REVISTA
Abogados de Familia

Asociación Española de Abogados de Familia OCTUBRE 2019

100

03 **Editorial** Déjame que hoy te lo diga

05 **Tema de Debate** ¿Qué problemas prácticos se presentan en la ejecución de los divorcios notariales?

27 **Jurisprudencia comentada** Temas analizados

■ **Nulidad matrimonial**: La esposa solo pretendía acceder a la nacionalidad española ■ **Patria potestad**: Privación cuando el padre renunció a la hija. Criterios para decidir la mejor opción respecto al colegio. Si el colegio es gasto extraordinario no puede resolverse por vía del art. 156 del CC ■ **Guarda y custodia**: No procede la custodia compartida de un menor con TDH. Que el menor no tenga habitación propia no es motivo para dejar sin efecto la custodia compartida ■ **Vivienda familiar**: Se atribuye a la madre el domicilio privativo del padre para garantizar una espacio donde pueda relacionarse con las menores ■ **Pensión alimenticia**: El padre no tiene que pagar el máster. Su falta de aptitud para el trabajo se debe al maltrato psicológico infligido por el padre. No procede limitar la pensión hasta los 24 años ■ **Gastos extraordinarios**: No consta el consenso respecto a los estudios universitarios del hijo en un centro privado de Madrid. No se abonan desde la interposición de la demanda ■ **Pensión compensatoria:** Con un año de relación es suficiente para extinguir la pensión. La testifical del hijo es suficiente para tener por acreditada la relación de pareja. Con la atribución del uso de la vivienda por cinco años queda compensado el desequilibrio ■ **Compensación por la extinción del régimen de separación:** Como contó con ayuda doméstica hay que moderar la compensación en un 50% ■ **Cuestiones procesales:** Debió continuar el procedimiento contencioso y no aprobarse un acuerdo básico e incompleto ■ **Ejecución de sentencias:** El incumplimiento de las visitas no es imputable a la madre. Se aprecia temeridad en la reclamación por impago de pensiones ■ **Regímenes económicos matrimoniales**: En separación de bienes no hay derecho de reintegro por el pago de la hipoteca. Aunque la indemnización era privativa no hay derecho de reintegro. No existe retraso desleal en la reclamación del reintegro ■ **Acciones de filiación**: Prueba biológica con material genético de parientes ■ **Uniones de hecho**: No existe derecho de reintegro entre convivientes de hecho.

74 **Casos prácticos**

75 **Noticias**

85 **Información bibliográfica**

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

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

PRESIDENTE DE HONOR
D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga
JUNTA DIRECTIVA D.ª M.ª Dolores Lozano Ortiz. Presidente
D.ª M.ª Dolores Azaustre Garrido. Vicepresidente
D. Jose Gabriel Ortolá Dinnbier. Tesorero
D. José Luís Ferrer-Sama Pérez. Secretario
D. Fernando Hernández Espino. Vocal
D.ª M.ª Mercedes Mira Cortadellas. Vocal
D Santiago de Miota Navarro. Vocal
D.ª María Pérez Galván. Vocal
D.ª Inmaculada Marín Carmona. Vocal
D. Kepa Ayerra Michelena. Vocal
D.ª Carmen López-Rendo. Vocal

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

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

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

Editorial

Déjame que hoy te lo diga

ES JUSTO, MUY JUSTO, QUE EN UN DÍA COMO ESTE, DÍA DE CELEBRACIÓN, AGRADEZCA TU VOCACIÓN Y DEDICACIÓN AL DERECHO DE FAMILIA

Tienes ante tus ojos, y en tus manos si es que la has impreso, el número cien de nuestra revista. ¿He dicho cien? Sí, he dicho cien.

Como ves, y has venido comprobando desde hace ya tiempo, la revista está, en su madurez, cada día más lozana y frondosa. Y hete aquí que, en este número tan especial, me regalan esta tribuna, enterita, desde la que poder dirigirme a ti. Tal ofrecimiento, considerando la gravedad del acontecimiento, he de confesártelo, me sume en la duda de cómo aprovecharlo y qué decirte.

En ello estoy, valorando cómo utilizar la oportunidad, cuando caigo en la cuenta de que lo mejor, cuando se está vacilante, es escuchar al corazón. No falla. Puesto a ello, oído atento, me dice que te trasmita… ¿cómo?; sí, ¡agradecimiento! Piénsalo –me dice. Y lo hago, cayendo en la cuenta de que es justo, muy justo, que en un día como este, día de celebración, agradezca tu vocación y dedicación al Derecho de Familia. Dedicarte a este ámbito del ejercicio profesional dice muchas cosas de ti. Me habla, así de entrada, de tu sensibilidad. ¡No puedes no serlo y trabajar en esto! Eres sensible, ¡y lo sabes!

Y eres también una persona comprometida. Sí, y ello se denota con tu simple y sencilla participación en nuestra Asociación Española de Abogados de Familia. Pertenecer a ella te define. Tal pertenencia, en lo más básico, ya supone un esfuerzo, y tal esfuerzo merece ser reconocido.

Sin embargo, el agradecimiento no puede ceñirse a esa mera pertenencia. Tu participación en la AEAFA me

permite descubrir más cosas que agradecerte.

Así, me permite reconocer en ti una valiosa cualidad profesional: la inquietud. Puedo ver que tu trabajo te inquieta sobremanera. Has caído en la cuenta, seguramente hace ya muchos años, que ejercer la abogacía de familia resulta muy complicado, lleno de entresijos técnicos, lleno de matices, lleno de grises… Y todo ello, constatando las dificultades que tal complejidad genera en la cotidianeidad de tu trabajo, ha procurado en ti el deseo e inquietud de saber. Saber más. Siempre más. Estudias algo y constatas que no es suficiente, que siempre queda algo por descubrir, una doctrina, una sentencia que te permita contribuir a que se haga efectiva justicia.

ESTUDIAS ALGO Y CONSTATAS QUE NO ES SUFICIENTE, QUE SIEMPRE QUEDA ALGO POR DESCUBRIR, UNA DOCTRINA, UNA SENTENCIA QUE TE PERMITA CONTRIBUIR A QUE SE HAGA EFECTIVA JUSTICIA.

Y tal inquietud, ya te lo digo, revela otra cualidad que mantienes: la responsabilidad. Eres consciente, muy consciente, cada mañana, cuando inicias tu jornada, de que participas valiosísimamente en un sistema que procura decisiones fundamentales. Eres consciente del modo en que tu actuación diaria puede afectar profundamente a la vida de tus clientes. Profundamente. En su esencia. En su mismo ser. Eres plenamente consciente de que tus decisiones, tus valoraciones, tus consejos y tu completa actuación puede tener un efecto determinante en otras vidas. Vidas que no te son ajenas, aunque te resistas pretendiendo que lo sean.

Y esa responsabilidad tuya me permite ver en ti otro adorno precioso: tu generosidad. Seguramente no eres consciente de ello, pero rebosas generosidad. Ya te lo digo yo. Y eso se percibe simplemente porque, sin que siquiera caigas en la cuenta, sueles dar más de lo que recibes y, desde luego, siempre das todo lo que tienes. No te reservas. Te vacías con cada cliente, en cada asunto, sin escatimar esfuerzo. Das demasiado, incluso tu emoción, sentimientos y ánimo, desgastándote en ello. La constante preocupación por aquellos que han depositado en ti su confianza te hace darles tu tiempo, tu sueño, tus fuerzas… Pierdes tu vida con la esperanza de que, con ello, otros la reciban. ¡Impresionante!

Y esa generosidad tuya -déjame también que hoy, en este día, acaricie tu alma posiblemente maltrecha por el duro camino profesional- expresa algo más profundo, una vocación íntima de tu corazón: la de hacer el bien a otros. Esa generosidad, hablemos claro, demuestra que amas.

Y por eso, por todo eso, es por lo que hoy debo aprovechar estas líneas para darte las gracias. Unas gracias a las que solamente pongo voz y que, en realidad, vienen de todas aquellas personas que te entregan cada día lo más preciado que tienen, su vida entera, en la completa confianza de que tú, con tu inquietud, responsabilidad, generosidad y amor, vas a donarte completamente a ellas con intención de devolverles una vida más feliz. ¡¡GRACIAS DE CORAZÓN!!

José Gabriel Ortolá Dinnbier
Tesorero de la AEAFA

Tema de Debate

¿Qué problemas prácticos se presentan en la ejecución de los divorcios notariales?

XAVIER ABEL LLUCH
Magistrado. Barcelona

Una de las novedades de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, es la posibilidad de instar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, siempre que o ante Notario, siempre que, entre otros requisitos:

a) No existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de los progenitores. En caso contrario, el conocimiento y tramitación del procedimiento de divorcio, aun cuando sea de mutuo acuerdo entre los cónyuges, está reservado al órgano judicial;

b) De existir hijos mayores o menores emancipados deberán prestar su consentimiento ante el Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

A continuación planteamos algunos de los problemas que pueden plantearse en ejecución de las escritura públicas de divorcio de mutuo acuerdo ante Notario:

1º.- La copia electrónica de la escritura pública.

El artículo 28 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia, regula las copias electrónicas y les otorga la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en las leyes procesales.

Podría impugnarse la exactitud o integridad de la copia electrónica de la escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo ante Notario, a los efectos del despacho de la orden general de ejecución, alegando que la copia electrónica se presenta incompleta o inexacta.

En tal caso entiendo que lo procedente es que, a instancia de la parte impugnante de la exactitud o integridad de la escritura pública, requerir al Notario para que remita una copia autorizada en soporte papel de la escritura pública de divorcio y despachar, si procede, la ejecución a la vista de la escritura pública en soporte papel.

2º.- La presentación de escritura pública tras la no admisión a trámite del convenio por un Letrado de la Administración o por otro Notario.

Los comparecientes ante Notario tienen el deber de indicar "que el convenio presentado no ha sido anteriormente presentado a otro notario o letrado de la administración de justicia, que lo haya rechazado por las razones contenidas en el art. 90.2 del Código Civil" (esto es, "Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador").

Es un supuesto tal vez difícil de imaginar, pues es de suponer que la circunstancia de la existencia de un previo convenio rechazado por el Letrado de la Administración de Justicia u otro Notario será advertida por alguno de los abogados intervinientes en la firma. Si no obstante –por cambio de abogados de las partes- no se advierte la existencia del previo rechazo, podría eventualmente negarse el despacho de la ejecución, pues los términos del art. 90.2 CC son claros en el sentido que, una vez terminado el expediente por falta de aprobación del Letrado de la Administración de Justicia o del Notario, solo se puede acudir al Juez para la aprobación del convenio.

3º.- La escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo que reconoce una pensión compensatoria que había sido denegada en el previo proceso de separación contencioso.

El supuesto que puede plantearse es el siguiente. Uno de los cónyuges ha acudido a un proceso previo de separación contenciosa en el que se le ha denegado la concesión de una pensión compensatoria, por no concurrir el presupuesto del desequilibrio económico (art. 97 CC).

Con posterioridad los cónyuges y con abogados distintos de los que intervinieron en el proceso contencioso de separación, acuden a un Notario para otorgar una escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo en cuya propuesta de convenio regulador se incluye una pensión compensatoria a favor del cónyuge que le había sido denegada en el previo proceso de separación, extremo que es desconocido por los abogados intervinientes en el divorcio notarial y por el propio notario.

En este caso, y en caso de impago de la pensión compensatoria y ejecución del divorcio notarial, entiendo que no resultaría posible tal ejecución puesto que se trata de un efecto que no podía incluirse en el convenio, dado que la pensión compensatoria debe otorgarse o denegarse en el previo proceso de separación (momento del cese de la convivencia conyugal). Se trataría de una estipulación en la escritura pública notarial excluida de la ejecución.

4º.- La escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo en que los hijos mayores de edad no han consentido el divorcio de sus padres ni las medidas que les afecten.

Dispone el artículo 82 CC, al que remite el artículo 87 del mismo Cuerpo Legal, que "los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario Judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar".

Se trata de un requisito de validez del otorgamiento de la escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo, de suerte que la ausencia del consentimiento de los hijos mayores de edad impide que se pueda despachar ejecución de la escritura pública. La parte ejecutada podría oponerse alegando defectos procesales y, en concreto, la nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la escritura pública los requisitos necesarios para llevar aparejada la ejecución (art. 559.1.3º LEC).

5º.- La escritura pública de divorcio en la que uno o ambos cónyuges no son españoles o no residen en España.

En principio es posible la ejecución, si bien deberá tenerse en cuenta la autoridad (en este caso, el Notario) ante el cual deberá otorgarse el divorcio, en función de Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003; así como la ley aplicable al divorcio, en función del Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre.

6º.- La escritura pública de divorcio notarial en que los cónyuges ocultan que la mujer está embarazada.

Aun cuando la Ley de Jurisdicción Voluntaria no lo dice expresamente, al concebido debe tenérsele por nacido a todos los efectos favorables (art. 29 CC), de modo que existiendo un embarazo deberá entenderse que existe ya un hijo, en cuyo caso no se cumplen los requisitos esenciales para el otorgamiento de la escritura pública del divorcio notarial, y deberá acudirse al divorcio por vía judicial.

Si se intentaré la ejecución judicial de la escritura pública, podría oponerse por el ejecutado el defecto formal de nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la escritura pública los requisitos necesarios para llevar aparejada la ejecución (art. 559.1.3º LEC).

7º.- La ejecución de la atribución del uso del domicilio conyugal.

En la escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo se conviene la atribución del uso del domicilio conyugal al cónyuge que se considera como el interés más necesitado de protección (art. 96 CC), otorgando un breve plazo (entre 15 y 30 días) al cónyuge no beneficiario para que abandone el que fuera domicilio conyugal con sus ropas y enseres personales.

Puede suceder que haya vencido el plazo para el abandono voluntario del domicilio conyugal sin que el cónyuge no beneficiario haya efectuado el abandono voluntario, obligando al cónyuge beneficiario de la atribución del uso a la interposición del correspondiente procedimiento ejecutivo interesando se proceda al abandono.

En tal caso, resulta oportuno acudir a la fuerza coercitiva de las

resoluciones judiciales y requerir a la parte ejecutada para que abandone el domicilio en un breve plazo temporal o que alegue, en su caso, la justa causa que se lo impida. De no existir justa causa que impida el desalojo por el cónyuge no beneficiario de la atribución del uso, la resolución judicial en sede de ejecución deberá proceder al desalojo de dicho cónyuge, con auxilio, si menester fuera, de la fuerza pública.

8º.- La liquidación de la sociedad de gananciales sin inventario.

Los cónyuges acuerdan la disolución de la sociedad de gananciales en la escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo con una cláusula del tenor literal siguiente: "Queda disuelta la sociedad de gananciales vigente hasta ese momento", pero no formalizan un inventario del activo y del pasivo, ni acompañan una propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales.

Puede suceder que uno de los cónyuges interese la ejecución de esta cláusula y el reparto y adjudicación de los bienes que forman la sociedad de gananciales, pese a que en la escritura pública de divorcio no consta su inventario ni su detalle.

En tal caso, deberá acudirse al procedimiento regulado y previsto en el artículo 806 LEC, que contiene la doble fase de formación de inventario y de liquidación del régimen económico matrimonial.

PEDRO ALEJANDREZ PEÑA

Letrado de la Administración de Justicia (jub.) y Profesor de Universidad
Córdoba

En el momento de presentar esta demanda, al amparo del art. 90.2, último pfo, CC, y art. 517.2, 4º LEC, la ejecución dineraria, en la que nos vamos a centrar por motivos de brevedad y de más habitualidad, presenta en la práctica una clara problemática procesal a diferencia de la dimanante de título judicial o procesal. Veamos las distintas instituciones procesales afectadas:

COMPETENCIA TERRITORIAL: Al no estar previamente establecido el órgano competente, como ocurre en la judicial, debemos aplicar el art. 545.3 y ss LEC, y por lo tanto, el fuero general del art. 50 LEC, y no el de los procesos matrimoniales.

Y, entendemos, ha de ser un Juzgado de 1ª Instancia ordinario, y no los que ejercen funciones exclusivas en Familia, salvo lo establecido en normas de reparto.

POSTULACIÓN: El Letrado que intervino en el convenio podrá asistir a una de las partes (art. 81.1 CC), pero no a la otra, por lo que habrá de nombrarse, al menos, otro abogado, y por supuesto procuradores. (art. 539 LEC). La basada en título judicial o procesal, viene ya normalmente designados tales profesionales.

En caso de solicitud de JUSTICIA GRATUITA, habrá que realizar sus trámites, con un nombramiento previo, o con suspensión del procedimiento, si se ha iniciado.

LA DEMANDA: Ha de contener los requisitos del art. 549.1 y concordantes LEC, por cantidad superior a 300 € (art. 520 LEC); en la judicial o procesal basta simple solicitud, por cualquier cuantía (art. 549.2 LEC).

REPARTO DE ASUNTOS: Naturalmente se procederá al reparto de la demanda, que se presentará ante el Juzgado Decano (arts. 68, 69

y 70 LEC).

TRÁMITES : En este tipo de EJECUCIÓN DINERARIA, se ha de practicar judicialmente (o previo notarial) un requerimiento de pago en el domicilio o donde se halle el ejecutado para el abono en el acto, y, en su caso, el embargo posterior, lo que va a retrasar sus trámites y la efectividad del embargo que no es inmediata. Así lo dispone los arts. 581, ss y concordantes de la LEC.

En caso de OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN: Las causas son más amplias que las basadas en título judicial o procesal, además de que en la notarial implica la suspensión del curso de la ejecución, y no en aquéllas; como dispone el art. 557. 1 y 2, respecto del art. 556. 1 y 2 LEC. Además, entendemos, que a través de la oposición se permite al Juez, comprobar y revisar todos los requisitos legales establecidos para la admisibilidad de este supuesto de divorcio o separación notarial.

A modo de CONCLUSIÓN PRÁCTICA: El DIVORCIO O SEPARACIÓN NOTARIAL, posiblemente se lleva a cabo de forma más rápida, en el caso de que los Juzgados sufran un significativo atraso, pero la EJECUCIÓN DINERARIA va a ser más lenta que la basada en título judicial o procesal. Por supuesto, aunque no hemos hecho referencia por las razones expuestas, es admisible la ejecución de las distintas modalidades de ejecución no dineraria cuya materia se encuentre contenida en los acuerdos divorcio expresados en la escritura.

