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, pero mientras tal modificación no se produzca resultan de obligado cumplimiento las medidas actualmente vigentes.

Estimación de la compensación como causa de oposición al impago de pensiones

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, AUTO DE 20 DE ENERO DE 2020

Cabe estimar la compensación como causa de oposición a la ejecución por impago de pensiones cuando el crédito que se pretende compensar deriva también de impagos de pensiones alimenticias del periodo en el que la hoy ejecutada tenía la custodia de los hijos.

En el presente procedimiento nos encontramos con la demanda de ejecución de título judicial consistente en la sentencia de 28 de julio de 2017 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Córdoba por el que se establecía una pensión de alimentos por importe de 125 euros para cada uno de los dos hijos a cargo de D.ª Adelina. Por ello, D. Javier reclamaba el importe de las pensiones de alimento desde agosto de 2017 a mayo de 2018 y que ascendía a un principal de 2.500 euros más los intereses y costas proceden.

Frente a ello la ejecutada D.ª Adelina se opuso alegando que previamente había formulado otras

demandas ejecutivas por la obligación de pago de alimentos que en aquel momento incumbía a D. Javier y como consecuencia de ello ostentaba un crédito superior al que se le reclamaba en el presente procedimiento.

En el auto objeto de la presente apelación se indicaba que no cabía alegar la compensación como causa de oposición a la ejecución cuando lo que se estaba reclamando era el pago de la pensión de alimentos, por lo que desestimaba la oposición formulada. En el recurso de apelación se plantea el error de derecho por infracción de los artículos 1995 y 1996 del Código Civil (sic) en la desestimación de la oposición a la ejecución forzosa origen del presente procedimiento. La parte apelante plantea que de conformidad con el artículo 1195 del Código Civil procedía la compensación.

Tal y como se ha expuesto, como consecuencia de la resolución judicial previa por la que se imponía la obligación del pago de alimentos en favor de los hijos menores a D. Javier, la hoy apelante instó la ejecución de dio lugar a los autos 1959/13 del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Córdoba en el que se despacho ejecución en favor de D.ª Adelina frente a D. Javier por el principal de 15.207,52 euros por impago de la pensión de alimentos desde febrero de 2009 a diciembre 2013. Posteriormente el 19 de junio de 2015 se amplió la ejecución en la suma de 9.272,75 euros por los alimentos devengado desde enero de 2014 a mayo 2015 y mediante auto de 12 de mayo de 2016 se amplió la ejecución en la suma de 5.938,25 euros por los alimentos devengado desde julio de 2015 a abril de 2016. Por otro lado, desde mayo de 2016 se ha retenido al ejecutado la suma de 6.500 euros a razón de 250 euros mensuales de la pensión que percibe del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por lo que se le adeuda un total de 17.918 euros por alimentos debidos.

Con estos datos resulta que el Sr. Javier adeuda en concepto de pensión de alimentos hasta julio de 2017 una suma superior a la reclamada en el presente procedimiento a la Sra. Adelina. Tal y como se indicaba en el auto de esta Audiencia de 7 de marzo de 2017 (rollo 1136/15), sí resultan compensables las reclamaciones por pensión de alimentos ya que al tratarse de pensiones devengadas, cada uno de los progenitores que ostentaban la guarda y custodia de los hijos menores tuvieron que asumir los gastos por alimentos de sus hijos como consecuencia del impago de la deuda por parte del progenitor deudor. Por ello, a causa de esta asunción de la deuda impagada, cada progenitor se ha convertido el titular de un derecho de crédito frente al progenitor deudor, que es susceptible de ser compensado al existir la identidad subjetiva exigible.

El padre se ha sometido a los controles que acordó la Sentencia y debe cumplir el régimen de visitas

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 15 DE ENERO DE 2020

El padre ha cumplido con el Auto de Medidas Previas al haberse sometido periódicamente a pruebas y análisis de control de consumo de alcohol y de drogas tanto en Osakidetza como en un centro de Laboratorios, con resultado negativos en consumo, sin que los análisis practicados sean insuficientes por no haberse especificado en el título que se está ejecutando la clase de análisis a realizar, no pudiéndose aceptar, como pretende la progenitora custodia, que se practiquen análisis de sangre y por el centro que la misma designa. Se desestima en consecuencia la oposición a la ejecución.

En todo caso, este régimen queda condicionado a que el padre se someta a controles de drogas y alcohol, de carácter semanal, dando siempre resultado negativo, o sea que no haya habido consumo de los mismos. Se oficia a un centro especializado en control de drogas y alcohol para que se comunique con el padre a efectos de determinar la cita, teniendo en cuenta su horario laboral, y que entregue dichos informes a este juzgado, en ejecución de esta causa". La Juzgadora a quo considera que los motivos de oposiciones vertidos por la progenitora custodia, sobre que no se ha oficiado a ningún centro especializado para que el progenitor realizaras las pruebas de drogas y alcohol pertinen-

tes y que no se especifica la tipología de la analítica que debería llevarse a cabo, ya fueron tenidas en cuenta en el Auto de 24 de junio de 2019, siendo cierto que el Sr. Carlos Antonio ha cumplido con el Auto de Medidas Previas de 17 de diciembre de 2018, al haberse sometido periódicamente a pruebas y análisis de control de consumo de alcohol y de drogas tanto en Osakidetza como en el centro de Laboratorios Axpe, con resultado negativos en consumo, sin que los análisis practicados sean insuficientes por no haberse especificado en el título que se está ejecutando la clase de análisis a realizar, no pudiéndose aceptar, como pretende la progenitora custodia, que se practiquen análisis de sangre y por el centro que la misma designa de Fundación ...

Vuelve a insistir la parte apelante en esta alzada que no se ha cumplido lo establecido en el auto de Medidas Previas que se está ejecutando, al no remitirse oficio a centro especializado para la realización de prueba, sino que la entidad y organismo que efectúa el control es el escogido por quien debe someterse a las pruebas. Insiste que la ausencia de consumos es por analítica de orina y no de sangre, lo que es fácilmente manipulable. Y termina exponiendo que para que la pernocta tenga lugar en condiciones de salvaguardia del bienestar físico y moral de los hijos menores habría detener en cuenta una prueba irrefutable de que el padre no ha consumido durante el periodo establecido de dos meses, y ello no se garantiza mediante unas analíticas de orina realizadas en lugar, fecha y hora elegidos por quien debe someterse a las mismas, por lo que los informes aportados no cumplen con el tenor de lo establecido en el auto que se ejecuta, ni, por lo tanto, pueden servir para determinar el diez a quo de la pernocta de los menores con su padre. Al final de su recurso de apelación alega la falta de intervención del Ministerio Fiscal en el presente proceso de ejecución que afecta a menores.

El apelado D. Carlos Antonio se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario, interesando la confirmación de lo resuelto. Alega que la parte apelante se limita a reitera los mimos argumentos ya expuestos y que han sido razonadamente desestimados en la instancia. Alega que el recurso de apelación se basa en meras especulaciones e hipótesis relativas al modo o forma en que se realizaron los controles, sin aportar prueba alguna que dé soporte a su alegato, y defendiendo la credibilidad de las analíticas realizadas por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud y el centro privado de ... Axpe, durante el plazo de cuatro meses, y señala las peticiones reiterativas de elección de centro especializado oportuno, que no fueron atendidas. En lo referente al bienestar y estabilidad de los menores, destaca el informe del Equipo Psicosocial de 9 de mayo de 2019, tenido en cuenta en el Auto ejecutivo de 24 de junio de 2019, favorable a la ampliación de las visitas y contactos de los menores con su padre, y apunta a la instrumentalización que la madre viene realizando de los menores en su relación con el padre. Por último, manifiesta que la no intervención del Ministerio Fiscal no implica la nulidad de actuaciones.

De la observancia de los controles sobre consumos de sustancias tóxicas exigidos en el Auto de Medidas Paterno Filiales Previas.

El recurso de apelación debe ser rechazado, confirmándose íntegramente los razonamientos jurídicos contenidos en la resolución recurrida. Partiendo de la legitimidad del título del que trae causa la presente ejecución, debe de cumplirse el régimen de comunicación y visitas en sus estrictos términos y forma recogida en la resolución ahora ejecutada, sin que nos olvidemos, que dicho régimen se configura como un complejo derecho-deber cuya finalidad no es satisfacer los deseos de los progenitores, sino la de proteger los derechos e intereses del menor, exigiendo estos últimos uso contactos lo más racionalmente posibles con el progenitor no custodio de acuerdo con el principio de “favor filii”, entendiéndose que las posibles limitaciones o restricciones a tal derecho han de tener alcance excepcional

Así las cosas, teniendo en cuenta que las resoluciones judiciales han de cumplirse en sus propios y estrictos términos, se deben resolver los obstáculos que impiden el normal desarrollo de lo acordado, propiciándose por ambas partes los oportunos consensos para que pueda cumplirse el mismo más allá de distintas interpretaciones que deben de evitarse para llegar a una mayor vinculación efectiva del menor con sus progenitores, con ambos referentes parentales en un clima de estabilidad y bienestar y cuyo cumplimiento deberá favorecerse por los mismos. Con este preámbulo no cabe duda que el apelado Sr. Obdulio ha cumplido con lo establecido en el título judicial que se ejecuta, el Auto dictado el 17 de diciembre de 2018, al haber acreditado resultados negativos durante el plazo exigido de los análisis de consumos realizados, como se recoge en el Auto de 24 de junio de 2019 y se reitera en el auto recurrido, cuya argumentación damos por reproducida, rechazando de plazo los meros alegatos formales y obstativos de la apelante, sin justificación alguna, quien ni siquiera indiciariamente ha venido a probar algún tipo de consumo de sustancia por parte del progenitor no custodio.

Regímenes económicos matrimoniales

Inclusión en el activo del derecho de retorno de las aportaciones a las cooperativas

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2020

El derecho de retorno de las aportaciones efectuadas por el esposo en su calidad de socio-cooperativo ha de integrarse en el activo de la Sociedad ganancial, con independencia de que el esposo pueda o no hacer efectivo actualmente ese derecho, esto es, la disponibilidad en este momento del capital.

Capital Cooperativo y sus Retornos. Naturaleza como bien ganancial. Disponibilidad de su importe por el Sr. Porfirio. Origen de las aportaciones del Sr. Porfirio.

Defiende en su recurso el apelante que no tiene disponibilidad en cuanto a los retornos no pudiendo acceder a los mismos sino solo en caso de baja del apelante y ello de conformidad a la Ley 4/1993 de 24 de Junio de Cooperativas de Euskadi (artículo 63) y a los Estatutos Sociales de DIRECCION002 (artículo 57). Ha de confirmarse la sentencia recurrida. En la fase procedimental actual se trata de determinar la identificación del ACTIVO y PASIVO de la Sociedad ganancial y su inclusión en los mismos de los conceptos correspondientes. D. Porfirio y D. ª Florencia contrajeron matrimonio el día 11 de mayo de 1997 en Tolosa. Consta al folio 87 de las actuaciones el documento denominado "Bazkide Langilearen Sozietate Ekarpen Titulua-Titulo de Aportacion del Socio Trabajador en el que se recogen todas las aportaciones realizadas por el Sr. Porfirio en la Empresa DIRECCION002 de Oñati desde el 1-12-2006 hasta el 1-1-2017. Acotación temporal derivada del hecho de haber recaído sentencia de divorcio de fecha 26 de Abril de 2017 y con ella la disolución de la sociedad ganancial. Las aportaciones durante tal periodo por un total de 93. 343,65 euro. se producen constante la vigencia de la sociedad ganancial.

Reproducimos parcialmente el FJ SEGUNDO de la sentencia de la AP Álava sección 1ª, de fecha 4-10-2018, número 508/2018 al abordar la misma la cuestión nuclear en el presente recurso que es el carácter ganancial del derecho de retorno o reembolso de las aportaciones del socio cooperativista. Así se lee en la citada resolución:)"(. . . .)SEGUNDO.-(. . .) Esta Sala, como ya se ha señalado más arriba, dictó el 3 de marzo del 2004 una sentencia cuya fundamentación transcribimos literalmente a continuación: "Los retornos cooperativos son beneficios, una vez deducidos de los excedentes netos las aportaciones a fondos obligatorios, que se reparten o incorporan al capital social incrementando el valor de la participación en el mismo. Más concretamente elart. 67 de la Ley Vasca 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi y los arts. 84 y 85 de la)Ley 3/1987, de 2 de abril), General de Cooperativas, de carácter básico art. 149 C.E. conforme a lo dispuesto en su Disposición Final Primera 2. , establecen la naturaleza de los retornos, considerando tales como aquellos excedentes resultantes una vez deducidas las aportaciones a fondos obligatorios y que pueden ser repartidos entre los socios o ser incorporados al capital social, dando lugar al incremento del importe de las aportaciones de cada socio al mismo. Por ello, conforme al art. 1347. 1 y 2 del Código Civil, deben reputarse gananciales los retornos repartidos durante la vigencia de la sociedad económica matrimonial, y si bien el importe final del capital puede conservar el carácter privativo que tuvo la aportación inicial

anterior al matrimonio, las cantidades aportadas en ese concepto para incrementar la participación del socio en el capital serán reintegrables al disolverse la sociedad, como resulta del art. 1352. 2º del Código Civil. (. . .)". Igualmente constatamos, al igual que la sentencia recurrida (FJ TERCERO párrafo segundo), que no se ha acreditado que las aportaciones a la Cooperativa constante el matrimonio se efectuaran con dinero privativo del Sr. Porfirio.