SONIA ÁLVAREZ
Abogada. Barcelona

Procede, en primer lugar, señalar una realidad obvia: la ejecución de un divorcio notarial sigue un trámite procesal distinto de la ejecución de una sentencia de divorcio y esta diferenciación, ha de llevar a los abogados de familia a un trabajo de análisis para garantizar la prosperabilidad de la ejecución de la escritura notarial. A tal fin, es interesante el Auto de la AP Cádiz, de 20 de febrero de 2017, Sección 5ª (recurso 387/2016) en el que se ratifica la inadmisión de la demanda de ejecución instada por la ejecutante pretendiendo la ejecución por el trámite de títulos judiciales alegando el artículo 776 LEC cuando lo que ejecutaba era una pensión compensatoria acordada en escritura notarial.

Dicho lo anterior, la primera cuestión que se plantea es el tribunal competente: en principio, al tratarse de una escritura notarial, prima facie parecería que la competencia es del Juzgado de Primera Instancia del domicilio del ejecutado (ex art. 45 en relación con el art. 50.1 LEC). En los partidos judiciales con Juzgados especializados en Familia, se están comenzando a producir las primeras cuestiones de falta de competencia por parte de dichos juzgados que plantean que las competencias corresponden, precisamente a los Juzgados de Primera Instancia ordinarios. Sin embargo, según se comentó en el último encuentro de Abogados de Familia y Magistrados en el CGPJ, la Audiencia de Madrid (Sección 24) ya se ha pronunciado a favor de la competencia del Juzgado de familia para la ejecución de estos divorcios y, en el mismo sentido también se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona, en Auto de 29.5.2019, Recurso 1/2019, Resolución 248/2019.

A nivel práctico, es muy importante tener presente que la ejecución del divorcio notarial, como título no judicial, necesitará que la cantidad quede líquida y determinada. Así parece deducirse del art. 520 LEC

("solo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada"). Esta circunstancia puesta en relación con el artículo 573.1.2º LEC, creo que nos obligará a los abogados a pactar ya en los convenios de divorcio notarial, las formas de determinación o cierre contable de las deudas en caso de incumplimientos, así como también la inclusión, o no, de las especialidades del artículo 776 LEC (si deseamos que las futuribles ejecuciones de divorcios notariales sean lo más rápidas y eficaces posibles).

También es importante que tengamos presente que, a tenor del artículo 581 de la LEC, la ejecución dineraria derivada de divorcio notarial exige el requerimiento previo al ejecutado. Requerimiento que, o bien se realiza notarialmente con al menos diez días previos a la interposición de la demanda de ejecución, o bien, deberá realizar el Tribunal. Como el artículo 582 LEC nos da cierto juego en cuanto al domicilio de requerimiento, considero que también este extremo podría ser regulado por los abogados en el convenio de divorcio notarial.

Y finalmente, en cuanto a la ejecución no dineraria (de hacer) que podamos pactar en los divorcios notariales, debemos tener presente los abogados que si no prevemos voluntariamente la aplicación del artículo 776 y concordantes de la LEC sobre las especialidades en la ejecución de resoluciones de familia, estaremos a lo dispuesto en el artículo 699 y siguientes de la LEC.

A modo de conclusión: considero que el divorcio notarial nos va a llevar a la necesidad de salir de nuestra zona de confort respecto a la forma de ejecución en caso de incumplimiento al abocarnos a la ejecución de títulos no judiciales por lo que sería muy interesante que comencemos a valorar la conveniencia de introducir en estos convenios notariales las cláusulas de ejecución a fin de darles a estos divorcios la máxima efectividad en caso de incumplimientos.

JOAQUÍN BAYO DELGADO
Abogado. Magistrado (jub.)
Barcelona

Hemos de distinguir entre 1) los divorcios ante notario español y ejecutados en España, 2) los divorcios notariales españoles que han de ser ejecutados en el extranjero y 3) los divorcios notariales extranjeros ejecutados en España.

El problema esencial es el cauce de ejecución en caso de impago o incumplimiento de obligaciones económicas. Puesto que el notario no tiene imperium para la ejecución, deben ser los juzgados los que ejecuten. Se trata, por tanto, del cauce previsto en el artículo 545.3 LEC; eso significa que las causas de oposición son las previstas en el artículo 557.1 LEC. En la práctica, por tanto, podrán ser alegadas en ejecución la compensación de deuda documentada en otro título (art. 557.1.2ª) o las cláusulas abusivas (art. 557.1.7ª).

La declaración de divorcio notarial española, paradójicamente, se equipara a la judicial cuando han de ser reconocida en otros países de la UE (salvo Dinamarca). En efecto, en cuanto a la declaración de divorcio, los notarios son "órganos jurisdiccionales" porque encajan en esa definición del artículo 2.1) del Reglamento 2201/2003, de manera que la declaración de divorcio emana de un órgano jurisdiccional. En cuanto a las obligaciones pecuniarias (alimentos para los hijos mayores

o pensiones compensatorias), incluyendo también a Dinamarca, estaremos ante un documento público con fuerza ejecutiva del artículo 2.1.3) del Reglamento 4/2009 y su ejecución será vía su artículo 48, que lo equipara a las resoluciones judiciales. Los pactos liquidatorios, en los países participantes en el Reglamento 2016/1103 y posteriores al 28/01/2019 (art. 69.2), podrán ser ejecutados según el artículo 59 del Reglamento, con la peculiaridad de que solo cabrá oponer orden público (art. 59.3).En los supuestos distintos a los mencionados, debemos ver qué convenios multilaterales o tratados bilaterales unen España y el país de ejecución en cada una de las materias citadas.

Para la ejecución de divorcios notariales extranjeros, lo dicho para la ejecución en los países europeos será de aplicación a la ejecución de sus divorcios en España. Para los divorcios de los demás países habrá que analizar el caso a la luz de los posibles convenios o tratados y, en su defecto o complementariamente, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 11 y 12 y disp. ad. 3ª), la Ley del Registro Civil (especialmente la nueva, cuando entre en vigor, arts. 27, 61 y 97) y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (capítulos V y VI y disp. ad. 1ª).

ROSALÍA FERNÁNDEZ ALAYA
Magistrada. Las Palmas

El planteamiento de esta cuestión requiere considerar que el divorcio notarial se formaliza en una escritura pública con dualidad de contenidos: 1. La disolución del divorcio por consentimiento de los cónyuges (art. 87 CC, si se dan los requisitos previstos en el art. 82); 2. Los efectos pactados de tal disolución, equivalentes al convenio regulador ex 90 CC, e incluso otros pactos que pueden ser ajenos a la misma, sin que pueda servir no obstante como cauce formal para actos de significación negocial propia (cuestión importante, por ejemplo, al momento de realizarse alguna adjudicación de bienes, vd. Resolución DGRN de 16 octubre 2014).

Los efectos de la disolución son los mismos inherentes al divorcio judicial desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges, con naturaleza constitutiva de la escritura notarial y acceso a los registros públicos. Sin embargo, cuando en el divorcio notarial exista algún elemento extranjero y el matrimonio no esté inscrito en el Registro Civil español, debe practicarse la inscripción en el Registro Civil Central como soporte a la del divorcio. Es muy conveniente que, de no haberlo hecho con anterioridad, estos cónyuges otorguen también ante notario un acto de elección de ley aplicable al divorcio, para facilitar la circulación internacional del documento, su reconocimiento y ejecutividad; lo que, en principio, no debería ofrecer problemas en territorio de la Unión Europea (tampoco para que los derechos económicos matrimoniales adquiridos a resultas de la escritura sean aceptados en los Estados miembros, en particular a partir del Reglamento (UE) 2016/1103), pero sí podría plantearlos en territorio de un Estado no miembro.

Por su parte, el convenio regulador pactado podrá hacerse efectivo por la vía de apremio desde el otorgamiento de la escritura (art. 90.2 CC), pero sin olvidar que nos hallaremos ante una acción ejecutiva basada en título no judicial (art. 517.2.4º LEC) en cuyo procedimiento rigen normas diferentes: no se aplica el plazo de caducidad del art.

518 LEC ni el de espera del art. 548 LEC, existen límites para el despacho en la ejecución dineraria (art. 520.1 LEC), reglas distintas sobre la competencia en el proceso de ejecución (art. 545.3 LEC), así como los motivos de oposición (art. 557 LEC) y sobre la continuación de la ejecución pese a la oposición (que en caso de título no judicial se suspende, art. 557.1 LEC). Se plantea además en la doctrina si pueden ser o no aplicables las especialidades previstas en el art. 776 LEC, en especial sobre las multas coercitivas a la parte ejecutada.

En definitiva, en la línea de otras modificaciones legislativas en materia de familia, el legislador ha realizado una adaptación parcial sustantiva y procesal de modo muy sesgado y asistemático. Urge una regulación completa y con rigor técnico.

EDUARDO HIJAS FERNÁNDEZ
Magistrado (jub.). Madrid

De entre los muchos problemas que suscita la ejecución judicial de los denominados divorcios notariales destaca, en primer lugar, el concerniente a qué Juzgado es competente para conocer de dicho procedimiento.

Al tratarse de obligaciones recogidas en una escritura pública (art. 517-4º L.E.C.), la solución al respecto viene dada desde el artículo 545-3, conforme al cual, y sin perjuicio de otras alternativas, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo dispuesto en los artículos 50 y 51.

Partiendo de dicha dicción legal se sostiene, desde diversos ámbitos judiciales y doctrinales, que los Juzgados competentes son los de Primera Instancia ordinarios y no los de Familia, en cuanto además las competencias de estos últimos se encuentran acotadas por el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio.

Sin embargo no puede desconocerse que los Juzgados de Familia siguen siendo Juzgados de Primera Instancia y, al no hacerse mención alguna a los primeros en la Ley de Enjuiciamiento Civil, les son aplicables todas las previsiones contenidas en la misma respecto de los segundos, por lo que no puede, bajo tal planteamiento, descartarse su competencia en este ámbito.

De otro lado, obvio es que la ejecución de los acuerdos plasmados en un convenio notarial de divorcio, y relativos a las medidas que regulan los artículos 91 y siguientes del Código Civil, implica necesariamente una actuación judicial prevista en el Título IV del Libro I del Código Civil, por lo que, bajo tales previsiones normativas, no puede excluirse la competencia de los Juzgados de Familia en aquellas poblaciones en que los mismos han sido constituidos.

CARMEN LÓPEZ-RENDO
Abogada. Cantabria

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria posibilita que los cónyuges sin hijos o con hijos mayores de edad puedan divorciarse o separarse de mutuo acuerdo ante Notario, mediante escritura pública, que se compone de una declaración de voluntad de los cónyuges de divorciarse y la incorporación del convenio regulador de divorcio.

El divorcio notarial tal como se encuentra regulado plantea problemas jurídicos de toda índole. En estas líneas únicamente voy a centrarme en los siguientes:

1. ADMISIBILIDAD O NO DE REPRESENTACIÓN.

El tenor literal del artículo 82.II, "Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal…", plantea la duda de si estamos ante un acto personalísimo respecto del cual no cabe la representación.

No se ha realizado ninguna mención expresa por parte del legislador, como ocurre en el testamento, art. 670 CC. No se comprende que sea admisible el poder para contraer matrimonio (c.fr. art. 55 CC) y no pueda disolverse el matrimonio ante notario por poder especial generando un tratamiento que atenta contra el principio de igualdad, pues en el divorcio de mutuo acuerdo judicial se viene admitiendo la ratificación ante el Juez por medio de un representante con poder especial en el que suele incorporarse el convenio regulador respecto del cual presta su consentimiento el cónyuge poderdante.

No parece que exista una justificación a esta limitación habida cuenta que, ya sea en el otorgamiento de la escritura de poder o en el otorgamiento de la escritura de divorcio el cónyuge prestará su consentimiento ante la misma autoridad (el notario) y que, si se quiere limitar la representación por la importancia del acto, bastaría con rodear al otorgamiento del poder de los mismos requisitos que se exigen a la escritura de divorcio (asistencia letrada e incorporación del convenio regulador).

2. CONSECUENCIAS FISCALES. En aquellos convenios en que se efectúen adjudicaciones entre cónyuges, liquidaciones de bienes ganaciales o fijación de indemnización por razón del trabajo, al otorgarse en escritura pública estará sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de elegir esta forma de divorciarse.

3. ¿PUEDE EL NOTARIO DECLARAR EL DIVORCIO Y NO APROBAR EN TODO O EN PARTE EL CONVENIO REGULADOR?. El artículo 90 C.c. se refiere a "cónyuges" y "unidad de acto", de modo que la disolución y las medidas que afectan a la nueva situación habrán de ir unidas en un solo trámite. De estimar el notario que alguna cláusula del convenio es perjudicial o dañosa para uno de los cónyuges (artículo 97 C.c. sobre pensión compensatoria) o los hijos mayores o menores emancipados afectados (artículo 93 C.c.), deberá dar por terminado el expediente sin la declaración del divorcio.

4. ¿TERMINADO EL EXPEDIENTE NOTARIAL PUEDEN ACUDIR LOS CÓNYUGES A OTRO NOTARIO COMPETENTE?. Y SI ESTE SEGUNDO NOTARIO NO APRECIA QUE LAS CLÁUSULAS DEL CONVENIO SON PERJUDICIALES? ¿COMO SE RESUELVE EL CONFLICTO ENTRE LAS DECISIONES NOTARIALES?. Comparto las soluciones que propone RODRÍGUEZ DÍAZ (*EL DIVORCIO NOTARIAL EN ESPAÑA (perspectiva en Derecho Comparado y problemática de la actual regulación).Revista Jurídica de Asturias nº 41, 2018*) para evitar estos problemas: "Esta circunstancia podría evitarse plasmando documentalmente el notario la solicitud y tramitación previas a la escritura pública, o certificando el notario que no se autorizó la solicitud y queda expedita la vía judicial (como regula el artículo 8 del Decreto-Ley nº 154/1994 cubano), o con manifestación expresa de las partes en el convenio de que no se ha denegado por ningún notario con anterioridad y, a mayores,

con la creación de un Registro de Divorcio Notarial donde se inscriban las solicitudes y su resolución".

5. ¿PUEDE ACUDIRSE A UN DIVORCIO NOTARIAL SI LA ESPOSA ESTA EMBARAZADA? RODRÍGUEZ DÍAZ estima que tampoco parece competencia notarial el divorcio cuando la esposa está embarazada. Las previsiones protectoras del nasciturus, según los artículos 29 y 30 del Código civil, al que se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, justifican la intervención del Ministerio Fiscal velando por el interés del menor y, por tanto, el divorcio deberá ser judicial. A estos efectos puede considerarse suficiente la declaración jurada de la esposa en el sentido indicado, como exigen las legislaciones ecuatoriana y peruana para el caso de hijos menores o incapaces.

6. EJECUCIÓN DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO NOTARIAL. Otro de los problemas que plantea el divorcio notarial es el que afecta al procedimiento y órgano competente para ejecutar los efectos del divorcio acordados. Nos encontramos ante una escritura pública como Titulo ejecutivo que lleva aparejada ejecución, conforme el art. 517.2.4 LEC que da lugar a la EJECUCIÓN DE TITULO NO JUDICIAL, la cual no podrá despacharse por cantidad determinada inferior a trescientos euros, tal como dispone el artículo 520 LEC, límite a tener en cuenta, por ejemplo, a la hora de exigir el cumplimiento de pensiones compensatoria o de alimentos a hijo mayor debidas.

La ejecución de título no judicial corresponderá al Juzgado de primera instancia que por turno corresponda y no al juzgado de familia al no existir resolución judicial previa.(Art. 545 LEC).

Esto significa que si han de ejecutarse medidas que afectan a pensiones compensatorias, liquidación de régimen económico matrimonial, alimentos hijos mayores, ello deberá ser realizad por el Juzgado competente conforme el articulo 545 LEc

7. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS DISPUESTAS EN EL CONVENIO REGULADOR. ¿Puede modificarse o extinguirse una pensión compensatoria o los alimentos de hijos mayores?.

a) Si es de mutuo acuerdo el artículo 54 de la Ley del Notariado reconoce la competencia del fedatario del último domicilio común, o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes, que está sujeto a alteración, pudiendo presentarse la solicitud ante cualquiera de los posibles.Esto significa que no tiene que ser ante el mismo notario que declaró el divorcio con los efectos derivados del mismo.

b) Si no existe mutuo acuerdo, se plantea el problema de si pude modificarse, ante que órgano y cual es el procedimiento a seguir?. Estimo que aunque el artículo 91 del CC solo se refiera a las medidas adoptadas mediante resolución judicial como las que pueden modificarse si se produce una alteración de circunstancias, a fin de respetar el principio de igualdad constitucional consagrado en el artículo 14 ce la CE, habrá que concluir que al aludir el artículo 775 de la LEC a "la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges" si cabe que puedan ser modificadas judicialmente aun cuando los efectos se hayan acordado ante Notario, pues ante este funcionario público se convinieron las medidas.

Si pueden modificarse, la siguiente pregunta que hemos de respondernos es ¿Quién es el tribunal competente para conocer y resolver de la modificación de efectos?. El artículo 775 indica que estas peticiones se tramitaran conforme a lo dispuesto en el artículo 770 de la LEC y el órgano competente será el juzgado que dispone el artículo 769 y ha de solicitarse ante el tribunal que dictó las medidas. Aquí está el principal problema, puesto que no existe tribunal que dictara las medidas, pues las mismas fueron adoptadas por el Notario.

En mi opinión y con la regulación como se encuentra actualmente habría que dirigir la demanda al juzgado que por turno corresponda, aunque lo deseable sería que fueran turnados a los juzgados especializados en familia, Por ello es preciso que en una futura reforma se corrijan estos problemas y se atribuya su conocimiento y resolución a los juzgados especializados en familia.

8. INCUMPLIMIENTOS DE PENSIONES COMPENSATORIAS Y ALIMENTOS QUE CONSTEN EN ESCRITURA PUBLICA no dan lugar a la apertura de diligencias penales por impago de las prestaciones económicas establecidas para los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial del artículo 227 del Código penal, pues están limitadas a los casos de previsión en una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial competente, que establezca cualquier tipo de prestación económica a favor de los hijos del matrimonio o/y del ex cónyuge, en los casos, por lo que nos afecta, de divorcio, haciendo de la resolución judicial un elemento constitutivo del tipo penal.

JORGE MARFIL

Abogado. Madrid

Dado que el divorcio ante notario se limita a los matrimonios en que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, el contenido del convenio se reduce, en su caso, a la determinación de la pensión compensatoria y a la liquidación del régimen económico y, existiendo hijos mayores dependientes económicamente de sus progenitores podrán fijarse pensión alimenticia para ellos. Tales medidas son las mismas a adoptar en el divorcio judicial. Dada esta identidad entre las medidas a adoptar, entiendo que la ejecución de las acordadas en el divorcio notarial no plantea problemas distintos de los que puedan surgir en la ejecución de Sentencia.