Por todo ello la respuesta es que el derecho de retorno de las aportaciones efectuadas por el Sr. Porfirio en su calidad de socio-cooperativo de DIRECCION002 ha de integrarse en el ACTIVO de la Sociedad ganancial. Es una cuestión diferente y ajena a la presente fase procedimental, y no excluye la naturaleza ganancial de las aportaciones y del derecho de retorno o de reembolso, que el Sr. Porfirio pueda o no hacer efectivo actualmente el derecho de retorno, esto es, la disponibilidad en este momento del capital, y ello por no haber causado baja en la Cooperativa de conformidad a los artículos esgrimidos por el apelante (57 de los Estatutos de la Cooperativa y 57 y 63 de la Ley 4/1993 de 24 de Junio sobre Cooperativas de Euskadi.

Edificación de inmueble con dinero ganancial en solar privativo de un cónyuge

AP CIUDAD REAL, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2020

Ha de excluirse del activo de la sociedad de gananciales la vivienda unifamiliar por ser un bien privativo de la esposa, pues era la propietaria del solar donde, constante la sociedad de gananciales, se edificó la vivienda, si bien habrá que incluir en el activo el derecho de crédito que la sociedad ostenta contra esposa por el valor de la obra nueva y aumento del valor de la finca (Solar) como consecuencia de la referida construcción.

Ante la sentencia dictada en la primera instancia, por la representación de D.ª Ana, se interpone recurso de apelación, alegando incongruencia omisiva, por falta de determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, incongruencia omisiva por falta de inclusión de bienes en el activo, incongruencia omisiva y falta de motivación sobre el carácter ganancial de la vivienda, solicitando de esta Sala que se excluya del activo de la sociedad la reseñada vivienda por ser la misma privativa, y se acuerde la práctica de las pruebas que se reseñan.

Por la representación de D. Artemio, se formuló oposición al reseñado recurso, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia.

El art.1.397, 1o del Código Civil, recogiendo así la norma general establecida por el Código Civil para la formación de inventarios, y que no deja lugar a dudas sobre su alcance y significado, establece, habrán de comprenderse en el activo "los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución". Y ese momento es el de la firmeza de la sentencia, pues conforme al artículo 95 del Código Civil "la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial". En principio, pues la fecha a tener en cuenta como momento de disolución de la sociedad de gananciales es la de la sentencia de Divorcio de fecha 13 de enero del año 2015, dándose con ello respuesta a la primera cuestión suscitada por la recurrente.

La segunda de las cuestiones que ha de ser resuelta, es la relativa al inmueble que ha sido el domicilio conyugal, a saber, vivienda unifamiliar, sita en … de la localidad de Bolaños de Calatrava, y que la sentencia incluye en el activo de la sociedad de gananciales, restando el valor del suelo que es privativo de D.ª Ana.

Hay que partir, al objeto de dar respuesta a dicha cuestión de dos hechos que están acreditados, a saber, el suelo sobre el que fue construida la vivienda unifamiliar reseñada, es privativo de D.ª Ana, y la construcción de la vivienda se hizo o tuvo lugar constante el matrimonio, y sufragada con fondos de la sociedad de gananciales, al no existir prueba alguna en contra de ello.

Tratándose de construcción en período ganancial sobre terreno privativo rige el art. art. 1359 CC como norma especial, de modo que en esta situación, la naturaleza de lo construido sobre bien

privativo tiene el carácter del bien al que afecta, y la sociedad de gananciales será acreedora del aumento de valor que de los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, quiere ello decir, que conforme a dicho precepto ha de figurar en el activo de la sociedad de gananciales el valor de la vivienda, al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales.

Es a la postre un derecho de crédito de la sociedad de gananciales contra Dª. Ana, por la construcción de la vivienda sobre el terreno privativo de la antes mencionada, sita en ..., que comprende tanto la obra nueva de 356 metros cuadrados, y por el aumento de valor de la finca, como consecuencia de la referida construcción realizada constante el matrimonio.

Como conclusión, existiendo conformidad sobre el carácter privativo del solar, no existe controversia tampoco sobre la propiedad exclusiva de la edificación por parte de la dueña del suelo, en aplicación de la regla general de la accesión, que recoge el párrafo primero del art. 1359.

Es por ello, que ha de excluirse del activo de la sociedad de gananciales la vivienda unifamiliar de la que estamos tratando, por ser un bien privativo de D.ª Ana, y conforme al art. 1359 del C. Civil, y por lo ya expuesto, ha de figurar en el activo de la sociedad, el derecho de crédito que la sociedad ostenta contra D.ª Ana por el valor de la obra nueva y aumento del valor de la finca (Solar) como consecuencia de la referida construcción.

Filiación

Cuando la hija mayor reclama la filiación no hay que demandar a la madre biológica

AP BURGOS, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2020

No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario pues la demanda de reclamación de paternidad ejercitada por la hija mayor de edad no debía dirigirse contra la madre, pues solo tienen que ser demandados aquellos que se oponen o que pueden fundadamente oponerse a la demanda de reclamación de paternidad.

En segundo lugar, se alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario porque se dice que la demanda debió dirigirse contra la madre doña Rosana. La demanda la formula la hija común, que en la fecha de interposición de la demanda ya es mayor de edad.

Carece de razón la parte apelante. La demanda solo debe dirigirse contra aquellos que se oponen o que pueden fundadamente oponerse a la demanda de reclamación de paternidad. En este sentido la sentencia del TS de 7 de febrero de 2002, en una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, estableció la necesidad de llamar a los autos al marido de la actora, cuya paternidad se presume. Y la sentencia de 5 de noviembre de 2003, en una acción de reclamación de filiación no matrimonial, dijo que era preciso dirigir la demanda, no sólo contra la madre, sino también contra el hijo cuya paternidad se reclama. Pero en este caso la madre no se ha opuesto a la demanda de paternidad, porque incluso cuando inscribió a su hija en el Registro Civil hizo constar el nombre de Sixto en la casilla del padre, que es el del demandado, aunque lo hiciera a efectos informativos. Por otra parte, la modificación que se pueda hacer de la inscripción del Registro Civil no afecta a la madre, cuya inscripción de maternidad va a seguir siendo la misma.

No hubo voluntad de crear un patrimonio común

AP LEÓN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2020

No se considera acreditada la voluntad de las partes de constituir un patrimonio común, y por tanto se desestima la demanda interpuesta por la ex conviviente de hecho. Que atendiese en algún periodo algunas cuotas del préstamo hipotecario suscrito en exclusiva por su pareja, o que apareciese como avalista del préstamo no implica voluntad de hacer común el bien.

La apelante ejercitaba en su demanda una acción de declaración de la existencia de una relación de convivencia ya finalizada y de la generación de un patrimonio común durante la misma, así como de reclamación de la mitad de las sumas abonadas para la amortización de un préstamo hipotecario suscrito a nombre del apelado para la construcción de una vivienda en una finca propiedad de éste.

La sentencia desestima la demanda en su integridad, por no considerar acreditada la voluntad de las partes de constituir un patrimonio común ni la aportación de la apelante al préstamo hipotecario suscrito por el demandado, y aquella insiste en sus pretensiones en el recurso, en el que afirma que la valoración conjunta de la duración de la relación de pareja y de la existencia de una cuenta conjunta en la que uno y otro integrante realizaban ingresos de manera indistinta, unida a la realización de trabajos por cuenta ajena durante períodos en los que el demandado no realizaba actividad retribuida alguna, acredita que las partes tuvieron la voluntad de constituir un patrimonio común durante su relación de convivencia, y por tanto que debe acordarse la condena del demandado a restituirle la mitad de los pagos realizados para la amortización del préstamo hipotecario citado.

Relación de pareja y normas aplicables a la comunidad de bienes. El punto de partida de la presente resolución debe ser la exclusión de cualquier tipo de aplicación analógica de la regulación del régimen económico del matrimonio a una pareja de hecho. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 cita a su vez la de 12 septiembre de 2005, que proclama: “ a) [...] que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - STC 184/1990 y la 222/92, por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”; b) “Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio “. Esta sentencia ha sido seguida por otras, especialmente las 160/2006, de 22 febrero ; 1048/2006, de 19 octubre y 240/2008, de 27 marzo, sentencia esta a la que nos referimos a continuación. De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama “disímiles”, para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio”.

De igual modo, la sentencia de 16 de junio de 2011 se remite a la de 19 octubre de 2006, que dice que “ Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia “more uxorio” el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por “analogía

legis" de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la "analogía iuris" -como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por "facta concludentia" se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común- sentencia de 22 de febrero de 2006 ".

Análisis del caso concreto. De la prueba practicada en la instancia no cabe sino llegar a la misma conclusión que se contiene en la sentencia apelada, que tras la valoración de aquella determina la ausencia de prueba de la voluntad de los integrantes de la pareja de hecho de formar un patrimonio común, prueba que además debe ser concluyente conforme a la doctrina jurisprudencial trascrita, pues precisamente la decisión de eludir el vínculo conyugal constituye una manifestación implícita de la voluntad de eludir sus consecuencias patrimoniales, entre las que se encuentran precisamente, en el caso del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, la imputación paritaria al patrimonio común de los ingresos obtenidos durante el matrimonio.

Al respecto, del examen del documento fundamental del expediente, que es el extracto de la cuenta común de la pareja, resulta que en ningún momento se constituyó un patrimonio común, sino que los ingresos se destinaban a la satisfacción de los gastos comunes. Y que la única adquisición patrimonial, esto es, la edificación levantada sobre un solar adquirido por el demandado de sus padres, que constituye objeto exclusivo de la pretensión ejercitada en la demanda, fue expresamente inscrita a nombre de aquel en el Registro de la Propiedad, y su construcción fue financiada con un préstamo hipotecario en el que únicamente figura aquel como prestatario, sin que la mera condición de avalista de la apelante le otorgue en modo alguno la de prestataria, ni por tanto le confiera derecho alguno de restitución de las sumas entregadas en concepto de amortización del préstamo.

Sostiene la apelante que realizó varios pagos del préstamo hipotecario, y que en particular, a partir de 2010 el mismo fue satisfecho exclusivamente por ella, pues era la única que trabajaba y obtenía alguna remuneración. Sobre el particular, debe indicarse que el hecho de haberse atendido el pago de las cuotas del préstamo en un momento determinado no implica necesariamente la voluntad de los miembros de la pareja de atribuir carácter común a la edificación referida, y menos aún de formar un patrimonio común con la totalidad de los ingresos de uno y otro, sino que puede obedecer a otras motivaciones, como pudiera ser el préstamo, la compensación o la gratitud por la asistencia económica previa, o incluso una mera liberalidad.

Y de hecho, del examen del extracto de la cuenta común resulta, en primer lugar, que durante el año 2009, en el que ninguno de los dos integrantes de la pareja realizaba actividad profesional o laboral registrada alguna, las cuotas del préstamo siguieron atendiéndose, lo que otorga veracidad a la manifestación del apelado conforme a la cual en los períodos en los que no figura en el informe de vida laboral como autónomo, como trabajador por cuenta ajena o como pensionista, realizaba trabajos esporádicos remunerados en metálico, afirmación expresamente confirmada por la apelante en su interrogatorio, y que además viene ratificada por las sucesivas y numerosas aportaciones a la cuenta común por medio de ingreso en caja o transferencia, con cargo a las cuales, en la que se atendían las cuotas del préstamo hipotecario, al menos durante los años 2010 y 2011, pues en el primero se ingresaron o transfirieron, además de nóminas, 3.583,50 euros, y se pagaron 3.958,06 en cuotas del préstamo, si bien la cuenta tenía al comienzo del ejercicio un saldo de 1.166 euros. Y en 2011, se ingresaron fuera de nóminas 4.988,90 euros y se abonaron cuotas del préstamo por importe de 5.580,76 euros, si bien el demandado ingresó además en la cuenta sus nóminas de los meses de junio a septiembre, en los que trabajó.

Es cierto que durante los años 2012 y 2013 (con posterioridad vuelve a la actividad) el demandado no realizó actividad retribuida alguna y apenas se registraron otras entradas en la cuenta común que la correspondiente a las nóminas de la apelante, pero de tal circunstancia no puede extraerse la conclusión de la voluntad de ambos integrantes de la pareja de formar un patrimonio común y de integrar en este la edificación financiada con el préstamo hipotecario, máxime cuando se levanta sobre una finca adquirida de los padres del demandado, a la que atribuyó de manera expresa su propiedad exclusiva en el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y cuya financiación asumió con la contratación de un préstamo hipotecario en el que figuraba como exclusivo prestatario, y que ha ido atendiendo en la medida de sus posibilidades incluso cuando la apelante inició su actividad laboral, 13 años después del comienzo de la relación de pareja, de modo que no cabe sino confirmar la sentencia de instancia.

Desde la separación de hecho, un cónyuge ha venido abonando en solitario el préstamo hipotecario. ¿Puede solicitar al amparo de lo dispuesto en el art. 1.354 del CC, que se declare que la vivienda pertenece en pro indiviso a él y a la sociedad de gananciales en proporción a lo que se pagó constante el matrimonio y a lo que él ha pagado desde que los cónyuges cesaron en la convivencia?