Hasta ahora solo he llevado una ejecución de esta índole, sin ninguna incidencia especial.

MERCÈ MIRA

Abogada. Barcelona

Yo de momento no he tenido que ejecutar ningún Divorcio Notarial, porque todos los que he hecho no han planteado ningún problema de ejecución, dado que, quedó liquidado el patrimonio común con las disoluciones de condominios en la propia escritura de divorcio, no había hijos mayores de edad que aún dependiesen económicamente de los padres, ni pago de Compensación económica por razón del trabajo (art. 232-5 Codi Civil de Catalunya), ni pago de Prestación compensatoria (art. 233-14 CCCat.).

La Escritura de Divorcio Notarial es ejecutiva, como lo son las Sentencias y Decretos de Divorcio por el art. 517 LEC.

Para mí el PROBLEMA es COMO está regulada la Ejecución en la LEC, pues está "pensada" básicamente para cuestiones económicas y no tanto no para cuestiones familiares.

Si bien tenemos las Especialidades 3ª y 4ª del art. 776 LEC, para el caso, de que por ejemplo una parte:

- No pague la Pensión Compensatoria o la Pensión de Alimentos para el hijo mayor de edad, sólo tenemos la Especialidad 1ª del art. 776 LEC.
- Obstaculice y/o impida la venta de un bien inmueble, que implica que estaría incumpliendo una obligación no pecuniaria sino de carácter personalísimo, sólo tenemos la Especialidad 2ª del art. 776 LEC.

En ambos casos se imponen MULTAS COERCITIVAS, pero no dan una respuesta satisfactoria ni inmediata.

Otro problema es la rigidez de las CAUSAS TASADAS DE OPOSICIÓN, tanto de forma como de fondo.

La SOLUCIÓN pasa por creación de una JURISDICCIÓN exclusivamente ESPECIALIZADA en FAMILIA.

Como vienen reivindicando y reclamando tanto la AEAFA, como la Societat Catalana d' Advocats de Família (SCAF), desde sus respectivas constituciones: 1993 y 2003.

No se ha efectuado una reforma en profundidad, ni sustantiva ni procesal desde "La Ley del Divorcio" de 1981.

A pesar de los esfuerzos y continuas reclamaciones y reivindicaciones de los ABOGADOS DE FAMILIA.

El día 18 de Octubre de 2005, nuestro "Trio de Ases": Don LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIGA (por la AEAFA y su Presidente de Honor), y Don FRANCESC VEGA SALA y Don RAMÓN TAMBORERO DEL PINO (por la SCAF) comparecieron en el CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, en relación a la Proposición de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, para proceder a la creación de la Jurisdicción Especializada en Derecho de Familia, Persona y Menores. Las 3 Ponencias fueron publicadas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 391 del mismo día 18.10.2005.

En el mes de Febrero de este año 2019, nuestra Presidenta Doña Mª DOLORES LOZANO ORTÍZ remitió al SENADO la reclamación escrita de la AEAFA de la creación de la Jurisdicción de Persona, Menores y Familia, propia e independiente de la Civil, que reiteró personalmente a Doña María del Carmen Isabel Pobo Sánchez, Presidenta de la Comisión de Derechos de la Familia, la infancia y la Adolescencia del SENADO.

Todos deseamos que pronto sea una realidad y seguro que así será, teniendo en cuenta el Informe de 30 de mayo de 2019 del CGPJ al Anteproyecto de la ley Orgánica de protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, donde se valida la ESPECIALIZACIÓN (páginas 131-145).

Esta reivindicación, por la creación, URGENTE, de la Jurisdicción de Persona, Menores y Familia, propia e independiente de la Civil, no es sólo de las asociaciones de Abogados de Familia (AEAFA y SCAF), sino de todos los profesionales del Derecho de Familia (Magistrados, Académicos, Psicólogos -forenses y clínicos-, Trabajadores Sociales, Mediadores, Coordinadores de Parentalidad, Letrados de la Administración de Justicia, Fiscales, Notarios, Abogados, etc.).

Recientemente se ha creado la Plataforma Derecho y Familia(https://familiayderecho.org/sobre-la-plataforma//), siendo su Presidente el Magistrado del Juzgado Nº 14 de Barcelona Iltre. Don XAVIER ABEL LLUCH, y que ya cuenta con más de 200 socios.

PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ
Magistrado. Barcelona.

La introducción del divorcio notarial por la LJV es una consecuencia lógica de la aplicación práctica de dos principios jurídicos básicos: el de autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones de familia, y el de una nueva concepción de los tribunales de justicia que deben actuar en los casos en los que existan conflictos y discrepancias relevantes entre las partes.

En el siglo XIX se atrajeron al ámbito de la jurisdicción muchas actuaciones que no precisaban la intervención de un juez. Fueron motivos económicos, por una parte, e ideológicos, por otra. Así, mientras que muchos países optaron por atribuir la fe pública y los registros civiles en materia matrimonial a los ayuntamientos, en España se optó por delegar estas funciones prioritariamente a la Iglesia Católica, dando relevancia a la unión matrimonial como sacramento, y se reservó a la esfera civil para el matrimonio no religioso que fue anecdótico hasta el último tercio del pasado siglo. La disolución del vínculo matrimonial, por las mismas razones, se rodeó de una serie de garantías, solemnidades y requisitos para dar protección a la institución matrimonial tradicional y a la filiación "legítima" que, desaparecido el sistema culpabilístico y causal de forma definitiva con la Ley 15/2005, ya carecía de sentido.

El paso que ha dado el legislador español era necesario, aun cuando ha sido insuficiente y timorato. No existe ninguna razón de peso para reservar esta modalidad únicamente a los casos en los que no existen hijos menores de edad. La opción por mantener atribuida a los tribunales la competencia para autorizar el divorcio de mutuo acuerdo con hijos menores esconde el prejuicio moral de que la ruptura de la relación entre los progenitores es una desgracia para los hijos. Esta es la razón por la que se atribuye a los fiscales y a los jueces que velen para que aquellos no resulten perjudicados, presumiendo que los cónyuges separados carecen de capacidad para velar por los intereses de su descendencia.

La diferencia de trato puede tener algún sentido en aquellas rupturas o divorcios contenciosos en los que se discuta sobre el modo de ejercer las responsabilidades parentales. Pero si existe acuerdo en estas materias, no se comprende que se tenga tal desconfianza en los progenitores. Es de esperar que en los próximos años se subsane esta discriminación, que implica una exacerbada intromisión del Estado en la esfera de la intimidad personal de las familias.

Lo mismo ocurre respecto a la trasnochada "continencia de la cau-

sa" que implica, por ejemplo, la imposibilidad de que los cónyuges acuerden el divorcio notarial respecto a la pura cuestión sobre estado civil o a las relaciones económicas y patrimoniales, y se reserve la vía judicial cuando existan controversias respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores. Lo razonable sería aceptar los pactos notariales en aquellas materias en las que exista acuerdo y, en todo caso, reservar para la supervisión judicial los desacuerdos. Incluso se puede advertir en esta doble vía una discriminación de las parejas casadas respecto a las uniones libres de pareja o a las familias monoparentales en las que los progenitores no han convivido, que sería de trascendencia constitucional.

Pero tal vez lo más criticable del régimen jurídico establecido a este respecto, por cuanto no tiene ninguna justificación, es la necesidad de que los hijos mayores de edad tengan que comparecer ante el notario para dar su consentimiento respecto a los pactos que les afecten. Esto sí que es discriminatorio respecto a los procedimientos ante el juzgado. A partir de la mayoría de edad los hijos tienen plena capacidad para reclamar por si mismos los derechos que puedan corresponderles. Cuando por razón de dependencia se prorrogue la legitimación de uno de los progenitores para administrar las necesidades de estos hijos mayores, la capacidad de decisión corresponde únicamente a los progenitores. No se trata e una estipulación en favor de terceros del artículo 1257.2 CC, ni una donación que precise la aceptación el beneficiario. ¿Se les otorga a los mismos la capacidad de ejecutar lo acordado en su beneficio? ¿Qué pasará si se oponen ante el notario o exigen que se entregue directamente a ellos los alimentos a lo que puedan tener derechos? Se ha de tener cuenta que la prestación alimenticia para los hijos mayores de edad en los procesos de familia se ha configurado legal y jurisprudencialmente como una contribución a los gastos que sigue soportando el progenitor con el que continúan residiendo después del cese de la convivencia entre los padres, pues es quien administra las necesidades del hijo hasta que se emancipa o exige (en uso de su derecho) los alimentos directamente a ambos progenitores. Esta especie de previsión exorbitante del legislador demuestra que ha desconocido la problemática que existe en este ámbito, y es de esperar que sea corregida con toda urgencia en una próxima reforma legislativa.

Finalmente, debe resolverse la cuestión económica que implica la inserción de un divorcio privilegiado para personas con recursos, y otra para quien carece de ellos. Se debería prever que aquellos ciudadanos a los que corresponda el beneficio de la justicia gratuita, puedan tener también la opción de acudir al divorcio notarial. El Estado debe proveer lo necesario para que los abogados y los notarios que intervengan perciban sus derechos. Las ventajas de la rapidez y la privacidad que tiene esta vía respecto a la judicial deben estar al alcance de toda la ciudadanía.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

A. JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado. Córdoba

Aunque debe valorarse positivamente la reforma legislativa que ha instaurado el divorcio notarial, debe censurarse que la modificación del Código Civil no haya venido acompañada de una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permita la ejecución de los pactos contenidos en el convenio regulador que se adjuntó a la escritura de divorcio.

En principio, no existe problema alguno en considerar a la escritura pública como título ejecutivo, pues ya le reconocía esta cualidad el art. 517.2.4.ª de la Lec, y además, expresamente la nueva redacción del art. 90.2 del Código Civil ha venido a ratificar su ejecutividad ("Desde el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio"). Sin embargo, hemos detectado varias cuestiones que pueden ser controvertidas.

1. Competencia para la ejecución.

La competencia para ejecutar los pactos del convenio regulador que se incluyen en la escritura pública de separación o divorcio, corresponderá, según lo establecido en el art. 545 de la Lec al "Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50 (domicilio del demandado) y 51 de esta Ley. La ejecución podrá instarse también, a elección del ejecutante, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la Sección 2ª del Capítulo II del Título II del Libro I".

Pero, ¿serán competentes los Juzgados de Familia o los Juzgados de Primera Instancia ordinarios? El Real Decreto del Ministerio de Justicia de 3 de julio de 1981 que atribuyó la competencia a los Juzgados de Familia solo hace referencia a las "actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Código Civil", pero la escritura pública de separación, aunque se contiene en el título IV del Código Civil no es una actuación judicial. Por tanto, al no modificarse ningún precepto de la Lec relativo a la ejecución, pueden plantearse problemas de competencia cuando los juzgados de familia, inicialmente llamados a conocer de la ejecución, declinen su competencia por considerar que corresponde a los juzgados de primera instancia ordinarios, pues recordemos que conforme a lo establecido en el art. 546 de la Lec, el tribunal examinará de oficio su competencia y según prevé el art. 547 de la Lec cabe la posibilidad de interponer una declinatoria cuando el titulo ejecutivo no es una sentencia.

2. Legitimación para instar la demanda de ejecución.

No cabe duda que cualquiera de los cónyuges estará legitimado para instar la ejecución de la escritura de separación o divorcio. Ahora bien, nos surge la duda de si el hijo mayor a cuyo favor está constituida una pensión alimenticia tiene legitimación para instar la ejecución. Como no ha existido un previo proceso judicial de separación o divorcio en el que únicamente fueron parte los progenitores, es difícil aplicar el argumento de que solo pueden ser partes en la ejecución quienes fueron parte en la fase declarativa del proceso.

Según el art. 538 de la Lec, podrá despacharse ejecución a instan-

cia de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo, y salvo que el pacto de alimentos tenga una redacción muy precisa en cuanto a quién administrará la pensión alimenticia, cláusulas genéricas pueden dotar de legitimación al hijo mayor de edad. No podemos ignorar que la escritura de divorcio que establece una obligación alimenticia para un hijo mayor de edad está constituyendo una obligación en favor de tercero, por lo que resultaría de aplicación lo establecido en el art. 1257 del CC ("Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada").

3. Contenido de la demanda de ejecución.

No existirá ningún obstáculo para despachar la ejecución cuando el pacto que se ha incumplido se encuentra dentro de las materias enumeradas en el art. 90 del Código Civil. Sin embargo, pueden surgir problemas de competencia cuando se pretenda la ejecución de un pacto atípico (el contenido de la escritura de separación o divorcio puede ser mucho más amplio que el convenio regulador del art. 90 del Código Civil), que salga de las competencias de los Juzgados de Familia. En estos casos, lo normal será que se decline la competencia por el juzgado de familia por entender que dicho pacto, que tiene plena ejecutividad, debe ejecutarse por un juzgado de Primera Instancia ordinario.

4. Otras cuestiones procesales

La caducidad de la acción ejecutiva prevista en el art. 518 de la Lec, no es aplicable al convenio regulador que se incluye en una escritura pública de divorcio, puesto que dicho precepto se refiere exclusivamente a la caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación.

Conforme a lo establecido en el art. 520 de la Lec, la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales previstos en el número 4º (escritura pública) del apartado 2 del artículo 517, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros.

Tampoco afecta a la ejecución de la escritura pública el plazo de espera del art. 548 de la Lec aplicable solo a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación.

Las causas de oposición serán las previstas en el artículo 557 de la Lec, que como sabemos incluye un catálogo de causas mucho más amplio que la oposición a las sentencias o resoluciones judiciales. También podrán alegarse como causa de oposición las previstas en el art. 559 de la Lec.

5. Otras consecuencias de la escritura de separación o divorcio.

Aunque no es un tema de ejecución, debemos hacer referencia a la cuestión de competencia que surge cuando se quiere liquidar la sociedad de gananciales que quedó disuelta con la escritura de separación o divorcio.

Señala el art. 807 de la Lec que "Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o di-

vorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil". Pues bien, en nuestro caso no se ha seguido ningún procedimiento judicial para disolver la sociedad de gananciales, por lo que no resulta de aplicación la regla del mencionado precepto.

Por tanto tendremos que plantearnos tanto la competencia objetiva como territorial para la sustanciación del proceso liquidatorio. En cuanto a la objetiva la opción está entre el juzgado de Primera Instancia ordinario o el especializado en materia de familia. La AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 21 de noviembre de 2006 abordó esta cuestión similar concluyendo en la falta de competencia objetiva del Juzgado de Familia para conocer del proceso sobre división y liquidación del patrimonio cuando los cónyuges acordaron la disolución del régimen económico matrimonial mediante capitulaciones matrimoniales ante Notario y dos años antes de que existiera sentencia de separación: "la disolución del régimen económico no es consecuencia de la sentencia de separación. La operación que resta para la efectiva división y adjudicación del patrimonio, en modo alguno determina la competencia judicial, que sólo viene establecida en los términos del Art. 807 Lec".No obstante, habrá que estar atentos a los acuerdos del CGPJ atribuyendo competencia a los Juzgados de familia que incluyen dentro de las materias la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial, por lo que en estos casos la competencia corresponderá a los juzgados de Familia (AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 17 de junio de 2009). De todas formas hay que indicar que estos acuerdos del CGPJ no son uniformes variando las competencias de unos a otros. También habrá que estar atentos a las normas de reparto de asuntos que se dictan por los distintos decanatos de los Juzgados.

Por lo que respecta a la competencia territorial a falta de otra norma, será de aplicación la regla general del art. 50 de la Lec: "1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio. 2. Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor".

6. No es posible acudir a la vía penal para denunciar el incumplimiento de de la obligación de pago de la pensión compensatoria o de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad. Como no se ha reformado el art. 227 del Código Penal ("*1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.*") al no haberse dictado ninguna resolución judicial aprobando el convenio regulador, no concurrirán los requisitos del tipo penal.

MARGARITA PÉREZ SALAZAR
Magistrada. Pamplona

La Disposición Final Primera, apdos. 18 y 21, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, reguladora de la Jurisdicción Voluntaria introduce una novedad importante: La posibilidad de que se inste la separación o el divorcio de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia o ante notario. Esta posibilidad queda limitada a los supuestos en que la pareja no tiene hijos o éstos son ya mayores de edad o están emancipados.

Dentro de los diferentes problemas que esta novedad legislativa presenta, la pregunta se centra en aquellos relativos a la ejecución de los pactos del convenio regulador incluídos en la escritura pública notarial.

Los problemas prácticos más importantes se centran en la ejecución y en la modificación de los pactos y son sobre todo competenciales.

Para la ejecución de los pactos de la escritura resulta de aplicación lo dispuesto en el artículos 545 de la LEC. Será juez competente el de Primera Instancia del domicilio del demandado (art 50 LEC, al que se refiere el citado art 545 LEC) o el del lugar de cumplimiento de la obligación o donde se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados. La competencia material debe, en mi opinión, atribuirse al juzgado de familia y ello por cuanto es también un juzgado de primera instancia, si bien con las competencias materiales reguladas en los títulos IV y VII del C. Civil (para los Juzgados creados por el RD del M. de Justicia de 3 de Julio de 1981) o aquellas que por reparto le hayan asignado para los posteriormente creados. La necesidad de la especialización en la materia para ofrecer una respuesta de mayor calidad constituye un fundamento importante para que las ejecuciones de materias que son especialidad de los juzgados de familia hayan de ser asumidas por éstos. La cuestión puede ser más dudosa cuando se trata de ejecutar pactos que superan el contenido de lo previsto en el artículo 90 del C. Civil, algo perfectamente posible. En estos casos lo cierto es que puede fundamentarse con facilidad la competencia para la ejecución del juzgado de primera instancia ordinario. Por ello se impone una reforma de la LEC que aclare la competencia, tanto respecto a la demanda ejecutiva como respecto a otras cuestiones de competencia no propiamente ejecutivas pero que se plantean con frecuencia entre las que destaca la relativa a la competencia material para la liquidación de la sociedad económico matrimonial tras un divorcio notarial que no incluya en sus acuerdos la referida liquidación.

La legitimación del hijo mayor de edad para poder plantear la demanda ejecutiva puede también suscitar dudas, si bien considero que el referido hijo mayor de edad, pese a haber consentido en la escritura, no tiene legitimación activa para plantear la demanda ejecutiva del acuerdo, siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24/04/2000 sobre la legitimación de los hijos mayores de edad.

Suscita dudas también el trámite legal para modificar los acuerdos alcanzados en la escritura notarial de separación o divorcio. En mi opinión el procedimiento adecuado es el de modificación de medidas y ello por cuanto es el proceso especial establecido en la Ley para modificar medidas definitivas alcanzadas en un convenio de separación

o divorcio o en una sentencia, si es que no hubo acuerdo inicial. Es cierto que el artículo 775 de la LEC parece centrarse en las medidas que se acordaron judicialmente y ello dado que la competencia viene atribuída al tribunal que dictó las medidas que pretenden modificarse. Sin embargo, el precepto lleva por título la modificación de las medidas definitivas sin más limitación. El legislador debió preverlo pero el que no lo haya hecho expresamente no implica que el procedimiento de modifiación de medidas deba excluirse por ello. También ha habido un olvido en la reforma del C. Civil de 2015 al no prever el divorcio o separación contenciosa cuando no hay hijos o éstos ya son mayores de edad o están emancipados. Pese a ello se admite el proceso contencioso en esos casos haciendo una interpretación integradora que resulta igualmente adecuada para determinar el procedimiento para la modificación de los pactos alcanzados en escritura notarial. En estos casos creo que la demanda habrá de repartirse en el decanato entre los juzgados de familia y no los de 1ª instancia dado que la materia es de competencia de estos juzgados.

ANA DOLORES SÁNCHEZ

Letrada de la Administración de Justicia. Málaga

Los pactos económicos alcanzados por los cónyuges en el convenio regulador de su divorcio de mutuo acuerdo ante notario son eficaces jurídicamente desde la manifestación del consentimiento y desde la aprobación notarial, por consiguiente, la escritura pública notarial de divorcio de mutuo acuerdo constituye título ejecutivo no judicial que lleva aparejada ejecución conforme al art. 517.2.4º LEC, concurriendo los requisitos que en este precepto se establecen y son susceptibles de ejecución forzosa judicial por la vía de apremio en defecto de cumplimiento voluntario por el obligado (art. 90.2 in fine Cc). La cuestión que sucintamente planteamos es si dicha escritura pública es título ejecutivo no judicial en todos los casos, particularmente cuando se trata de impetrar forzosamente la ejecución de ciertos pactos del convenio regulador de divorcio ante notario, en concreto, respecto a los pactos referidos a la hipoteca que grava el domicilio familiar, y a la viabilidad e índole de la acción ejecutiva para impetrar el cumplimiento forzoso de tales pactos.

Partimos del supuesto habitual en el que los cónyuges-deudores solidarios hipotecarios frente a la entidad bancaria prestamista, han pactado en convenio regulador notarial lo que han tenido por conveniente sobre quién de ellos se subrogará contractualmente en la obligación hipotecaria que grava el domicilio familiar para asumir dicha carga en exclusiva en lo sucesivo frente a la entidad bancaria prestamista y de que estos acuerdos no suponen per se la novación subjetiva del contrato de préstamo hipotecario pues no ha concurrido en el otorgamiento de la escritura pública de divorcio notarial el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC), estando tal novación supeditada a la realización de lo acordado en el convenio regulador para la subrogación y por tanto la novación subjetiva en la relación hipotecaria. Se trata de una obligación de hacer pactada en un título no judicial (escritura pública) por lo que la disposición contenida en el art. 520 LEC constituye un óbice al despacho de ejecución teniendo en cuenta que "1.- Cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4, 5, 6 y 7 del apartado 2 del artículo 517, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros : 1º. En dinero efecti-

vo. 2º. En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente. 3º. En cosa o especie computable en dinero…".

En caso de incumplimiento de estos pactos por el ex cónyuge obligado a las gestiones de las que resultará la subrogación y novación crediticia, el problema procesal que se suscita en primer lugar es que considerando la literalidad del art. 520 LEC el incumplimiento al que nos referimos no reúne los presupuestos de procedibilidad necesarios para el despacho de ejecución. Por otra parte, el último párrafo del art. 90.2 CC tras la reforma operada por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria establece que "…Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio…"; Sin embargo a día de hoy este último precepto debe atemperarse a las normas procesales de la Ley de ritos pues el art. 520 LEC no ha sido modificado y el art. 1 de la misma así lo impone al ordenar que "En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley"; Nuestra conclusión es que para lograr el cumplimiento forzoso de tales pactos el ex cónyuge perjudicado por el incumplimiento debería acudir al proceso ordinario que corresponda por la cuantía, ante la jurisdicción civil no especializada, rigiendo los criterios de competencia territorial establecidos en los arts. 50 y 51 LEC; Cuestión distinta es que pueda obligarse a la entidad bancaria prestamista a acatar los acuerdos privados de los cónyuges.

Si el divorcio de mutuo acuerdo se ha ventilado en proceso judicial tales problemas no se suscitan pues, el título ejecutivo es la sentencia que aprueba el convenio regulador y en caso de incumplimiento de la obligación de hacer las gestiones con la entidad bancaria prestamista a las que se obligó uno de los cónyuges a tales fines novatorios, el proceso de ejecución vendrá fundado en título judicial siendo las medidas ejecutivas las de los arts. 699 y 706 LEC (vid. AAP Barcelona, Sec. 18, de 17 de mayo de 2018). Llamamos la atención sobre la naturaleza de esta obligación incumplida que no sólo no es dineraria sino que tampoco lo es de resultado (AAP Barcelona, Sec. 18, de 17 de mayo de 2018 y AAP BARCELONA, Sec. 12, de 20/04/2018) pues la entidad bancaria prestamista es un tercero que no puede ser obligado por los ex cónyuges a acatar lo pactado en el convenio regulador, quedando ésta al margen de los acuerdos de los cónyuges y por tanto, conservando, en tanto no tenga lugar la novación subjetiva en la posición de deudor, su acción de reclamación de las cuotas de crédito hipotecario frente a ambos ex cónyuges en cuanto se obligaron solidariamente en el contrato de préstamo hipotecario frente a la misma (a mayor abundamiento, dicha entidad acreedora es un tercero en el divorcio judicial o notarial, cuya concurrencia en el proceso judicial de divorcio o en el otorgamiento de la escritura pública de divorcio de mutuo acuerdo a efectos de prestar su consentimiento a los pactos del convenio regulador que recaen sobre los efectos patrimoniales en estudio no está prevista legalmente, como sí ocurre con la previsión legal de la necesidad del consentimiento de los hijos mayores de edad y emancipados respecto de las medidas que puedan afectarles, art. 82 CC por remisión del art. 87 CC y art. 54 Ley del Notariado).

JOSÉ ANTONIO SEIJAS

Magistrado del Tribunal Supremo (jub.). Madrid

Los artículos 82, 87 y 90 del Código Civil, tras su reforma por Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, permiten a los cónyuges acordar su separación o divorcio de mutuo acuerdo ante Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario acompañando un convenio regulador, con el contenido establecido en el artículo 90 CC.

Se trata, se dice, de facilitar a los ciudadanos una regulación legal sistemática, ordenada y completa de determinados expedientes, actualizando y simplificando las normas relativas a su tramitación, "tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica, y tomando especial cuidado en la ordenación adecuada de sus actos e instituciones".

Sin decirlo expresamente, la reforma se justifica en este caso no por la ineficacia de la jurisdicción para seguir haciendo lo que hacían, sino por la rapidez y menor coste de quienes asumen estas nuevas competencias para resolver los expedientes, algo que no responde a la realidad, tratándose de la actuación notarial. Además, se ha dado un primer paso para una futura desjudicialización de otras materias, algo que, afectando a cuestiones propias de derecho de familia, estaría en contra del criterio de absoluta especialización judicial que se postula para las mismas.

Creemos más órganos judiciales, dotémosles de medios y dejaremos sin argumentos esta y las sucesivas reformas que, sin duda, llegarán.

Dos cosas más:

a) La homologación del convenio regulador no es algo automático. Lo dice el art. 90. 2, párrafo tercero CC: "Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y estos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador". Control de contenido que exige conocer la problemática familiar.

b) Algunos ven como ventaja la posibilidad de que los cónyuges pueden incluir en el convenio regulador otras materias distintas a las que se contienen en el art. 90 del CC, e incluso aprovechar la escritura pública para incluir otros negocios jurídicos entre los cónyuges, algo que va a trasladar a la ejecución de sentencia problemas reales. Lo que se quita a los jueces, se recupera en este trámite de una forma más compleja, incluidos los que resultan de la competencia para conocer.

La Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid (Auto 13 de julio 2018), en ejecución de una escritura notarial de divorcio consensual, resuelve la cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Primera Instancia nº 1, que se inhibe porque considera que son competentes los Juzgados de Familia, y el Juzgado de Familia (1ª Instancia nº 29) que no la admite y plantea una cuestión negativa de competencia La reclamación efectuada, dice el auto de la Audiencia, "no discurre, en el planteamiento de la actora, por el cauce ejecutivo al efecto re-

gulado en los arts. 517 y ss de la Lec, en cuyo caso sería además de aplicación, respecto de la competencia, lo prevenido en el art. 545-3º, en relación con el art. 517-4º, del mismo texto legal, sino, como se ha expuesto, por la vía declarativa, y sobre la base de lo prevenido en el art. 1098 del CC, lo que residencia la problemática así suscitada fuera de los Títulos IV y VII de este último texto legal, en cuanto determinante de las competencias de exclusivas y excluyentes de los Juzgado de Familia".

Titulo judicial o no judicial. Esta es la cuestión, y el legislador sin enterarse.

RAMÓN TAMBORERO

Abogado. Barcelona

La principal cuestión que presenta cualquier Divorcio notarial viene dada, según nuestra experiencia, en la ejecución de cualquiera de los efectos postdatados que se hayan alcanzado.

La entrega de una Pensión Compensatoria, o cualquier cuestión que no se lleve a efecto y en unidad de acto con el propio acto de la suscripción del Divorcio ante el Fedatario Público, después tendrá connotaciones difíciles de conciliar si uno de los obligados se niega a cumplirlos bien sea en todo o en parte.

Y ello, el posible incumplimiento, en general pago de pensiones, o entrega de capital o de bienes no transaccionados junto al acto de divorcio, nos llevan directamente a un procedimiento Ordinario previsto en la LEC, y con el consiguiente gasto de dinero y de tiempo, incluso con dificultades sobrevenidas si, el presunto incumplidor de los dos cónyuges, ha tenido tiempo para poder configurar una hipotética y presunta insolvencia "ad hoc". Por tal motivo consideraríamos que el Divorcio notarial, si no incluye todos los pactos a llevarse a efecto en el propio momento de su firma, no es aconsejable, y es mejor dejarlo para que se tramite por la vía judicial, en donde el presunto incumplimiento, vía Ejecución de Sentencia, es siempre más efectivo, rápido y garantista.

En otro orden de cosas, el Divorcio Notarial plantea otra serie de problemas que el Legislador no tuvo en cuenta a la hora de aprobarlo. Me refiero a la validez del mismo ante las autoridades judiciales y administrativas de aquellos países en donde tal figura no tiene aún encaje legal.

Para estos casos, el "exequator" puede no ser de aplicabilidad ya que la Autoridad judicial del país que no tiene reconocido el Divorcio notarial, no otorgaría valor al suscrito en España, con lo que el único camino que quedaría y que no sería otro que el tener que interponer una nueva demanda de Divorcio.

Ello obviamente, implicará un sobrecosto que debe ponderarse a la hora de aconsejar el sistema más adecuado para disolver el matrimonio, es decir la vía notarial o judicial.

Pero no solo para aquellos ciudadanos que tengan distintas nacionalidades, incluso para aquellos españoles que, posteriormente a su divorcio notarial, optan por marchar de nuestro país, y en el lugar de nueva residencia, para cualquier acto administrativo, se les solicita acreditar que están divorciados (vs. Nuevo matrimonio en tal país), y cuyas autoridades administrativas solo aceptan su condición de divorciados mediante una Sentencia Judicial, también les podría alcanzar la problemática planteada.

Nulidad matrimonial

NULIDAD DEL MATRIMONIO PUES LA ESPOSA SOLO PRETENDÍA ACCEDER A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

NULIDAD DEL MATRIMONIO PUES LA ESPOSA SOLO PRETENDÍA ACCEDER A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª SENTENCIA DE 30/04/2019

Acreditada la existencia de vicio de simulación en la emisión del consentimiento matrimonial, pues una de las partes, la esposa no pretendía los fines propios del matrimonio sino la entrada legal en España para posterior acceso a la nacionalidad y la residencia legal de sus hijos, procede decretar la nulidad del matrimonio.

D. Jenaro formuló demanda de juicio ordinario frente a D.ª Teodora, en la que solicita la declaración de nulidad del matrimonio entre el demandante y la demandada que se celebró el 25 sept. 2008 en Bogotá y se inscribió el 14 sept. 2011 en el Registro Civil Central, Tomo NUM000, pag. NUM001 el 14 sept. 2011, por vicio del consentimiento y como consecuencia el cese de los derechos y obligaciones reciprocas derivados del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial y la condena a la demandada a indemnizar al actor en 48.247,68 euros y los demás gastos por razón del matrimonio realizados desde la interposición de la demanda.

La demandada, que se opuso a la demanda, negó la existencia de vicio del consentimiento y solicitó la desestimación de la demanda.

La sentencia de primera instancia considera acreditado que el demandante D. Jenaro padece un trastorno depresivo mayor, un trastorno de ansiedad asociado a ideación obsesiva y que es una persona manipulable con riesgo de inhibición social y escasa capacidad para el manejo de las situaciones personales, con personalidad evitativa de los conflictos, pero no que estuviera en tal situación al tiempo de contraer matrimonio y en lo que se refiere a D.ª Teodora considera que no se ha demostrado que la adquisición de la nacionalidad española hubiese sido la única finalidad razón que le determinó a emitir el consentimiento y desestima la demanda, sin imposición de costas por apreciar dudas de hecho.

Frente a dicha sentencia han interpuesto recurso de apelación ambas partes. El demandante, con el postulado de revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en su lugar que estime íntegramente la demanda y declare la nulidad del matrimonio y acoja los demás pedimentos formulados en el escrito rector, mientras que la demandada ha postulado la revocación del pronunciamiento de la sentencia apelada referente a las costas procesales, que ha solicitado se impongan al actor. Por su parte, el Ministerio Fiscal, por vía de informe, ha solicitado la estimación del recurso de apelación del demandante.

... Al efecto de la resolución del recurso, que se circunscribe a decidir sobre la concurrencia de vicio del consentimiento en la demandanda, se consideran de interés los hechos que se relacionan a continuación, que son traslación de la valoración de la pruebas que se ha realizado en esta instancia.

1. D. Jenaro y D.ª Teodora contrajeron matrimonio el 25 de septiembre de 2008 en la Notaría 33 de Bogotá.

2. D Jenaro, que por sus dificultades de relación para las relaciones personales utilizaba las páginas de contactos de internet para establecer contacto con mujeres, preferentemente de otros países, en el año 2005 entabló contacto por ese medio con D.ª Teodora, soltera y madre de dos hijos Jesús Carlos, nacido en 1990 y Juan Alberto, nacido en 1998.

3. D Jenaro y D.ª Teodora se conocieron personalmente en el año 2006, en el primer viaje que

realizó D Jenaro a Colombia, que tuvo una duración de unos 10 días. Al regreso del Sr. Jenaro de Colombia se intensificaron los contactos por internet entre ambos y el Sr. Jenaro viajó por segunda vez a aquel país en el año 2007. En esta segunda estancia, que duró en torno a quince días, conmovido por el relato de D.ª Teodora sobre la situación de acoso a la que les tenía sometidos a ella y al menor Juan Alberto el padre biológico del chico, refiriendo amenazas de llevarse al niño, reconoció como propio a Juan Alberto, cuya filiación paterna no figuraba inscrita en el Registro. De vuelta a España siguieron los contactos por internet.

4. En el mes de Septiembre de 2008 D Jenaro viajó de nuevo a Bogotá, donde permaneció 15 días. El último día de la estancia, concretamente, el 25 sept. se celebró el matrimonio entre D Jenaro y D.ª Teodora ante la Notario D.ª Diana Beatriz López Duran. En el mismo acto " legitimaron" al menor Juan Alberto, como hijo matrimonial. Al día siguiente de la celebración del matrimonio D Jenaro volvió a España.

En el mes de noviembre se solicitó la inscripción en el Registro Civil Consular de Bogotá del matrimonio entre D Jenaro y D.ª Teodora y la de reconocimiento del menor Juan Alberto habiendo sido denegadas ambas. La de matrimonio fue denegada en resolución de 11 mar. 2009, por considerar el encargado del Registro Consular, a la vista del resultado de la audiencia reservada, que el matrimonio era simulado (de complacencia) y la de nacimiento de Juan Alberto como hijo de D. Jenaro fue denegada en resolución de 9 de oct. 2009 por no ser hijo biológico del Sr. Jenaro.

La denegación de la inscripción de matrimonio fue recurrida por D.ª Teodora mediante escrito fechado el 26 de junio de 2011 en Bogotá. D Jenaro, que tenía conocimiento del recurso y estaba de acuerdo con la interposición, se interesó por la tramitación.

El recurso fue estimado por RDGRN en Resolución de 6 de julio de 2011, que ordenó la inscripción del matrimonio celebrado en el Registro Civil.

5. En el año 2011, D Jenaro, que no había ido a Colombia en el año 2010, viajó a Bogotá para comunicar a D.ª Teodora que el recurso había sido estimado y tramitar la inscripción en el registro consular. A la vuelta de Bogotá le sobrevino una crisis de ansiedad y angustia que requirió asistencia psiquiátrica y psicológica.

Los padres de D Jenaro, con quienes convivía, se enteraron de la celebración del matrimonio con motivo de las gestiones que se realizaron desde el Registro Central para localizar a D.ª Teodora y entregarles el Libro de Familia.

6. En abril de 2013 D.ª Teodora y su hijo menor Juan Alberto se trasladaron a España y se instalaron en la vivienda sita en... de Barakaldo, que había sido alquilada para tal destino por Don Jenaro, quien se trasladó a la misma vivienda.