Señala el art. 1354 CC que "*Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*", pero este artículo no resulta de aplicación al caso que analizamos, pues dicho precepto regula aquellas situaciones en que un bien se adquiere durante el matrimonio pagando el precio en el momento de la compra, una parte con dinero ganancial y otra con dinero privativo, pero en nuestro caso el bien se adquirió únicamente por la sociedad de gananciales y por tanto sería de aplicación lo dispuesto en el art. 1356 CC, según el cual: "*Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por*

precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza". Aunque el precio de adquisición de la vivienda no fue aplazado, si lo fue el pago del préstamo hipotecario suscrito para hacer frente al pago de dicho precio, de modo que adquirida la vivienda constante la sociedad de gananciales y realizados los primeros pagos con el dinero del matrimonio, debe establecerse el carácter ganancial de la misma aunque la mayoría de los plazos de amortización de la hipoteca fueran satisfechos con dinero privativo del demandado desde que se produjo la separación del matrimonio.

En consecuencia, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1358 CC: "*Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación*". También el art. 1398, 3ª CC, según el cual se incluirá en el pasivo: "*El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad* ".

Así pues, el cónyuge que ha pagado los vencimientos de la hipoteca con bienes privativos desde que los cónyuges cesaron en la convivencia, tendrá en su caso un derecho de reintegro, pero nunca dichos pagos implicarán la constitución de un pro indiviso.

CONFERENCIAS ON LINE

12 DE MAYO DE 2020

HERENCIAS DE BRITÁNICOS EN ESPAÑA. EL IMPACTO DEL BREXIT

Ponente: Javier Carrascosa González
catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia.
Modera: María José Sánchez González
Vocal de AEAFA

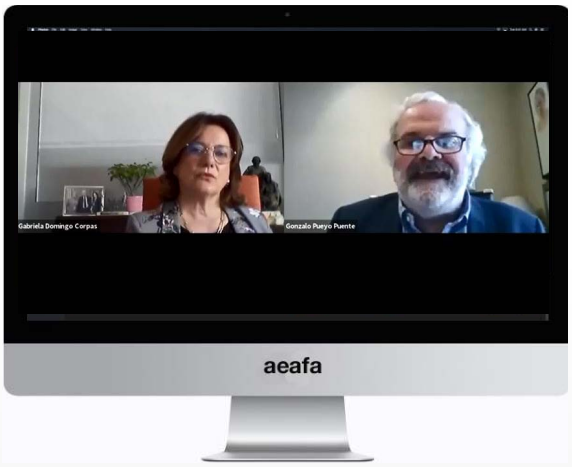
https://youtu.be/bJ_0u5lFKOg

14 DE MAYO DE 2020

EL PLAN CONTRADICTORIO: CÓMO AFIANZAR LA PETICIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA

Ponente: Sonia Álvarez Gómez
Abogada de la AEAFA.
Modera: Beatriz de Pablo Murillo
Vocal de AEAFA

https://youtu.be/cC5dmzVDHKI



21 DE MAYO DE 2020

PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA LOS HIJOS MAYORES DE EDAD: PROCEDENCIA Y LÍMITES

Ponentes:
Gonzalo Pueyo Puente,
Expresidente de AEAFA,
María Gabriela Domingo Corpas,
Exvicepresidenta de AEAFA
https://youtu.be/fwSg214EabI

26 DE MAYO DE 2020

PROBLEMAS EN DERECHO DE FAMILIA DERIVADOS DEL COVID-19

Ponente:
Fernando Florit de Carranza, Fiscal decano de Murcia.
Concha Ruiz García, Magistrada del Juzgado de 1.ª Inst. núm. 6 de Cartagena.
Juan Pablo González del Pozo, Magistrado del Juzgado de 1.ª Inst. núm. 24 de Madrid

https://youtu.be/4TI6YrgXebs

28 DE MAYO DE 2020

CUESTIONES BÁSICAS SOBRE PRUEBA ELECTRÓNICA. OBTENCIÓN, APORTACIÓN Y PRÁCTICA

Ponente:
Miguel Hermosa Espeso. Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Palencia

Modera:
Ramon Quintano Ruiz. Vocal de AEAFA

https://youtu.be/igXMPfqJRn4

2 DE JUNIO DE 2020

ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR

Ponente:
Francisco Salinero Román. Magistrado de la AP de Valladolid
Modera:
Inmaculada Marín Carmona. Secretaria de la Junta de la AEAFA

https://youtu.be/Dhe6Y6TO7-w

4 y 11 DE JUNIO DE 2020

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. PARTES I Y II

Ponente: Carmen López-Rendo
Tesorera de AEAFA y profesora titular de la Universidad de Oviedo.
Modera: Isabel Bonilla Moreno
Abogada de la AEAFA

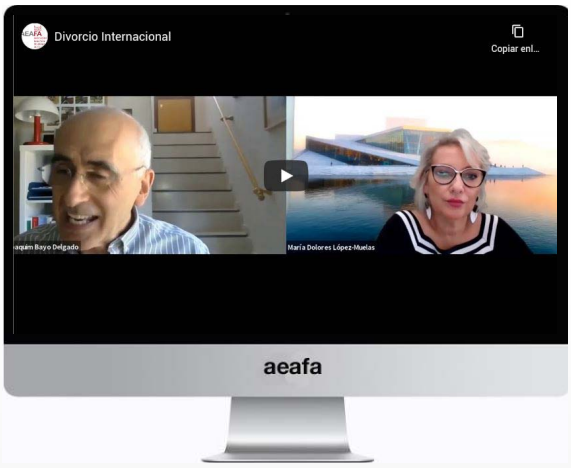
I: https://youtu.be/5LLQ25MqZXA

II: https://youtu.be/G9cJhdSYKng

9 DE JUNIO DE 2020

LA PRÁCTICA COLABORATIVA: UN PLUS PARA LA ABOGACÍA DE FAMILIA

Ponentes:
Ana Mendia Argómaniz
Anouska Sucunza Totoricagüena. Ambas pertenecen a la Asociación de Derecho Colaborativo de Euskadi (ADCE) y también a la AEAFA
https://youtu.be/bE-kvAIeo7E



25 DE JUNIO DE 2020

NOVEDADES EN EL DIVORCIO INTERNACIONAL

Ponente:
Joaquim Bayo Delgado
Abogado-Consultor en Derecho de Familia. Exmagistrado

https://youtu.be/h_1Iag3_UEo

DE MOMENTO, TODAS LAS JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA QUE SE CELEBRAN EN LAS DISTINTAS CIUDADES DE ESPAÑA ESTÁN APLAZADAS

CUANDO SE DEN LAS CONDICIONES ADECUADAS VOLVERÁN A CELEBRARSE

LA FILIACIÓN EN LAS PAREJAS HOMOPARENTALES

Ricardo de la Rosa Fernández

Jose María Bosch Editor

2020 - 599 pág.

Se ha dicho en repetidas ocasiones que las personas homosexuales tienen actualmente una clara igualdad en sus relaciones de familia homoparental, con respecto de las personas heterosexuales. Esta afirmación se ha hecho descansar en que en 2005, las Cortes Generales dieron luz verde al matrimonio igualitario en España.