Al cabo de unas dos semanas de su llegada a la vivienda Baracaldo, D.ª Teodora se fue a dormir a distinta la habitación. El matrimonio residió en la misma vivienda durmiendo en camas separadas hasta el día 4 oct. 2014, fecha en la que asesorados por un Letrado, firmaron un documento que recoge una serie de acuerdos privados de separación: residencia en viviendas separadas - el Sr. Jenaro residiría en casa de sus padres y la Sra. Teodora se quedaría en el domicilio conyugal- con el compromiso del Sr. Jenaro de hacer frente a la renta, agua, luz, gas y electricidad hasta el 30 abr.2014, y a satisfacer a la Sra. Teodora 400 euros al mes hasta esa fecha. Por su parte, la Sra. Teodora asume la obligación de tramitar la nacionalidad (española) antes de que finalizase el mes de abril de 2014. Además, los firmantes acuerdan tramitar su divorcio de mutuo acuerdo sin reclamarse nada, estableciendo como fecha límite para la presentación de la demanda el resultado firme del expediente de nacionalidad, sin perjuicio de la posibilidad de adelantar la presentación de la solicitud de divorcio en caso de que no perjudicara el resultado del expediente de nacionalidad. El documento señala también que la Sra. Teodora continuará empadronada en la vivienda de Barakaldo al ser un requisito para tramitar la nacionalidad.

La Sra Teodora no atendió a la petición de presentación de solicitud de demanda de divorcio de mutuo acuerdo que le formuló D Jenaro en noviembre de 2015 y frustró el acuerdo que intentó la Letrado del Sr. Jenaro con el que le fue designado de oficio, no obstante las mejoras económicas que contenía respecto al acuerdo privado y con fecha 26 jul. 2016 presentó demanda de divorcio en la que solicita el uso de la vivienda que fue domicilio conyugal con renta a cargo del Sr. Jenaro, pensión de alimentos para sus hijos de 550 euros mensuales, 70% de los gastos y pensión compensatoria indefinida de 400 euros, e interesa la adopción de medidas provisionales la demanda fue retirada tras la presentación de la demanda de nulidad.

La Sra. Teodora fue desalojada de la vivienda que había arrendado el Sr Jenaro mediante lanzamiento decretado en procedimiento de desahució que se llevó a cabo el 10 oct. 2016, al no haber accedido al desalojo, no obstante el requerimiento que le realizaron los propietarios con motivo de la extinción del contrato.

7. Con fecha 9 de mayo 2014 el hijo mayor de D.ª Teodora D. Jesús Carlos, mayor de edad, llegó a España con permiso de residencia indefinido por reagrupación familiar.

8.- D.ª Teodora formuló la solicitud para la adquisición de la nacionalidad española por residencia el 1 jul. 2014 y le fue concedida por Resolución DGRN de treinta de enero de 2016, dictada en el expediente seguido en el Registro Civil de Barakaldo con el número NUM005.

D.ª Teodora había iniciado los trámites para traer a España al hijo mayor de edad Jesús Carlos por reagrupación familiar en el mes de marzo. D. Jesús Carlos solicitó visado en 10 abril 2014.

9. Desde el año 2007, D. Jenaro enviaba dinero a D.ª Teodora de la que se desconoce la actividad laboral a la que se dedicaba. En el período comprendido entre el 2010 hasta el 4 de abril de 2013 le envió 21.918,60 euros.

10. Durante las visitas de D. Jenaro a Bogotá antes y después de contraer matrimonio, la pareja se instalaba en apartahoteles y en otro tipo de alojamientos que buscaba el Sr. Jenaro, quien no llegó a conocer la vivienda en la que residía D.ª Teodora. El menor Juan Alberto se alojaba con ellos.

11. Don Jenaro tiene dificultad para las relaciones sociales y también para las sexual y sus rasgos psíquico hacen que sea fácilmente manipulable. Además padece trastornos depresivos desde el año 2003 con prescripción de tratamiento farmacológico, que se agravaron en el año 2011, y con diagnostico actual de un trastorno de depresivo mayor y trastorno de ansiedad asociado a ideación obsesiva que requiere la ingesta de medicación con pautacion según las circunstancias (en la fecha del reconocimiento médico forense antidepresivos, ansiolíticos y neurolépticos) y sesiones de psicoterapia. En la personalidad del Sr. Jenaro destaca la falta de seguridad ante cualquier decisión, la dificultad para decir no y la aparición de culpa si no accede a lo que le piden las personas de su alrededor y que también presenta dificultades en la esfera sexual. Las características psíquicas del Sr. Jenaro afectan a su capacidad volitiva.

No se ha suscitado cuestión sobre la aplicación en el caso de las normas del código civil de Colombia por remisión del artículo del Código Civil 107 CC con relación a los artículos 9.2 CC, ni tampoco sobre el contenido y vigencia de las normas invocadas por el demandante.

El artículo 140.3 del Código Civil de Colombia, Ley 57 de 1887- dice que el matrimonio es nulo y sin efecto cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos.

El articulo 73 nuestro Código Civil, que determina las causas de nulidad del matrimonio " cualquiera que sea la forma de su celebración" señala como primera causa " el matrimonio celebrado sin consentimiento ".

Por tanto, siendo causa de nulidad del matrimonio en la legislación colombiana y en la española la falta de consentimiento y no habiéndose aportado la jurisprudencia de Colombia en materia de consentimiento y siendo el consentimiento de los contrayentes elemento esencial del contrato en ambas legislaciones, no se aprecia obstáculo en proceder al estudio de existencia de consentimiento (y de la falta de consentimiento) conforme a nuestra doctrina y jurisprudencia.

En primer lugar, se indica que el consentimiento exigido para la celebración del matrimonio no es cualquier consentimiento sino el "consentimiento matrimonial", que, en palabras de la SAP Asturias, Sección Sexta 1 jun. 2018, es "un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio".

Sobre la falta de consentimiento matrimonial trata la sentencia de la AP Barcelona, Sección Duodecima, nº 293/2018, de 5 marzo 2018, rec. 119/2017, que se remite a la sentencia nº 375/2016, de 17 de mayo dictada por la Sección 18ª de la misma Audiencia Provincial, dice

" 1.- a los supuestos de falta de verdadero consentimiento matrimonial a que se refiere el punto 1º del art. 73 del Código Civil común (-), se equiparan por la jurisprudencia aquellos otros en los que el matrimonio se celebra concurriendo simulación que requiere, según SAP de Barcelona, Sec. 18ª, de 19 de julio de 2.016 y Sec. 12 ª de 3 de mayo de 2.016:

1º.- la gestación consciente en el fuero interno de uno o dos de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; 2º.- el engaño sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental y 3º.- la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido, que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada.

Esta Sala, en Sentencia nº 254/04 de 28 de abril, recogió que: "Bajo la denominación de matrimonio simulado se encuentra el supuesto cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes contrayentes, en forma legal, pero mediando simulación, es decir sin correspondencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, y por consecuencia sin una intención efectiva y sincera de celebrar el matrimonio, sino en la idea de obtener determinados propósitos ocultos, que en el caso aquí enjuiciado están referidos, al decir de la parte accionante, a la obtención de la autorización de residencia y de la nacionalidad española por parte del esposo."

2.- la falta de verdadero consentimiento matrimonial no suele constatarse habitualmente a través de pruebas directas de la voluntad simulada pues es lógico el interés de los implicados en mantener ocultas sus intenciones íntimas. Por ello de ordinario ha de acudirse a la prueba de presunciones de tal forma que conforme al art. 386 LECivil, partiendo de unos indicios -entre los que destaca la ausencia de convivencia marital-, el tribunal puede presumir la certeza de otro hecho - ausencia de consentimiento matrimonial- siempre que entre el hecho admitido o demostrado y el presunto exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

3.- por el principio de facilidad probatoria contenido en el art. 217.7 LEC son los contrayentes, cuyo matrimonio es objeto de impugnación por parte del Ministerio público, los que se encuentran en inmejorable posición para demostrar que el consentimiento que prestaron respondía a un auténtico deseo de casarse.

Pues bien, reexaminada que ha sido en esta instancia las pruebas que se practicaron en la primera, se concluye de su resultado, en discrepancia con la Juez de Primera instancia, que D.ª Teodora contrajo matrimonio con D. Jenaro con la finalidad de conseguir la residencia legal en España para ella y para sus hijos y, posteriormente, acceder a la nacionalidad.

La inscripción del matrimonio en el Registro Consular se denegó por apreciar contradicción en algunas de las respuestas de los contrayentes al cuestionario y desconocimiento de las circunstancias personales, lo que llevó al Encargado del registro, a concluir que el matrimonio era de complacencia- y si bien el recurso que se formuló contra la denegación de la inscripción fue estimado al diferir DGRN de la valoración global de las respuestas al cuestionario, que, a criterio de la DGRN, indicaban "conocimiento suficiente", que era lo que se requería y no " conocimiento exhaustivo", lo que unido a la constatación de relación antes y después de la boda y a la realización de cuatro viajes a Colombia por parte del Sr. Jenaro, con base en la presunción general de buena fé y la consideración del "ius nubendi" como derecho fundamental, determinaron a ordenar a la inscripción (sin perjuicio de la posibilidad de instar posteriormente la declaración de nulidad,) el resultado de las pruebas practicadas en juicio evidencia que D.ª Teodora al contraer matrimonio con D. Jenaro no pretendía crear una comunidad de vida con este para asumir los fines propios del matrimonio, sino que la celebración del matrimonio fue el instrumento del que se valió la Sra. Teodora, conocedora de los rasgos de la personalidad del Sr. Jenaro que hacían que fuera fácilmente manipulable, para venir legalmente a España y establecerse aquí con sus dos hijos.

El informe pericial emitido por la clínica médico forense, ratificado y aclarado en el juicio y la testifical de D. Jenaro, médico psiquiatra que atiende a D. Jenaro desde el año 2011 y de D.ª María Luisa, psicóloga, acredita, que D. Jenaro es una persona fácilmente manipulable por los rasgos de su personalidad, y que las alteraciones psíquicas que presentaba en el año 2011, coinciden con mayor o menor intensidad con las que se le apreciaron en el año 2003. En el informe del médico D. Juan Luis que se acompaña a la demanda, se señala que D. Juan Luis tiene antecedentes de trastorno depresivo desde el año 2003 y que entonces llegó a renunciar a su trabajo por desesperación y que la cuestión se resolvío por la ayuda de los compañeros y que cuando se presentó en la consulta ya estaba en tratamiento farmacológico (detalla la medicación), que es incapaz de decir "no" a las demandas de su entorno. Y en la vista precisó que la manipulabilidad del Sr. Jenaro es apreciable " desde el minuto cinco" Por otra parte, en los correos remitidos al principio de la relación queda de manifiesto que el Sr. Jenaro puso a la Sra. Teodora al corriente de sus dificultades personales, así, en el correo de 29 sept. 2006, a la vuelta del

primer viaje, el Sr. Jenaro dice a la Sra. Teodora que "he decidido ser una persona más fuerte y hacer las cosas como debo hacerlas y también, para que veas que tienes un novio del que sentirte orgullosa y no un inmaduro y un cobardete".

El Sr. Jenaro reconoció como propio al hijo de la Sra. Teodora, de ocho años de edad, al año siguiente de conocer a la Sra. Teodora por la manipulación de la que fue objeto por parte de la Sra. Teodora abusando de su credibilidad y afán por complacerle. Y es que no es posible que se otorgue la guarda de un menor a quien dice ser su progenitor sin haberlo reconocido, por lo que ningún riesgo tenía la Sra Teodora de perder la guarda del menor, que es lo que refirió al Sr. Jenaro.

D. Jenaro y D.ª Teodora apenas se conocían cuando contrajeron matrimonio. Antes del matrimonio habían estado juntos menos de un mes-el primer viaje el Sr. Jenaro estuvo en Bogotá diez días y en el segundo quince- y ninguno de los dos conocía el entorno del otro, lo que suponía un factor de incertidumbre no desdeñable para el matrimonio y se recuerda que la Sra Teodora tenía un hijo menor de edad.

Después de la inscripción del matrimonio en el Registro consular (nov. 2011) parece que las comunicaciones vía internet entre la Sra Teodora y el Sr. Jenaro se espaciaron - no se ha aportado ningún correo posterior a esa fecha- y las visitas que se realizaron a partir de la celebración del matrimonio se distanciaron - el Sr. Jenaro no viajo a Colombia en el año 2010 ni en el 2012 y la Sra. Teodora tampoco vinó a España y la explicación que ha dado la Sra Teodora para justificar la falta de contacto personal no ha resultado convincente- la necesidad de ahorrar del Sr. Jenaro para cuando viniera a España y la condición de autónoma de la Sra. Teodora, que hacía muy complicada el disfrute de unos días de vacación para venir a España-

La convivencia matrimonial en España tuvo muy corta duración- la Sra Teodora llegó a España a mediados de Abril de 2013 y el 5 octubre del mismo año ya se había producido la separación de hecho y la explicación que dio D.ª Teodora en juicio de la ruptura de la relación es totalmente fútil-, que el Sr. Jenaro no sabía llevar una casa y que se agobiaba cuando le decía que tocaba ir a la compra o al mercado-

Pero es que, además, antes de que se firmara el acuerdo de separación el matrimonio dormía en habitaciones separadas. La cohabitación no llegó a dos semanas, y el fin de la cohabitación se produjo por decisión de la Sra Teodora porque el Sr. Jenaro roncaba y le molestaba en la cama. Con independencia de la valoración que merezcan las circunstancias alegadas para justificar la salida del dormitorio de matrimonio por parte de la Sra Teodora, tales circunstancias eran conocidas por ésta antes de contraer matrimonio y también los problemas sexuales del D. Jenaro pues, según han declarado ambos, compartieron lecho durante las estancias del Sr. Jenaro en Colombia.

El comportamiento de D.ª Teodora después de la separación de hecho, que pese a carecer arraigo, no tener trabajo, con un hijo menor de edad a su cargo y con un entorno cultural que ha calificado como muy diferente al suyo, decide quedarse en España y traer a su hijo mayor, mayor de edad, que se había quedado en Colombia en expediente de reagrupación familiar. Este proceder tampoco ha sido explicado por D.ª Teodora, pese a la insistencia del Ministerio Fiscal en el interrogatorio.

El contenido del documento privado que suscribieron D. Jenaro y D.ª Teodora con fecha 4 octubre 2013 al que antes se ha hecho referencia en el que, como dice la sentencia apelada, la adquisición de la nacionalidad por residencia de D.ª Teodora se erige en un factor relevante de los distintos acuerdos.

Por último, el empeño de la Sra Teodora en retrasar el procedimiento de divorcio que tiene como única explicación asegurarse el visado indefinido para el hijo mayor de edad y la obtención de la nacionalidad española por matrimonio.

Así, la única explicación se encuentra al matrimonio entre D.ª Teodora y D. Jenaro es la adquisición de la nacionalidad española D.ª Teodora y la residencia legal de sus hijos, que se considera es el fin que perseguía la Sra Teodora con la celebración del matrimonio, que ocultó D. Jenaro, quien por su parte contrajo matrimonio con la intención de establecer una comunidad de vida con la Sra Teodora.

En consecuencia, acreditada la existencia de vicio de simulación en la emisión del consentimiento matrimonial, pues una de las partes, D.ª Teodora no pretendía los fines propios del matrimonio sino la entrada legal en España para posterior acceso a la nacionalidad y la residencia legal de sus hijos, procede decretar la nulidad del matrimonio.

Patria potestad

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD CUANDO EL PADRE RENUNCIÓ A LA HIJA

CRITERIOS PARA DECIDIR LA MEJOR OPCIÓN RESPECTO AL COLEGIO

SI EL COLEGIO ES GASTO EXTRAORDINARIO NO PUEDE RESOLVERSE POR VÍA DEL ART. 156 DEL CC

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD CUANDO EL PADRE RENUNCIÓ A LA HIJA

AP BARCELONA, SEC. 18.ª SENTENCIA DE 11/06/2019

Es procedente la privación de la patria potestad ya que se ha acreditado que el padre no ha tenido relación con su hija, de 7 años de edad en este momento, desde que los progenitores se separaron cuando la niña contaba con dos años de edad. El padre no se ha interesado por la evolución de la niña ni le ha dado soporte económico o afectivo de ninguna especie. Ambos progenitores firmaron un documento cuando se separaron por el que el padre "renuncia a la niña...", cediendo así a la madre el cuidado y atención de la hija común.

Recurre la Sra. Adelina la sentencia de primera instancia que ha regulado las medidas relativas a la hija común de la pareja estable que formaron las partes y entre otros pronunciamientos, ha atribuido a la madre la custodia de la menor y el ejercicio de su potestad parental, pero no ha privado de la misma al padre, no ha fijado visitas paternofiliales habida cuenta la falta de contacto entre padre e hija desde que ésta tenía dos años de edad y ha fijado la contribución paterna a sus alimentos en 150 euros al mes, y mitad de sus gastos extraordinarios.

Solicita la recurrente que se acuerde la privación de la potestad parental del padre sobre la hija común.

El Sr. Paulino, que ha permanecido en situación de rebeldía durante la primera instancia procedimental en esta alzada como el Ministerio Fiscal, se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

Como ya se ha señalado en resoluciones anteriores de esta Sala el artículo 236-2 del CCC dice que la potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar el pleno desarrollo. El artículo 236-4 configura la relación entre padres e hijos como un derecho de los menores y el artículo 236-6 regula la privación de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Es el artículo 236-7 el que recoge los deberes que integran el contenido de la potestad parental. Estos deberes son: velar por los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir, educarlos y proporcionarles una formación integral.

La privación de la titularidad de la potestad se ha considerado una medida restrictiva que debe acordarse sólo cuando sea necesaria para la protección de los hijos menores, de tal manera que no es suficiente la constatación de un incumplimiento, sino que es necesario valorar que el mantenimiento de la titularidad de la potestad comporte una situación de riesgo, de peligro o de desprotección del menor o venga exigida por su único interés que debe ser siempre prioritario.

La doctrina del Tribunal Supremo se contiene entre otras en las siguientes sentencias:

Sentencias de 12-7-2004 y 10-11-2005 que señalan que "aun cuando el art. 170 del CCivil, vincula el incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad a su privación, esta última no constituye sin embargo una consecuencia necesaria e inevitable del incumplimiento, sino solo posible en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre si el beneficio del menor lo aconseja. La última de las citadas sentencias recuerda que esa posibilidad de privación de la patria potestad que establece el art. 170 ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, y en todo caso interpretada siempre atendiendo al interés del menor, de forma que esta procederá solo en aquellos casos en que el incumplimiento grave de los deberes y cuidados de asistencia que la integran, imputable de forma relevante al titular, lleve aparejado un daño o peligro grave y actual del menor derivado del mismo".

Sentencia de 10-2-2012, (ROJ: STS 625/2012) que señala que "La patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor."

Sentencia de 6-6-2014 (ROJ: STS 2131/2014) que ha declarado en relación con la privación de la potestad parental, que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo".