Pero lo cierto es que esta igualdad es más teórica que práctica y la desigualdad queda al descubierto cuando para las parejas homoparentales se alcanza el objetivo de tener hijos. En ese momento, se descubre que el camino que una pareja heterosexual sigue para que se establezca la filiación de sus hijos a favor de ambos miembros, es mucho más complicada en el caso de una pareja homosexual, ya que se establecen a la vez diferencias en función de si la pareja la forman dos mujeres o dos hombres.

En este trabajo se analiza en primer lugar la evolución del trato que desde el ordenamiento jurídico se ha ido dando a las personas homosexuales, cómo se pueden establecer vínculos (como pareja estable o matrimonio) y la forma en que la filiación se establece en las parejas homoparentales, elaborando propuestas de mejora para cada una de estas situaciones y poniendo de relieve las necesidades que en estos sentidos tienen las familias homoparentales.

SEPARACIÓN O DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO. Aspectos teóricos y prácticos tras las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria

Cristina Llamas Bao

Eolas Ediciones

2020 - 396 pág.

La entrada en escena de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha repercutido de manera relevante en nuestro paisaje normativo y, de forma especial, en la regulación y tramitación de las separaciones o divorcios de mutuo acuerdo.

Tal ha sido su impacto, que ha supuesto la creación de nuevos cauces procedimentales y, aunque todos ellos permiten alcanzar el mismo objetivo (la consecución de una separación o divorcio de mutuo acuerdo), cada uno de ellos cuenta con unos trámites específicos que determinarán a su vez, su naturaleza y su caracterización jurídica propia, sus ventajas e inconvenientes, que el profesional debe conocer.

Este estudio facilita al lector la comprensión de nuestro actual panorama normativo y la situación procesal de este tipo de separaciones y divorcios, esto es, su regulación y tramitación posterior a la entrada en vigor de esta Ley, diferenciando desde su inicio hasta su finalización, las nuevas vías jurídicas existentes para poner fin a la ruptura matrimonial.

Asimismo, incluye un minucioso análisis doctrinal y jurisprudencial, actualizado hasta nuestros días, convirtiéndolo en una obra que resultará imprescindible, tanto en el ámbito académico como para los profesionales del Derecho.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

MICRORRELATOS
de Derecho de Familia

CORONAR

Lola Casares Tejada

Siento escribirte a estas horas, pero he tocado fondo y no se a quién recurrir.

Mis hijos ya estaban cansados del ambiente que había en casa y el confinamiento ha empeorado todo. No duermo y estoy desquiciada.

Trabajar en el hospital donde la gente se debate entre la vida y la muerte me agota.

Dos de mis compañeras están de baja y para las nuevas es una situación desbordante en la que el miedo y la inseguridad las paralizada.

Todo recae sobre mí. ¡Es la tónica de mi vida!

“Ana ven, ¿dónde están los guantes?¿Hay respiradores? ¿Qué hago ahora?”

Y llego a casa, y como un autómata sigo apagando fuegos sin dejar de pensar por qué no tomé una decisión, yo, la reina de las decisiones.

Tantas idas y venidas, tantas oportunidades caídas en saco roto han minado mi autoestima. Ahora la vida pasa y no espera a nadie.

Necesito coronar este proceso de la forma más serena posible porque ni mi mente ni mi cuerpo pueden ni quieren aguantar más.

Ayúdame.

SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Matilde María Ripoll Pérez-Curiel

Dicen que los Abogados de Familia vamos a tener mucho trabajo cuando esto pase.

El viernes 13 de marzo la llamé para decirle que no había sido posible el acuerdo con el otro Abogado.

Y entonces nos anunciaron el estado de alarma.

Lo último que ella quería era mantenerse en casa sin salir y acompañada de quien ya le era prácticamente desconocido. El sábado salieron a comprar lo necesario para sobrevivir esos días y, a la vuelta, pararon en el bar a tomar algo a modo de despedida antes del encierro. Por la tarde estuvieron leyendo hasta que decidieron preparar juntos una cena apetitosa. Así lo hicieron mientras charlaban y hasta reían. Fueron pasando los días haciendo juntos lo que nunca habían hecho: cocinar, ordenar la casa, tirar muchos chismes que aparecían para traerles recuerdos, limpiar… y se miraron. Y hasta volvieron a verse y reconocerse. Cuando el día 14 de abril la llamé para decirle que la demanda estaba preparada, se sorprendió, como si fuera la primera vez que oía hablar de ella: “¡Ni se te ocurra!”.

EN AQUELLOS TIEMPOS

María del Carmen González García

En aquellos tiempos no estaba bien visto. En aquellos tiempos, “los problemas se solucionaban de puertas para adentro”. Lo que nunca imaginaron, es que la lección de vida se la daría su hija de 12 años.

Estoy cansada, mama, estoy cansada, papa, de tantos gritos, de ver cómo no os miráis a la cara cuando nos sentamos a cenar, aparentando que somos una familia perfecta.

Pensáis que no me hacéis daño. Pero me lo hacéis, y mucho, porque el daño os lo hacéis mutuamente. Creceré, tendré mi vida, me independizaré, pero, ¿y vosotros?, ¿hasta cuando vais a condenar vuestra felicidad por las apariencias?

Hay que vivir en un “hogar”, no en un hotel, no en una casa con jardín. El hogar tiene que estar lleno e impregnado de Felicidad.

La felicidad hay que buscarla, hay que encontrarla y hay que trabajarla.

Yo quiero ser feliz, y que vosotros lo seáis.

La felicidad no entiende de sitios físicos.

En aquellos tiempos no estaba bien visto, pero consiguieron encontrar la felicidad, aunque no bajo el mismo techo.

DE CÓMO ME HICE MAYOR

M.ª Luisa Martín Moreno

Aquella noche no dormí. Pensar que mi padre, mi dios, se iba a casar con otra, hacía mi sueño imposible.

Esa noche no entendía cómo se había olvidado de ella, de la mujer más hermosa del mundo, mi madre, que de lo bonita que era es la reina del cielo.

Y te llega el dolor y el amor, te llega y se queda, se queda y te quiebra.

Pero tampoco pude dormir la noche en que murió mi padre, allí estaba ella, su segunda esposa, la dama, mirando con sus ojitos pequeños cómo se le iba la vida

Imperdonable, no controlar esta cabeza loca, no saber hacer el puzle familiar, no encajarlo a tiempo, imperdonable haber perdido si quiera un segundo buscando la pieza que faltaba

Tan dios era mi padre, que al marchar me dio la solución, estaban todas las piezas, solo había que ponerlas sobre una base, mi corazón.

HABLEMOS

Sara Moreno Cabezas

Repasaba mentalmente todos los detalles de aquel juicio que llevaba meses trabajando.