Sentencia de 13-1-2017 (ROJ: STS 13/2017 - ECLI:ES:TS:2017:13) que dice que "la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma". Esta última sentencia hace especial mención a que el interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor y que dicho interés se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

La doctrina anteriormente expuesta se considera perfectamente aplicable o extrapolable al CCC.

Esta Sala ha hecho referencia a la consideración primordial del interés del menor (art. 211-6 CCC) en esta materia haciendo hincapié o poniendo el acento no tanto en la conducta del progenitor en relación con el cumplimiento de sus deberes parentales aisladamente considerada, sino en la repercusión o incidencia que el comportamiento del padre tiene en la formación y desarrollo integral del niño o niña, o lo que es lo mismo, ha venido entendiendo que procede adoptar una medida tan grave como la privación de la potestad, cuando pueda afirmarse que es perjudicial para el niño o niña el mantenimiento de la potestad por parte del progenitor. (Sentencias de esta Sala de 29-1-2014 -ECLI:ES:APB:2014:1514 -, 15-5-2014 -APB: 2014:5315 - y 27-11-2014 -APB: 2014:13826-). Y que se ha de tener en cuenta la función principal de la potestad que debe ejercerse personalmente en interés del hijo de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo.

En sentencia de 7-7-2016 (ROJ: SAP B 7651/2016 - ECLI:ES:APB:2016:7651) hemos dicho que "el incumplimiento ha de causar un perjuicio acreditado y la privación se ha de dar para proteger al menor, es decir, cuando se quiera evitar una acción sobrevenida del progenitor que, al amparo de la mera titularidad de la potestad parental, pueda hacer daño o ponga en situación de riesgo a la prole. Las posturas abandónicas deben ser juzgadas con cautela para deducir una causa de privación de

la potestad parental. Sólo en caso de desamparo se aprecia como causa de privación que los progenitores no manifiesten interés por el menor o incumplan el régimen de relaciones personales durante seis meses. La sola dejación o abandono de las vistas o el incumplimiento de las obligaciones alimenticias no es suficiente para privar de la potestad parental, salvo que se trate de largos periodos sin contacto, cumplimiento intermitente de visitas o interrupción de un proceso de recuperación de visitas que causa padecimiento psíquico a la criatura o un abandono con deriva personal no ejemplarizante. Ha de concurrir un rompimiento de vínculo y un desinterés jurídicamente reprochable, sobre la vida, la salud, la educación y el desarrollo de los hijos".

El interés del niño constituye una consideración primordial que debe atenderse cuando se adopta una medida que le afecta. A este respecto la Observación General N. 14 (2013) del Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) recoge importantes precisiones al señalar que la expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones y que requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias señalando en el apartado 71 que "Los términos "protección" y "cuidado" (elementos a valorar para concretar el interés del menor) también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo se expresa en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad" y en el apartado 72 que "El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros".

En el caso de autos, se ha acreditado que el demandado no ha tenido relación con su hija Genoveva, de 7 años de edad en este momento, desde que los progenitores se separaron cuando la niña contaba con dos años de edad. El padre no se interesado por la evolución de la niña ni le ha dado soporte económico o afectivo de ninguna especie. Ambos progenitores firmaron un documento cuando se separaron por el que el Sr. Paulino "renuncia a la niña...", cediendo así a la madre el cuidado y atención de la hija común. Tampoco ha comparecido en primera instancia para solicitar el reinicio de la relación con su hija, por lo que fue declarado en rebeldía y en esta alzada se ha opuesto al recurso con argumentos jurídicos, pero en ningún momento ha manifestado que pretenda ejercer la potestad que como titular mantenía sobre la menor. No ha pedido visitas ni mantener relación alguna con su hija.

El incumplimiento de los deberes de auxilio material hacia la menor ha sido constante y absoluto, puesto que el padre nunca cumplió con la obligación de contribuir a sus alimentos.

La actora, madre de la menor, ha venido ejerciendo en solitario las funciones y responsabilidades derivadas de la patria potestad,

La situación de perjuicio que el mantenimiento de la titularidad de la potestad puede ocasionar a la menor no puede ser valorada exclusivamente como perjuicio físico. Como señalamos en la sentencia de 11-2-2013 (ROJ: SAP B 1491/2013 - ECLI:ES:APB:2013:1491) una persona que desde hace años no ejerce personalmente como padre y no tiene ninguna intervención personal en la educación, formación y crecimiento de su hija, no puede mantener la titularidad de la potestad porque esta titularidad es meramente formal, sin contenido asistencial, educativo o afectivo, siendo el perjuicio que puede derivarse de tal dejación de naturaleza emocional o psíquica. Se considera asimismo que la falta de ejercicio de la potestad por parte del padre puede perturbar y perjudicar el ejercicio por parte de la madre, única persona que tiene bajo su cuidado a la menor, y que ello repercute de forma negativa en la vida de la hija. Por último recordar que conforme a lo dispuesto en el art. 236-7 CCC la potestad se puede recuperar si hay una participación activa y si en un futuro puede ser positivo y beneficioso para la menor la recuperación de la potestad por parte de su padre, para ello el Sr. Paulino deberá previamente acreditar de forma seria, que está cumpliendo las obligaciones alimenticias y que su intención es incorporarse con visos de permanencia a la vida de la niña, mediante un contacto constante con la misma, y así, pueda garantizar el cumplimiento de las responsabilidades derivadas del vínculo parental.

CRITERIOS PARA DECIDIR LA MEJOR OPCIÓN RESPECTO AL COLEGIO

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª AUTO DE 16/04/2019

A la hora de buscar lo mejor para la menor se opta por el centro propuesto por la madre por tratarse de un lugar donde podrá concluir sus estudios sin necesidad de más cambios. Que sus compañeras vayan a otro colegio no es obstáculo para decidir el centro dado que si quiere mantener la amistad con ellas podrá hacerlo, amén de poder tener más amigos en el colegio propuesto por la madre.

Dentro del procedimiento de Intervención Judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad101/2018, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de ..., se dictó auto de fecha 22 de junio de 2018, otorgando la facultad de decisión sobre el centro de escolarización de la menor Ofelia a D. Alexis padre a la sazón de la misma, limitándolo al centro de ...001 de ...002, durante el plazo de dos años.

Notificada la resolución interpuso contra la misma recurso de Apelación la procuradora Dña Vega Pérez Arroyo en nombre y representación de Dña Justa, madre de la menor.

Si examinamos detenidamente el procedimiento cabe destacar como: insta la madre un procedimiento de jurisdicción voluntaria con fecha 22 de marzo de 2018; casada en su dia con D. Alexis y divorciada posteriormente, con dos hijas Ofelia e Antonieta de 11 y 9 años; la mayor Ofelia termina el ciclo de primaria en ...003, debiendo salir para buscar otro centro en diferente localidad; la madre defiende matricularla en ...000, en la Ikastola ...004 y el padre en la respectiva de ...002; tanto el padre como la madre vivían en principio en ...003; en la sentencia de divorcio de fecha 19 de marzo de 2013, se rechazó la custodia compartida por no entenderla beneficiosa, concediéndose la guarda y custodia a la madre, junto al uso y disfrute de la vivienda familiar; nueva resolución de 7 de abril de 2017, en donde se establece la custodia compartida; instó la madre la correspondiente ejecución de la sentencia de divorcio junto al desalojo del padre de la casa y por auto de 30 de enero de 2018, se le ordenó a éste desalojar la vivienda; la madre entre tanto compró una vivienda en ...000; en la demanda del padre solicitando una modificación de medidas (pedía custodia compartida) vivía en ...003 el padre, en ...000 la madre y en ...002 era donde estudiaba la hija; se interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 7 de abril de 2017 en donde se dispuso la custodia compartida; en tanto la madre vive en ...000, el padre quiere vivir en la vivienda familiar de ...003.

Estando así las cosas la juzgadora de instancia tras recoger la base de la petición de la madre y del padre y entender ambas perfectamente legitimas y razonables reconoció: la igualdad de los centros, ambos cualificados; como la hija prefería ir a ...002, lugar donde iban sus compañeras; ambos eran centros públicos ambos y con centros de salud.

La madre a la vista de la decisión adoptada indicaba principalmente que: la opinión de la niña era harto discutible por su edad; como ella tuvo que irse a ...000 porque el padre no se fue de la casa; como era mayor el centro escolar de ...000 y con mayores posibilidades; en ...002 solo podía cursar ESO, el después el bachiller en ...000; la familia de la madre vivía en ...000.

El Ministerio Fiscal en su pertinente Informe se mostró partidario de la decisión adoptada a favor de la elección del padre, indicando que lo manifestado por la hija no pasaba de ser un punto más, amén de ser muchos los niños que pasaban a ...002.

Reconoce el Tribunal que no resulta fácil el adoptar una postura, decisión a la postre importante al tratarse de elegir el lugar concreto en donde formalizaría la joven y posteriormente su hermana sus estudios, partiendo de las similitudes de los centros y de la igual capacidad de ambos progenitores para decidir.

Se olvida sin embargo, que son un sin fin de resoluciones, leyes incluso las que hablan de que tratándose de menores ha de buscarse con criterios de adulto lo mejor para ellos, dejando en parte de lado sus preferencias, al margen de que el ser pequeños no implica en absoluto que carezcan de gustos.

Y es precisamente a la hora de buscar lo mejor para la menor cuando sin lugar a dudas prevalece el centro de ...000, por tratarse de un lugar en

donde podrá concluir sus estudios sin necesidad de más cambios, amén de reconocer que el ámbito / contexto educativo de ...000 es algo mayor, más completo que el existente en ...002. Que sus compañeras van a ...002 está muy bien pero si quiere mantener la amistad con ellas podrá hacerlo, amén de poder tener más en el colegio o centro de ...000.

Puede entenderse como la menor prefiera seguir con quienes han sido sus compañeros / as, pero de seguir estudiando coincidirán quizás años después en ...000.

Dejamos fuera de debate el resto de aspectos en orden a la utilización de la vivienda, ya que se escapa del procedimiento pero quizás de esta manera puedan los progenitores organizar el resto de materias fuente de conflicto.

Procede por tanto la estimación del recurso y la revocación de la resolución de instancia, sin expresa imposición de costas al estar dentro de la esfera familiar.

SI EL COLEGIO ES GASTO EXTRAORDINARIO NO PUEDE RESOLVERSE POR VÍA DEL ART. 156 DEL CC

AP SEVILLA, SEC. 2.ª
AUTO DE 07/05/2019

El padre no está en condiciones de tomar decisiones en beneficio de su hija visto que el consumo de alcohol acreditado por el informe del punto de encuentro y su propio reconocimiento, le produce una desestabilización que no permite el consenso con la madre ni decidir sobre aspectos relevantes de la educación y salud de su hija.

La falta de acuerdo de los litigantes respecto del centro docente del hijo menor Isidro constituye un conflicto en el ejercicio de la patria potestad, que ha sido resuelto judicialmente mediante la atribución a la madre Sra. Angelina de la facultad de elegir el centro escolar en atención a la preferencia mostrada por el menor y a la estabilidad académica del mismo.

En el presente procedimiento suscitado con base en el párrafo 2º del Art. 156 del Código Civil, únicamente cabe pronunciarse sobre a cuál de los progenitores ha de atribuirse la facultad de decidir el centro docente de Isidro, puesto que el abono de las cuotas colegiales por mitad habría de ser objeto de un procedimiento incidental sobre declaración del carácter extraordinario o no del gasto de escolarización, o en su caso de un proceso de modificación de medidas si la madre eligiera el colegio privado en el que el menor venía cursando sus estudios, pero en cualquier caso excedería del marco de un procedimiento sobre ejercicio de la patria potestad. En consecuencia, procede suprimir el pronunciamiento que impone a la madre los gastos que genera el centro docente privado pues la facultad de elegir colegio no lleva por sí aparejada la obligación de abonar la totalidad de los gastos que ello comporta, máxime cuando la comparecencia prevista en el Art. 85 de la Ley 15/2015 no ha llegado a celebrarse, y además en la sentencia divorcio consensual se dispuso que, de acuerdo con el convenio regulador, los gastos educativos de los hijos se abonarían al 50%.

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
DE FAMILIA

NO PROCEDE LA CUSTODIA COMPARTIDA DE UN MENOR CON TDH

QUE EL MENOR NO TENGA HABITACIÓN PROPIA NO ES MOTIVO PARA DEJAR SIN EFECTO LA CUSTODIA COMPARTIDA

NO PROCEDE LA CUSTODIA COMPARTIDA DE UN MENOR CON TDH

AP SEVILLA, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 16/05/2019

No se acredita la realidad de un cambio de las circunstancias que justifique la sustitución de la custodia materna respecto del menor -que padece síndrome TDHA- que viene funcionando adecuadamente, por una custodia compartida con alternancia quincenal, desaconsejado por el informe del Equipo Psicosocial, por no resultar beneficioso para el menor en atención a la baja corresponsabilidad y comunicación entre los progenitores y a los diferentes estilos educativos.

La sentencia de primera instancia deniega el sistema de custodia compartida con alternancia quincenal de los hijos comunes, Dolores y José Ignacio, que pretende el reconviniente Sr. Tomás, y estima en parte la demanda de la Sra. Casilda, fijando la pensión alimenticia en 200 euros mensuales para cada hijo y ampliando el régimen de estancias en fines de semana alternos.

Habida cuenta de que la hija mayor Dolores ha cumplido 18 años el NUM000 de 2019, la cuestión relativa al régimen de guarda y custodia queda circunscrita al hijo menor José Ignacio, nacido el NUM001 de 2004, que ante el Equipo Psicosocial Taxo expresó su deseo de estar más tiempo con su padre, lo que acoge la sentencia apelada por su progenitor el Sr. Tomás, al ampliar la estancia del hijo con el mismo en fines de semana alternos desde el Viernes hasta el Lunes en que será llevado al centro escolar.

En caso de divorcio o de ruptura de pareja de hecho con hijos menores, la custodia compartida, como modelo de organización familiar basada en la idea de corresponsabilidad parental y en el reparto equitativo y paritario de tareas, funciones y tiempos de permanencia de los hijos con cada progenitor, constituye un sistema no sólo normal y no excepcional, e incluso deseable a juicio del Tribunal Supremo, que merece ser implantado cuando concurran los presupuestos legales y no se aprecien factores que se opongan o desaconsejen su instauración.

Sin embargo, cuando se trate de un procedimiento de modificación de medidas no bastará con la invocación de las ventajas y beneficios inherentes a la custodia compartida para que haya de ser implantada, sino que además será preciso, como dispone el Art. 90.3 del Código Civil, redactado por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, la constatación de las nuevas necesidades de los hijos o de un efectivo cambio relevante y objetivo de las circunstancias de los progenitores que concurrían al tiempo de adoptarse aquella medidas, que exija un replanteamiento de las relaciones paterno-filiales, y que aconseje la alteración del régimen de custodia inicialmente adoptado o convenido en beneficio del interés del menor, es-

pecialmente cuando el sistema pactado en convenio regulador esté consolidado y venga funcionando regular y satisfactoriamente.

En el caso enjuiciado, no se acredita la realidad de un cambio de las circunstancias concurrentes al estipularse el convenio regulador que justifique la sustitución de la custodia materna respecto del menor José Ignacio -que padece síndrome TDHA- que viene funcionando adecuadamente, por una custodia compartida con alternancia quincenal, desaconsejado por el informe del Equipo Psicosocial --emitido a instancia del propio demandado y reconviniente--, por no resultar beneficioso para el menor en atención a la baja corresponsabilidad y comunicación entre los progenitores y a los diferentes estilos educativos.

QUE EL MENOR NO TENGA HABITACIÓN PROPIA NO ES MOTIVO PARA DEJAR SIN EFECTO LA CUSTODIA COMPARTIDA

AP SEVILLA, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 16/05/2019

Ciertamente el menor al carecer de una habitación propia y de uso exclusivo en el domicilio del padre cuando se encuentra bajo la custodia del mismo, duerme en un sofá-cama en el salón y no dispone de espacio propio para estudiar y gozar de intimidad, pues comparte con su hermana uno de los dos dormitorios de la vivienda. Sin embargo, ello no es razón objetiva suficiente para modificar el sistema de custodia compartida con alternancia por periodos semanales que se aplica con normalidad desde Marzo de 2014, habida cuenta de que habitualmente las tareas escolares las realiza en el domicilio de los abuelos paternos donde almuerza junto con su padre.

La custodia materna del menor Elías, nacido el NUM000 de 2005, fue acordada en convenio regulador homologado por sentencia de divorcio de 5 de Diciembre de 2006.

Al tiempo de establecerse el sistema de custodia compartida con alternancia semanal por sentencia de modificación de medidas dictada el 14 de Marzo de 2014, el Sr. Apolonio, que contrajo nuevo matrimonio en 2008, ya había tenido una nueva hija, Nicolasa, que nació en .. de 2014, y se preveía que tanto los abuelos paternos como la nueva consorte del demandado colaborarían en la recogida de Elías cuando estuviera en ..., localidad de residencia de su madre.

Ciertamente el menor Elías, que fue explorado en la vista oral, al carecer de una habitación propia y de uso exclusivo en el domicilio del padre cuando se encuentra bajo la custodia del mismo, duerme en un sofá-cama en el salón y no dispone de espacio propio para estudiar y gozar de intimidad, pues comparte con su hermana uno de los dos dormitorios de la vivienda sita en DIRECCION001. Sin embargo, y como razona la sentencia apelada, ello no es razón objetiva suficiente para modificar el sistema de custodia compartida con alternancia por periodos semanales que se aplica con normalidad desde Marzo de 2014, habida cuenta de que habitualmente las tareas escolares las realiza Elias en el domicilio de los abuelos paternos donde almuerza junto con su padre.

Vivienda familiar

SE ATRIBUYE A LA MADRE EL DOMICILIO PRIVATIVO DEL PADRE PARA GARANTIZAR UN ESPACIO PARA QUE AQUELLA SE RELACIONE CON LAS MENORES

SE ATRIBUYE A LA MADRE EL DOMICILIO PRIVATIVO DEL PADRE PARA GARANTIZAR UN ESPACIO PARA QUE AQUELLA SE RELACIONE CON LAS MENORES

AP BARCELONA, SEC. 18.ª
SENTENCIA DE 19/06/2019

Teniendo en consideración que la madre no ha trabajado y que el padre reside en casa de los abuelos paternos que suponen un apoyo esencial en el cuidado de las niñas sin que se aprecie necesidad del mismo para regresar al domicilio familiar y siendo conveniente garantizar un espacio adecuado donde se desarrolle el régimen de permanencias y contactos entre la madre y las hijas, se atribuye el uso de la vivienda familiar –propiedad del padre- por un plazo de cinco años para facilitar a la madre una recuperación personal, laboral y económica.