Entraba en el Juzgado dispuesto a atacar con todas sus armas.

Estaba preparado!

Había muchos señalamientos esa mañana, y tocaba esperar.

Se oían de fondo conversaciones banales, poco sustanciales, y por un momento, miró a los ojos a su cliente, y miró a los ojos al ex de su cliente, que andaba cerca.

Olvidó el caso, y vio a los cónyuges, a los padres, a las personas, y recordó aquella fábula mitológica, donde Bóreas y Helios discutían sobre quién era más fuerte.

Ganaría el que lograra quitarle la ropa a un caminante.

Bóreas sopló con toda su fuerza, pero el caminante agarró aún más fuerte sus ropas.

Helios comenzó a brillar, cada vez más intensamente, hasta que el caminante decidió desprenderse de sus ropas.

Recordó el Valor del razonamiento sobre la fuerza. El valor de la negociación, de ponerse en la piel del otro.

Guardó las afiladas armas en su maletín, y con una sonrisa sincera, dijo:

- Compañero, hay alguna posibilidad de llegar a un acuerdo…? Hablemos!

MARTES, 17-3-2020

Ramón García Jiménez

Hacía unos veinte minutos que aguardábamos Perico y yo, tras la ventana de nuestro segundo piso, la llegada de Merche. Puntual aparcaba su Toyota nuevo. Le había ido bien desde nuestro divorcio, por fin le reconocieron su valía profesional, la que siempre ignoré y que había alimentado tantos reproches, donde anidaron incertidumbres, desencuentros y ausencias.

Era la hora, desde hacía dos años era la hora, puntual, la que traía su recuerdo cada martes, cada jueves, invadiendo todo mi ser, desbordando todo mi genio, mi seguridad y mis fabulosos planes de un futuro que no me pertenecía.

Hoy era distinto. Las manos que anhelaba ver al volante las cubría unos guantes azules y, en lugar de esperar que bajara Perico, Merche decidió salir del coche. Registraba su cuerpo, su sonrisa y la profundidad de sus ojos, cuando ella entró en el portal -nunca me devolvió ni le pedí sus llaves- y abrió la puerta de nuestro domicilio, cogió a Perico de un salto y cerró tras de sí la puerta, me miró: “Sabéis lo de la cuarentena…”

A LA VUELTA

Asunción Fieira Bustos

A la vuelta de esta pesadilla impuesta nos aguardan muchos desafíos que solventar en el ámbito del Derecho de Familia.

De seguro que se contarán por millares los progenitores que, agobiados por estar sin trabajo, ver reducidos sus ingresos y/o en la tesitura de tener que elegir entre pagar el alquiler o la pensión de alimentos de sus hijos/as acudirá a nosotros/as letrados/as de familia para contarnos sus penurias.

De seguro, acudirá también aquella madre que si ve recortada la pensión de alimentos que percibe, no podrá atender las necesidades de sus hijos/as y también aquella otra que necesita quedarse en la vivienda familiar porque no tiene dinero para un alquiler.

Aparecerá también quien buscará asesoramiento para poner fin a su convivencia marital ya sea con o sin hijos/as… y nos encontrará a nosotros/as abogados/as de familia deseosos de solucionar, fuera incluso del ámbito judicial, aquellas preocupaciones.

A la vuelta, llegó el tiempo de exhibir el lado más humano de la Abogacía.

A la vuelta, ha de triunfar el sentido común, el diálogo, la comprensión, el ponerse en el lugar del otro, el agradecimiento, el mantenerse solidario/a.

A la vuelta apliquemos lo que nos ha enseñado este confinamiento:

1.- Que nada hay más importante que la salud, especialmente la de nuestros hijos/as

2.- Que AMBOS progenitores tienen los mismos derechos y deberes

3.- Que AMBOS progenitores esperan y desean dar a sus hijos/as lo mejor para ellos/as

4.- Que la primera regla de oro es hablar y dialogar para encontrar soluciones

5.- Que hay más satisfacción en el GANAR-GANAR que en el Ganar, a secas y a toda costa

A la vuelta, encontraremos un escenario diferente, contribuyamos a que sea el mejor posible y más humano que nunca. Recordemos el valor de una sonrisa y adelante¡

SIN IRONÍA

Moisés Galán Cáceres

¡Vaya mañana!, pero por fin lo escuché…

-¡Visto para sentencia!,… ¿Qué hace, Letrado?

-Señoría, reviso la toga, me aseguro que está bien.

No quedaba ya nadie en la sala, a excepción de SSª.

-Letrado, ¿qué le ha dicho al Sr. Fiscal?

-Señoría, simplemente le he comentado que me alegraba de verle en un procedimiento de familia; … y bueno, que para mí era como un lince.

De verdad que esta vez no tiré de ironía, lo hice para romper el hielo con el MF –sentado igual que yo a la derecha del Tribunal, él defendiendo el interés del menor implicado en el divorcio- y con simpatía, al mostrarse a favor de mis argumentos de custodia compartida.

-¿Linces?...¿Y por qué se habrá molestado?....¿Por ser una especie en extinción?

-Señoría, al irse ya no estaba molesto, me espera abajo para tomar un café. Dudo que haya pensado en el peligro de extinción del lince, más bien en la dificultad de ver uno.

-A propósito Letrado, ¿su toga está bien?

-Inexplicablemente intacta, Señoría.

Ambos nos despedimos con una sonrisa cómplice.