El domicilio familiar es propiedad exclusiva del padre. Se ha atribuido su uso a la madre por razón de necesidad fijando un plazo de dos años. La madre recurre dicha medida y solicita para el supuesto de que se mantenga la guarda paterna el mantenimiento del uso hasta que las hijas cumplan los 18 años. El padre se conforma con la medida adoptada. No hay controversia sobre la mayor necesidad de la madre que justifica se le atribuya el uso del domicilio familiar al amparo de lo dispuesto en el art. 233-20, 4 CCC, debiendo establecerse un límite temporal como ordena el apartado 5 del mismo precepto.

Como señala la sentencia del TSJC de 22 de octubre de 2015 (ROJ: STSJ CAT 11008/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:11008) después de recoger la normativa sobre el uso del domicilio familiar en el CCC "Nada dice la ley sobre la concreta duración por la que ha de establecerse el uso del domicilio por el cónyuge no titular aunque debe entenderse que será por el tiempo en que previsiblemente el beneficiario del uso pueda superar la situación de necesidad en función de las circunstancias del caso. Si aun así y pese a la conducta proactiva que es exigible al cónyuge usuario, las circunstancias no hubieran cambiado, la norma prevé que pueda solicitar la prórroga del plazo por el que el uso fue concedido". En este caso, teniendo en consideración que la madre no ha trabajado y que el padre reside en casa de los abuelos paternos que suponen un apoyo esencial en el cuidado de las niñas sin que se aprecie necesidad del mismo para regresar al domicilio familiar y siendo conveniente garantizar un espacio adecuado donde se desarrolle el régimen de permanencias y contactos entre la madre y las hijas, esta Sala estima que debe fijarse un plazo mayor que el establecido de dos años para facilitar a la madre una recuperación personal, laboral y económica. Dicho plazo se establece en cinco años contados a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia por lo que se estima en parte el recurso.

Pensión alimenticia

EL PADRE NO TIENE QUE PAGAR EL MÁSTER

SU FALTA DE APTITUD PARA EL TRABAJO SE DEBE AL MALTRATO PSICOLÓGICO INFLIGIDO POR EL PADRE

NO PROCEDE LIMITAR LA PENSIÓN HASTA LOS 24 AÑOS

EL PADRE NO TIENE QUE PAGAR EL MÁSTER

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª
SENTENCIA DE 26/07/2019

El hijo de 22 años es graduado en enfermería y accedió al mercado laboral (trabajó unos dos meses en verano y posteriormente unos 22 días en Navidad) y pretende que el padre le abone una pensión alimenticia porque está cursando un master. Estando el hijo en disposición de trabajar no se fija pensión alimenticia a cargo del padre.

Frente a la sentencia de primera instancia, que estima en parte la demanda de alimentos promovida por D. Fructuoso contra su padre D. Gerardo (su madre, doña Encarna, falleció en fecha 12 de noviembre de 2010), y condena al demandado a satisfacer la suma de 100 euros mensuales desde la presentación de la demanda, recurren en apelación tanto el actor como el demandado, interesando el primero se eleve la cuantía fijada a la de 200 euros, y el demandado se desestime la demanda, subsidiariamente se reduzca la cuantía a 50 euros; se limite temporalmente la pensión de alimentos hasta la finalización del master que esta cursando don Fructuoso; y se sustituya como fecha de inicio de la obligación la fecha de la sentencia de primera instancia, en lugar de la fecha de la presentación de la demanda.

...La carga de la prueba de la real necesidad de recibir alimentos de sus progenitores, corresponde al hijo mayor de edad que los reclama, en el caso don Fructuoso, de unos 22 años de edad (nacido el NUM001 de 1996), que de la prueba practicada resulta que se ha graduado el 26 de junio de 2018 en Santiago de Compostela en la carrera universitaria de enfermería. Se encuentra matriculado en el curso 2018/2019 en el master universitario en atención sanitaria, gestión y cuidados en la misma universidad, que al obtener bolsa económica del Ministerio de Educación por importe de 1.881,60 euros tuvo que abonar 28,22 euros, resto del importe de la matricula que asciende a 1909,82 euros. En fecha 28 de enero de 2019 solicitó su admisión en el curso de posgrado de formación de operadores de instalaciones radiactivas, nivel operador (medicina nuclear). Convive con los abuelos maternos en Lousame, por decisión propia de don Fructuoso desde el fallecimiento de su madre en noviembre de 2010, quienes se hicieron cargo y atendieron en todo momento los

gastos necesarios para su cuidado y educación, al igual que los de su hermana.

El demandado alega que su situación es precaria, que no tiene posibilidades de prestar alimentos al hijo mayor de edad por cuanto mantiene que trabaja de carretillero en la cofradía de pescadores de San Bartolomé en Noia, con un contrato de 20 horas semanales durante la campaña marisquera, percibiendo al año ingresos por importe total de unos 3.281 euros. Vive en la casa de su madre, con la misma y su hermana, quienes asumen los gastos ordinarios de vivienda, y ayudan al demandado en los de manutención, vestido y asistencia médica. Quien mantiene que sus problemas de salud (apnea de sueño) le impiden desarrollar su profesión de albañil.

El actor ha trabajado como enfermero interino dos meses en verano y unos 22 días en Navidad del año 2018, la demanda se presenta el 13 de julio de 2018.

El punto de mayor discrepancia se sustenta, sin embargo, en la cuestión relativa a la instrucción del demandante, ya que es éste quien postula los alimentos basándose en la necesidad de complementar sus estudios realizando un master universitario en atención sanitaria, gestión y cuidados para poder acceder a un empleo remunerado que satisfaga sus necesidades.

El Tribunal Supremo en interpretación de los preceptos mencionados, ha dictado, entre otras, la sentencia núm. 700/2014, de 21 de noviembre, y la núm. 372/2015, de 17 de junio, en las que se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios mas allá de la mayoría de edad.

En las condiciones expuestas consideramos que el actor no tiene derecho a alimentos que reclama a su padre, por cuanto ha sido acreditado que su referido hijo está en condiciones de poder ejercer la enfermería como medio de vida, como de facto accedió al mercado laboral en los meses de verano y unos 22 días en Navidad del año 2018. Quien contrariamente a lo ahora pretendido cuando cursó los estudios de la carrera universitaria, no solicitó alimentos a su progenitor.

Los ingresos del demandado son escasos y necesita de la ayuda de su madre y hermana, con las que convive, para atender sus necesidades más básicas, tales como las de vivienda. En cambio, el demandante vive en compañía de sus abuelos maternos y tiene cubiertas todas las necesidades de manutención y habitación.

Una constante doctrina jurisprudencial en base a lo dispuesto que el alimentista “no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”, viene amparando situaciones de quienes, mayores de edad, tienen capacidad y ponen el esfuerzo necesario para seguir estudios a costa del alimentante mientras mantengan razonable regularidad en los resultados y no pueda reprochárseles abandono o vagancia.

Ahora bien, el señalado derecho tiene unos límites necesarios: de una parte, lo anteriormente aludido, respecto al contenido del art. 146 CC; y de la otra, lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 152 CC que señala como causa de cesación de la obligación de dar alimentos “cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria...”, debiendo entenderse que el ejercicio de la profesión, oficio o industria, sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, y no una mera capacidad subjetiva; ponderando, respecto de la actora que no existen dificultades en orden a que pueda encontrar con su preparación, titulación y edad presente, un trabajo en el mercado laboral en consonancia con las aptitudes demostradas.

Pues bien, en el presente caso la demanda fue interpuesta el 13 de julio de 2018, cuando el actor ya se había graduado en la carrera universitaria de enfermería, y en ese verano accedió al mercado laboral, así trabajó unos dos meses ese mismo verano, posteriormente unos 22 días en Navidad. Y tras cursar estudios universitarios, por mera voluntad sigue estudios superiores, tales como un master universitario, de tal modo consideramos que debe ser aplicado lo dispuesto en el art. 152.3º del CC, antes fundamentado, dadas las posibilidades reales del actor de obtener un empleo remunerado con su titulación de grado universitario de enfermería por lo que el recurso de apelación formulado por el demandado debe ser estimado, razón por la que deviene innecesario entrar a resolver sobre el recurso de apelación formulado de contrario.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

SU FALTA DE APTITUD PARA EL TRABAJO SE DEBE AL MALTRATO PSICOLÓGICO INFLIGIDO POR EL PADRE

AP LUGO, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 05/06/2019

La hija de 27 años, no ha podido o no ha sabido aprovechar la oportunidad de estudiar Psicología en Madrid, pues su aprovechamiento académico, en la etapa universitaria (no así en la secundaria), ha sido ciertamente deficiente, pero se acuerda mantener la pensión alimenticia durante 18 meses dado que su falta de aptitud para el trabajo se debe al maltrato psicológico infligido por el padre.

En el presente expediente de familia contencioso se discute la extinción de la pensión de alimentos que el padre viene abonando a su hija, mayor de edad, por su independencia económica.

La sentencia de instancia estima la pretensión del demandante y extingue la obligación de abono de alimentos y contra esta decisión judicial plantea recurso de apelación la parte demandada.

El visionado del video del juicio en relación con la documental obrante en autos, si bien lleva a compartir, en buena medida, la valoración efectuada por la juzgadora "a quo", también nos conduce, por los motivos que se dirán, a una parcial estimación del recurso.

En efecto, no puede obviarse que la hija, de 27 años, no ha podido, o no ha sabido aprovechar la oportunidad de estudiar Psicología en Madrid, pues su aprovechamiento académico, en la etapa universitaria (no así en la secundaria), ha sido ciertamente deficiente.

Además, la alternativa laboral tampoco ha sido afrontada con éxito, pues en estos años únicamente constan como trabajados, al menos con cotización oficial, 11 días.

Finalmente el IMELGA y el equipo Social no concluyen una incapacidad para el desempeño de la actividad laboral.

Simultáneamente tampoco puede obviarse que:

a) El informe del IMPELGA se efectúa sin una entrevista personal, aunque sí lo hiciese el equipo psico-social.

b) Se ha practicado en el juicio un dictamen pericial muy contundente en apoyo de la tesis de la actora, como es el de la Psicólogo Doña Patricia, que ha tratado durante 3 años a Alicia, y de forma convincente ilustra al Tribunal sobre su grave patología psicológica consecuencia del daño o trauma causado por el maltrato psicológico que dificulta sus relaciones, su concentración y en definitiva su aptitud para el trabajo.

Sin desconocer que no existe un informe médico-psiquiátrico que lo confirme no puede obviarse que se trata de una profesional colegiada, de amplia experiencia, y cuyo informe es de gran calidad.

c) Se ha constatado a través de una sentencia penal firme la condena del padre por maltrato tanto a la esposa como a la hija, que es la aquí beneficiaria de los alimentos.

d) Resulta razonable el nexo causal entre el maltrato y las patologías psicológicas que padece la víctima.

e) Es por ello, que, aún compartiendo que existan datos que permitan avalar la extinción de la pensión, y que recoge la sentencia, también resulta justificado establecer un tiempo prudencial de adaptación a la nueva situación.

No puede obviarse que el demandante padre de la demandante parece ser en buena medida el responsable de ese daño y de las dificultades psíquicas de su hija, por lo que resulta ilógico premiar esa actuación con una interpretación mecanística de los presupuestos de la extinción de la misma.

Es por ello por lo que la Sala se inclina por mantener la pensión durante DIECIOCHO MESES (UN AÑO Y MEDIO) para dar a la demandada su período de adaptación a la nueva situación.

Lógicamente ello comporta mantener la desestimación de su reclamación pues resulta improcedente elevar la pensión actual tal y como solicitaba.

NO PROCEDE LIMITAR LA PENSIÓN HASTA LOS 24 AÑOS

AP SEVILLA, SEC. 2.ª SENTENCIA DE 25/04/2019

Se suprime la limitación temporal impuesta en la sentencia para la pensión alimenticia hasta que los hijos alcancen 24 años, pues se deberá analizar cada caso para determinar si concurren los supuestos para extinguir la pensión, por lo que fijar una concreta edad para su extinción no es correcto.

La sentencia no acoge la petición de modificar el importe de la pensión de alimentos, acuerda la extinción de la pensión de la hija Carmela, y acuerda que la pensión de alimentos de Casilda y Gema se extinguirá cuando cumplan la edad de 24 años; interpone recurso de apelación D.ª Carina para que no se extinga la pensión de alimentos de Carmela, y no se limite la de Casilda y Gema; por su parte D. Diego pide la revocación y se disminuya el importe de la pensión de las dos hijas a la cantidad de 200 euros mensuales por hija, en total 400 euros; no se cuestiona que D. Diego ha sido despedido y que no ha encontrado trabajo; Carmela nació en 1993, Casilda en 1996 y Gema en 1999, por lo que en la actualidad las tres son mayores de edad; la posibilidad de modificar los pronunciamientos de una sentencia firme obligan a quien lo solicita a demostrar que se ha producido una variación sustancial de las circunstancias y por tanto ese es el requisito imprescindible que se debe acreditar para que pueda prosperar la petición de disminución de la pensión, que se ha producido la variación sustancial y que esa situación va a ser permanente, en este caso debe acreditarse la disminución de los ingresos de una gran entidad y que sea una situación que se va a mantener de forma indefinida; éste último requisito es el que considera la sentencia que no se acredita, pero lo que si se demuestra es que han disminuido sus ingresos, aunque ha percibido una indemnización por el despido, según consta en el acta de conciliación (folio 305); estos datos justifican que no se pueda acoger la petición de disminución de la pensión, debiendo mantenerse la que en su día se fijó; procede también confirmar la extinción de la pensión de Carmela pues finalizó sus estudios en el año 2016, y ha transcurrido un tiempo prudencial para que haya podido aunque con dificultad incorporarse al mercado laboral, queda como última cuestión la limitación temporal que se establece respecto de la pensión de alimentos de Casilda y Gema; la obligación de los progenitores de prestar alimentos no se extingue por alcanzar los hijos la mayoría de edad, sino por su incorporación al mercado laboral o bien por acreditarse una conducta pasiva en la búsqueda de empleo para la incorporación al mercado laboral, y se deberá analizar cada caso para determinar si concurren los supuestos para extinguir la pensión, por lo que fijar una concreta edad para su extinción no es correcto pues no se analiza cual será la concreta situación del hijo, si ha finalizado su formación o si continúa o si no se ha incorporado al mercado laboral a pesar de la búsqueda activa de empleo; por todo ello se debe suprimir la limitación temporal a los 24 años de la pensión de alimentos. No hacemos pronunciamiento sobre las costas.

Gastos extraordinarios

NO CONSTA EL CONSENSO RESPECTO A LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS DE UN HIJO COMÚN EN UN CENTRO PRIVADO DE MADRID. CONOCER NO ES CONSENTIR

NO SE ABONAN DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

NO CONSTA EL CONSENSO RESPECTO A LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS DE UN HIJO COMÚN EN UN CENTRO PRIVADO DE MADRID. CONOCER NO ES CONSENTIR

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
AUTO DE 26/03/2019

La contribución al 50% de los gastos extraordinarios quedaba sujeta al requisito de su carácter consensuado y justificación; y no consta dicho consenso respecto a los estudios universitarios de un hijo común en un centro privado de Madrid. Conocer no es consentir y el consentimiento tácito no puede linealmente apreciarse, sino que es una inferencia de alegados y acreditados presupuestos o indicios puestos oportunamente de manifiesto; extremo que aquí no concurre. Por otro lado, nada consta tampoco en orden a las posibilidades económicas de la madre para asumir parte alguna del significativo importe de estos gastos que inicialmente fueron libre y voluntariamente asumidos en su totalidad por el padre.

A fin de enmarcar el debate, se ha de comenzar indicando, que estamos en un incidente ex art. 776.4 de Lec. (solicitud deducida por don Antonio de fecha 7 de marzo de 2017 con la pretensión de que se declaren como gastos extraordinarios lo ocasionados durante los cursos 2015/2016 y 2016/2017 con motivo de estudios universitarios de un hijo común en un centro privado, de Madrid, los gastos de alojamiento y de ordenador; en total unos 25.000 euros aproximadamente) en el que la resolución de primera instancia ha desestimado la mencionada solicitud "sin que proceda la declaración como extraordinarios de los gastos reclamados".

No comparte don Antonio dicha decisión e interpone el presente recurso de apelación, aduciendo, al efecto, que la resolución dictada es contradictoria e incongruente y que ha incidido en un error de valoración probatoria y en infracción de normas y garantías procesales.

Planteado así el debate se ha de indicar, que dos extremos deben ser previamente remarcados:

- Por un lado, que la alegada infracción de normas y garantías procesales en este caso tiene su específica y central corrección por vía de lo establecido en el art. 460.2 de Lec.; razón por la que nos remitimos a la correspondiente resolución que ha abordado la petición de prueba en esta alzada.

- Por otro lado, que el debate debe de versar sobre las estrictas cuestiones planteadas en la primera instancia sin que en esta alzada sea dable el planteamiento de las denominadas cuestiones nuevas (art. 465.1 de Lec.)

Consecuencia práctica de ello, es que aquí nada puede válidamente alegarse en orden a las concurrencias de los presupuesto de una conformidad o consentimiento tácito, pues nada en relación a ello se indicó en la solicitud inicial ni, por tanto, se sometió a oportuno debate alegatorio y probatorio.

Partiendo de ello, centrándonos en los exclusivos y admisibles términos del debate y revisado el contenido de las actuaciones, se ha de anticipar, que el recurso debe ser desestimado.

En este sentido procede señalar:

A) El incidente previsto en el art. 766.4 de Lec. - condición objetiva de procedibilidad de la correspondiente demanda ejecutiva - no tiene solo por objeto determinar si un determinado gasto merece la calificación de extraordinario, sino si el mismo es válidamente repercutible sobre el progenitor que voluntariamente se niega al pago.

B) Dicha calificación y, en su caso, la posibilidad de repercusión deben de analizarse de un modo prioritario conforme a lo indicado en el correspondiente título ejecutivo (principio de literalidad del título) y solo en defecto del mismo debe de atenderse a los criterios jurisprudenciales sobre la materia (necesariedad, no periodicidad, impasibilidad, asumibles por el caudal del alimentante, no ser subsumibles en la cobertura prestada por los alimentos o gastos ordinarios).