CARTA A SS. MM. LOS REYES MAGOS

Angeles Albarca Ballester

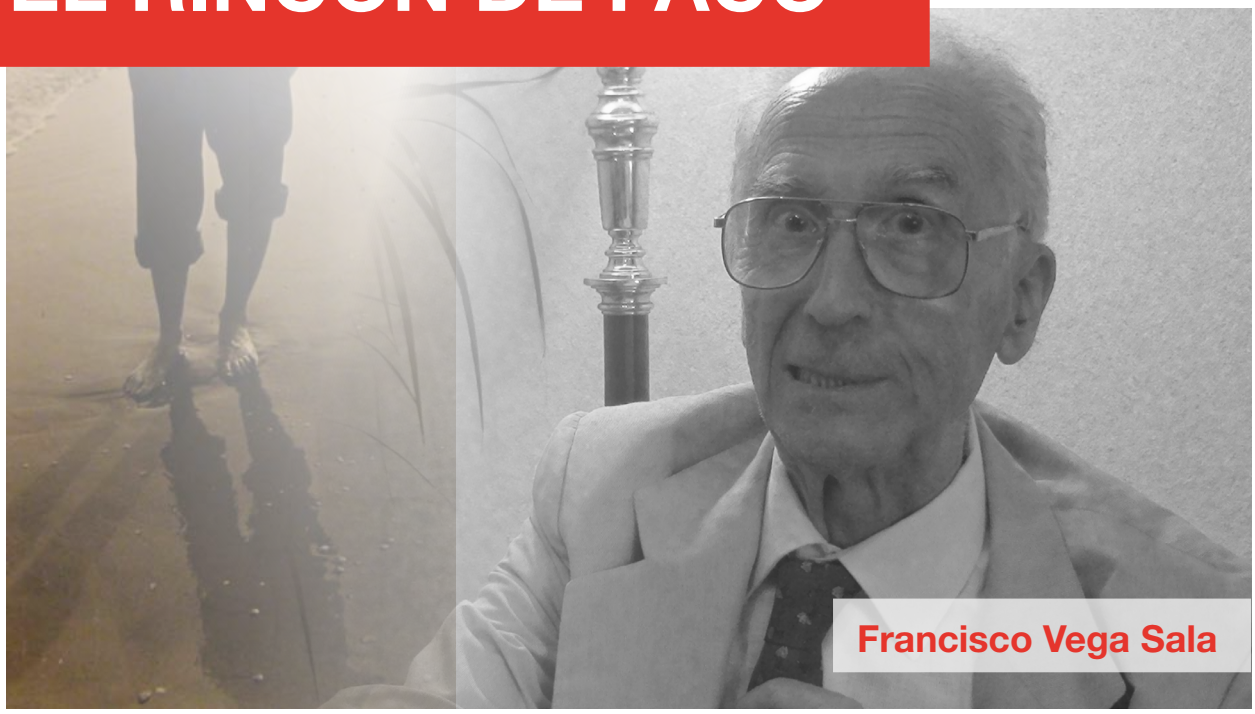
Queridos Reyes Magos:

Sé que esta carta os la estoy enviando demasiado pronto, pero es que necesito un regalo por adelantado: el don de la CLARIVIDENCIA.

Sí, suena un poco raro; sin embargo, trabajo como abogada de Derecho de Familia y me ha tocado lidiar en un momento global muy excepcional. Ha llegado a mi país, como en tantos otros, el coronavirus y con él la declaración de un estado de alarma que ha supuesto la paralización de prácticamente todas las actuaciones judiciales y suspensión de los juicios que ya estaban señalados.

Y claro, llegan las dudas de mis clientes, dudas que tengo yo misma ya que esta situación nunca se había vivido y no puedo echar mano de precedentes ni jurisprudencia consolidada porque no hay. Todos quieren saber qué va a pasar con su expediente … ¿Y yo qué voy a saber? Por eso la urgencia del regalo, para poder decirles lo que les va a ocurrir (y de paso conocer antes qué número va a salir en el Sorteo de Navidad y comprarlo ya).

Una abogada desesperada



Francisco Vega Sala

¿DICE LA LEY LO QUE DICEN LOS TRIBUNALES QUE DICE?

¿Puede un Juez de 1ª Instancia dictar una sentencia sobre determinada controversia, apoyándose en una doctrina contraria a la que reiteradamente, sobre el motivo de la controversia, ha establecido el Tribunal Supremo? Es decir, el Tribunal Supremo tiene establecida una determinada doctrina y el Juez de 1ª Instancia dicta su sentencia apoyándose en la doctrina contraria. A primera vista parece que no podría hacerlo, pero si aceptamos esta tesis ¿qué sentido tiene entonces la norma del art. 3º 1ª CC que establece que "Las normas se interpretarán según……la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas…"

Si no me equivoco, que pudiera equivocarme, los Juzgados y Tribunales, cuando dictan una sentencia, lo que hacen es decirnos lo que dice la ley sobre el tema discutido. Gómez Orbaneja define así la sentencia: "Es el acto del órgano jurisdiccional que se pronuncia sobre la pretensión deducida en la demanda, estimándola o rechazándola" (Derecho procesal civil, I, 8ª ed., Madrid, 1976, p. 414). La "pretensión deducida" es siempre sobre el contenido de una ley, contenido que el demandado no quiere aceptar.

Por tanto, el problema se asienta en esta pregunta que es la que me hago y les hago: ¿Dice la Ley lo que dicen los tribunales que dice? El legislador pretende que así sea, no solo por la forma con que exhorta a los jueces (art. 253 y ss. LOPJ y art. 23 y ss. LEC), sino también por la misma construcción. Si un tribunal dijera que la ley dice una cosa que en realidad no dice cabe el recurso, para que un tribunal considerado jerárquicamente superior deshaga el entuerto y diga que es lo que la ley dice. Es el juego de las instancias que, en nuestro ordenamiento, es oficialmente de dos. Los recursos extraordinarios no son instancias; todos lo sabemos a pesar de lo que hagamos.

Y cuando se llega a la última instancia ¿qué? Pues si el tribunal de la última instancia ha corregido el entuerto y ha dicho que lo que la ley dice es lo que nosotros decíamos, resulta que se ha conseguido lo que se pretendía. Pero ¿cómo se sabe si la sentencia dice verdad cuando dice lo que la ley dice? En realidad lo que nos preguntamos es ¿quién tiene la última palabra en el ordenamiento jurídico español ? Pregunta que se desdobla en estas dos: ¿Quién tiene la última palabra en el ordenamiento jurídico español según dicho ordenamiento? y realmente ¿Quién la tiene?

Formalmente, según el ordenamiento jurídico español tendrá la última palabra la sentencia que se dicte en la última instancia o la del último recurso extraordinario. Pero la segunda pregunta no parece que sea tan fácil de contestar, pues el art. 3º 1 CC nos dice que "Las normas se interpretarán según…… la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas….." y, a veces, tienen que aplicarse muchos años después .

"*Les jeux sont faits. Ne va plus*"

BOLETÍN DE INSCRIPCIÓN

A LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

D./D.ª .....

Fecha de nacimiento NIF ....

Colegiado ejerciente n.º Antigüedad del año ....

Del Ilustre Colegio de Abogados de .....

con domicilio en .....

Provincia CP ....

Calle/plaza .....

Teléfono ..... Fax .....

E-mail .....

SOLICITA su admisión como socio en la Asociación Española de Abogados de Familia, declarando no estar incurso/a en ninguna de las prohibiciones o incompatibilidades establecidas en el Estatuto General de la Abogacía o en los Estatutos de la Asociación, comprometiéndose a satisfacer la cuota anual que fije la Asamblea General, así como a respetar en su integridad las normas reguladoras de la Asociación.

DOMICILIACIÓN BANCARIA

Les ruego se sirvan atender los recibos presentados para su cobro por la Asociación Española de Abogados de Familia.

Titular de la cuenta .....

Banco.....

Dirección.....

CP ..... Población.....

Cuenta BIC __ __ __ __ __ __ __ __

IBAN __ __ __ __-__ __ __ __-__ __ __ __- __ __ __ __- __ __ __ __- __ __ __ __

En a ..... de ..... de .....

Fdo: .....

.....