Pues bien, como dichos criterios son los seguidos por la resolución apelada y ésta de forma indiscutida realiza un análisis en orden a la determinación del título ejecutivo (en lo que aquí respecta la sentencia de divorcio de 17 de septiembre de 2007 no se vio afectada por las sentencias de 16 de junio de 2014 y 31 de julio de 2016 dictadas en sendos procesos de modificación de medidas) y las precisiones contenidas en el mismo, en el sentido de que la contribución al 50% de los gastos extraordinarios quedaba sujeta al requisito de su carácter consensuado y justificación; la consecuencia, cuando dicho consenso no se acredita producido en momento alguno (conocer no es consentir, y el consentimiento tácito no puede linealmente apreciarse, sino que es una inferencia de alegados y acreditados presupuestos o indicios puestos oportunamente de manifiesto; extremo que aquí no concurre) y, a mayor abundamiento, nada consta tampoco en orden a las posibilidades económicas de doña Sacramento para asumir parte alguna del significativo importe de los gastos en cuestión que inicialmente fueron libre y voluntariamente asumidos en su totalidad por don Antonio, mal puede ser distinta a la alcanzada en la resolución apelada.

NO SE ABONAN DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª AUTO DE 30/04/2019

La parte viene a confundir lo que es pensión de alimentos que en cuanto a su exigibilidad tiene como referencia la fecha de presentación de la demanda -de no haberse fijado con anterioridad-, con los gastos extraordinarios que no tienen tal condición y por lo tanto no pueden ser comprendidos en el ámbito de aplicación de la jurisprudencia sentada sobre la pensión de alimentos.

En relación al primer motivo su desestimación está meridianamente clara en cuanto que la parte viene a confundir lo que es pensión de alimentos que en cuanto a su exigibilidad tiene como referencia la fecha de presentación de la demanda -de no haberse fijado con anterioridad-, con los gastos extraordinarios que no tienen tal condición y por lo tanto no pueden ser comprendidos en el ámbito de aplicación de la jurisprudencia sentada sobre la pensión de alimentos.

En el cuadro que se aporta con la demanda ejecutiva aparecen pagos del año 2013 a 2016 de los que necesariamente se ha de excluir ya desde un primer momento los pagos realizados con anterioridad a la sentencia de 30 de mayo de 2014, debiéndose recordar que esta ejecución sólo puede servir para la efectividad de lo que haya establecido la sentencia de divorcio, es el caso de los 393,85 euros del año 2013. En todo caso tal y como se señaló en su momento por la parte ejecutada se trataría de pagos realizados durante la vigencia de la sociedad legal de gananciales presumiendo que debió hacerse también con dinero ganancial lo que sería extensivo también a los pagos realizados durante 2014 y antes del 30 de mayo de ese año en que, repetimos, se dictó la sentencia de separación. La respuesta no puede ser otra por el hecho de que existiera un auto de medidas provisionales de 9 de abril de 2012 puesto que, primero, no se trata aquí de la ejecución de esa resolución; segundo, esas medidas no consta que estuvieran en vigor en la fecha en la que se reclaman; y tercero, en tanto gastos extraordinarios estarían sometidos a la necesidad de seguir el trámite previsto en el artículo 776.4 a propósito de la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario.

Pensión compensatoria

CON UN AÑO DE RELACIÓN ES SUFICIENTE PARA EXTINGUIR LA PENSIÓN

LA TESTIFICAL DEL HIJO MAYOR ES SUFICIENTE PARA TENER ACREDITADA LA RELACIÓN DE PAREJA

CON LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA POR CINCO AÑOS QUEDA COMPENSADO EL DESEQUILIBRIO

CON UN AÑO DE RELACIÓN ES SUFICIENTE PARA EXTINGUIR LA PENSIÓN

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 05/06/2019

Aunque la relación con un tercero solo durase un año, esa convivencia es causa de extinción de la pensión compensatoria.

La última cuestión a dilucidar por la Sala es la referente a la procedencia o no de extinguir la pensión compensatoria que el actor pasa mensualmente a su ex mujer doña Adriana. Según indica don Jesús Manuel, la demandada doña Elsa convive maritalmente con otra persona, cuestión que ésta última niega. Es más, reconoce que la relación existió pero que desde hace un año ya no existe.

El artículo 101 del Código civil dispone en su párrafo primero que "el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona".

Para resolver este motivo debemos tener en cuenta la jurisprudencia que al respecto ha dictado el Tribunal Supremo en lo que se refiere a la interpretación de la norma en lo que se refiere a la "vida marital" y como debe aplicarse de conformidad con las actuales circunstancias sociales, como el hecho de existir una convivencia sin existencia de matrimonio pero que suponga una relación de análoga afectividad a la de vida marital.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de fecha 28 de marzo de 2012 recoge la doctrina aplicable a los casos, como el que ahora se nos plantea, de extinción de la pensión compensatoria por causa de vida marital de la ex esposa con un tercero; esta sentencia, que cita la anterior Sentencia del Tribunal Supremo 42/2012, de 9 febrero que recoge igual doctrina, para dar sentido al artículo 101 del Código civil, dispone lo siguiente:

" [...] deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor.

.... Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión "vida marital con otra persona" puede hacerse desde dos puntos de

vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce este convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina "vida marital" son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio ".

La sentencia citada es plenamente aplicable al caso que nos ocupa, como veremos a continuación.

De lo actuado resulta que tras el informe presentado por la parte actora y obrante en autos que fue realizado por el detective privado don Inocencio el cual fue ratificado por éste en el acto del juicio celebrado en el Juzgado el día 1 de marzo de 2018, doña Adriana mantuvo una relación con un tercero.

En primer lugar se acredita por las propias declaraciones vertidas por doña Adriana en el interrogatorio que le fue practicado; en él reconoció la relación sentimental que mantuvo con el Sr. don Federico, si bien añadió que hacía un año que había terminado; reconoció que mientras duró la relación ella tenía la llave del domicilio de don Federico al cual acudía a dormir cuando deseaba junto con su hija Esperanza y que es cierto que se cambiaron allí de ropa cuando pernoctaban en el mismo, reconociendo ser verdad que don Federico llevaba a su hija Esperanza a la localidad de ... para que pudiera asistir a sus clases de peluquería, aunque la interrogada manifestó que no llegó a convivir permanentemente con el Sr. Federico en un mismo domicilio.

El detective privado Sr. Inocencio se ratificó en su informe en el acto del juicio y declaró que hizo un seguimiento a la demandada durante el año 2016 y con ello pudo percibir que doña Adriana y su hija Esperanza pernoctaban en el domicilio del Sr. Federico, que ella tenía llave de ese domicilio y de allí se las veía salir a la madre y a la hija con la ropa cambiada; que la Sra. Adriana y el Sr. Federico se mostraban públicamente como pareja de manera afectuosa y que en los perfiles abiertos de WhatsApp aparecían juntos.

En definitiva, la Sra. Adriana reconoció expresamente que aunque no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, había acudido habitualmente a la vivienda del Sr. don Federico con el que tenía una relación junto con su hija Esperanza y no solo para visitarle, sino que también habían dormido allí teniendo llave de la casa de éste.

En atención a la prueba practicada, debemos considerar que estas relaciones tuvieron las características de permanencia: en el momento de la comparecencia en el acto del juicio la demandada declaró que la convivencia tuvo una duración de aproximadamente un año y que hacía otro que había terminado. No obstante, es claro que el entorno de la Sra. Adriana, según ha quedado acreditado en el informe, conocía estas relaciones, hecho que además se demuestra porque la hija acudió junto con su madre a casa de don Federico y aunque doña Adriana insista en que hoy la relación ya habría terminado, ello no sirve para hacer renacer el derecho a la pensión compensatoria que recibía, la cual ha quedado extinguida.

Por todo ello, teniendo en cuenta la doctrina anteriormente expuesta de Alto Tribunal en este punto, debemos considerar que los hechos aquí probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por "vida marital" en el Art. 101 CC.

Ello lleva a la procedencia de que esta Sala declare extinguida la pensión compensatoria que doña Adriana recibe de su ex marido, con efectos desde la fecha de la sentencia de instancia de modificación de medidas, esto es desde el día 2 de marzo de 2018.

LA TESTIFICAL DEL HIJO MAYOR ES SUFICIENTE PARA TENER ACREDITADA LA RELACIÓN DE PAREJA

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 17/04/2019

La testifical del hijo mayor del matrimonio, que convive con el padre, pero que visita regularmente a la madre, es prueba suficiente para declarar la extinción de la pensión compensatoria, dado que el hijo ha manifestado la convivencia de un tercero en el domicilio familiar que comparte dormitorio con la madre.

Debemos por tanto examinar la prueba practicada en Primera Instancia y la practicada en apelación, consistente ésta última en la declaración testifical de D. Fernando, hijo de ambos litigantes, que no pudo practicarse en Primera Instancia por ser entonces menor de edad. De la documental obrante en autos se desprende que la Sra. Dolores convive de forma permanente con D. Iván en la vivienda sita en ... de San Sebastián en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito el 17 de marzo de 2017, en el cual consta que en esa fecha la Sra. Dolores y el Sr. Iván residían en una vivienda sita en ... de San Sebastián. En el contrato de arrendamiento de 17 de marzo de 2017 se pactó el abono de un primer mes de arrendamiento de 825 euros, otros 825 euros en concepto de fianza y 499,15 euros de gastos de agencia, pero del extracto de movimientos de la cuenta bancaria de la Sra. Dolores no se desprende que por ésta se realizara ningún abono, total o parcial, de dichos gastos de alquiler, y en la Sentencia de instancia que se considera probado que la Sra. Dolores no contribuye al pago del alquiler de la vivienda en la que reside con el Sr. Iván. En la vista del juicio celebrado en Primera Instancia se practicó la declaración testifical de D. Román, hijo de los litigantes que convive con el padre y que no tiene relación con la madre; este testigo declaró que su hermano Fernando le dijo que no quería vivir con su madre porque no se llevaba bien con la pareja de ésta, Sr. Iván, que en una ocasión él escuchó una conversación en términos cariñosos entre su madre y el Sr. Iván, sin concretar contenido de la conversación o el momento en que se produjo, y que había visto en varias ocasiones a su madre colocando sillas en la terraza del bar que regenta el Sr. Iván. También declaró en el acto del juicio la testigo D.ª Erica, hermana del demandante, que declaró que solía ver a la Sra. Dolores en el bar del Sr. Iván, dentro y fuera de la barra, que en el barrio todo el mundo sabía que la Sra. Dolores y el Sr. Iván son pareja y que un amigo de ella le dijo que los había visto de la mano por la calle; y la testigo D.ª Hortensia, amiga del demandante, que declaró haber visto a la Sra. Dolores salir de la cocina del bar del Sr. Iván varias veces y que había visto al Sr. Iván y a la Sra. Dolores juntos por la calle, aunque no agarrados. La juez de instancia consideró que esta prueba testifical era insuficiente para acreditar la convivencia marital de la Sra. Dolores con un tercero, por haberse emitido todos ellos por personas muy próximas al circulo del actor, lo cual generaba dudas sobre la imparcialidad y objetividad de los testigos y porque los testimonios se basaban a su vez en deducciones, suposiciones y manifestaciones de terceros que no intervinieron en el pleito. En concreto se indica por la Juzgadora de instancia, respecto del testimonio de D. Román, que éste era un testimonio de referencia, y que las afirmaciones de Fernando a las que se refería el testigo D. Román no habían podido ser contrastadas, ante la denegación de la prueba de exploración del entonces menor Fernando que se había propuesto para acreditar tal extremo.

Podemos concluir que la valoración probatoria realizada por la Juzgadora de instancia fue razonable y lógica, atendidas las circunstancias concurrentes en la prueba testifical que en dicha sede se practicó. Sin embargo la prueba practicada en esta alzada, consistente en la declaración testifical del ya mayor de edad D. Fernando, nos lleva a alcanzar una conclusión diferente. En la declaración de este testigo no concurren circunstancias que nos hagan dudar de su objetividad e imparcialidad. Ciertamente el testigo es hijo de ambos litigantes y reside en la actualidad con su progenitor hoy demandante, en cumplimiento del régimen de custodia otorgado a dicho progenitor en la Sentencia de instancia, pero mantiene relación con su madre, a la que visita una o dos veces por semana en la vivienda en la que ésta reside, según declaró, y a preguntas de los Letrados de las partes manifestó que "su madre le ha propuesto ir a vivir con ella pero él le dijo que no estaba a gusto con el señor que vive con ella, su madre comparte habitación con el señor con el que

vive, el otro dormitorio de la casa se utiliza como trastero, él suele estar en la casa en la que reside su madre hasta las 12 de la noche, su madre le ha negado que esa persona con la que vive sea su pareja". De esta declaración se desprende que, aunque el testigo reconociera que no ha llegado a presenciar manifestaciones afectuosas propias de una pareja entre su madre y el Sr. Iván, lo cual, además de reforzar la credibilidad del testigo, puede considerarse lógico, dado que en una situación como la presente debe presumirse un ánimo de ocultación y disimulo frente al resto de personas por parte de quien, como en este caso la Sra. Dolores, puede resultar perjudicada por la publicidad de la convivencia marital, sí que ha presenciado directamente el testigo D. Fernando, no solo ya la convivencia habitual y permanente de la demandada con el Sr. Iván en el mismo domicilio, sino el hecho de que ambos comparten una habitación en una vivienda en la que se dispone de otra habitación que podría utilizarse también como dormitorio y a la que sin embargo no se le da este destino, lo cual consideramos resulta ser un indicio de suficiente entidad como para concluir que entre ambos convivientes existe una relación afectiva y por tanto marital, en la interpretación que la jurisprudencia antes citada confiere a dicho término, que se añade además a otros indicios que han quedado acreditados como son que la demandada y el Sr. Iván hayan compartido domicilio en al menos dos ocasiones sucesivas en el tiempo, y que no haya constancia de que ello vaya acompañado del correlativo reparto de gastos de alquiler de la vivienda en la que residen, a pesar de que la Sra. Dolores haya sostenido en todo momento que la razón de compartir piso con el Sr. Iván era precisamente compartir dichos gastos, indicios todos ellos que consideramos suficientes para estimar acreditada la convivencia marital de la demandada con un tercero y la consiguiente concurrencia de la causa de extinción de la pensión compensatoria contemplada en el articulo 101 CC, procediendo por tanto estimar en este punto el recurso interpuesto.

En cuanto a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, la parte actora solicitó en su demanda que dichos efectos se retrotrayeran a la fecha de interposición de la demanda (22 de mayo de 2018), solicitud esta que reproduce en su escrito de recurso, con cita expresa de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018. Esta Sentencia resolvió el recurso de casación y por infracción procesal interpuesto frente a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca dictada en un supuesto en el que existían pruebas evidentes e indubitadas al tiempo de interponerse la demanda iniciadora del procedimiento de modificación de medidas de que la persona beneficiaria de la pension compensatoria convivía maritalmente con otra persona desde más de diez años antes de la interposición de la demanda. Ante ello el Alto Tribunal concluye que "la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que -conocida dicha situación- se interpone la demanda y se dicta Sentencia decidiendo sobre la extinción. Ninguna razón existe para concluir que la solución adoptada por la Audiencia en el caso presente, llevando los efectos de la extinción a la fecha de presentación de la demanda, suponga una solución no acorde con el espíritu de la norma pues se ha podido determinar que la situación de convivencia que ha dado lugar a la extinción existía desde el año 2004 -más de diez años antes de la interposición de la demanda- por lo que carece de sentido prolongar más allá del ejercicio del derecho por el demandante la existencia de la obligación de pago de la pensión, cuya extinción podía haberse producido en la práctica mucho tiempo atrás".

De lo expuesto se desprende que el Alto Tribunal admite el efecto retroactivo de la extinción de la pensión compensatoria en aquellos casos en que el hecho determinante de la extinción resultaba indubitado al tiempo de interponerse la demanda iniciadora del procedimiento de modificación de medidas, como ocurre cuando se ha contraído nuevo matrimonio, o cuando existe una convivencia equiparable al matrimonio, indubitada y prolongada en el tiempo, acogiendo de esta forma el Tribunal Supremo la doctrina sentada por Audiencias Provinciales como la de Cádiz en Sentencia de 22 de enero de 2010 que, resolviendo un asunto en el que se planteaba el efecto retroactivo de la extinción de una pensión compensatoria, tras aludir a la regla general del carácter constitutivo, diferenció claramente entre los supuestos en los que se requiere para acordar la extinción de la medida una actividad deductiva de valoración probatoria para resolver si se debe entender acreditada la circunstancia determinante al efecto, lo que impediría, por su falta de fijeza y concreción previa, la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en los que dicha circunstancia podría resultar indubitada.

Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos

que en este caso no concurre el supuesto que justificaría la aplicación retroactiva de la extinción de la pensión compensatoria al momento de interposición de la demanda, pues la convivencia marital determinante de dicha extinción, lejos de ser un hecho evidente, manifiesto e indubitado al tiempo de interponerse la demanda, ha planteado serias dudas de hecho solo esclarecidas tras la actividad probatoria practicada en segunda instancia, existiendo asimismo dudas acerca de cuándo exactamente esa convivencia, que pudo ser meramente amistosa en una fase inicial, se ha consolidado o configurado como marital, lo cual entendemos justifica que la declaración de extinción de la pensión compensatoria tenga efectos constitutivos y que en consecuencia despliegue su eficacia exclusivamente desde la fecha de la presente resolución.

En definitiva procede estimar parcialmente el recurso de apelación y revocar en parte la Sentencia de instancia, acordando la extinción de la pensión compensatoria establecida a favor de D.ª Dolores, con efectos desde la fecha de la presente resolución, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la Sentencia objeto de recurso.

CON LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA POR CINCO AÑOS QUEDA COMPENSADO EL DESEQUILIBRIO

AP BARCELONA, SEC. 18.ª SENTENCIA DE 19/06/2019

La atribución del uso de la vivienda familiar, propiedad del esposo, por el plazo de cinco años consume la pensión compensatoria que le correspondería, teniéndose en cuenta que el matrimonio, aunque ha habido descendencia (la custodia de las hijas se ha atribuido al padre) ha tenido una duración de seis años.

La apelante sostiene en esta alzada la petición de una pensión compensatoria de 300 euros por un periodo de cinco años. La sentencia ha denegado la pensión por entender que no concurren los requisitos. Se afirma que no se ha probado mayor dedicación a la familia y que la ruptura no ha producido un desequilibrio económico. La Sala discrepa de la valoración efectuada en la sentencia apelada. La dinámica familiar constante matrimonio se ajusta a una organización tradicional en el que el progenitor trabaja fuera de casa y la progenitora se queda en casa cuidando de la familia. No ha trabajado durante la convivencia matrimonial que ha tenido una duración de seis años. Al finalizar la convivencia la esposa carece de ingresos mientras que el esposo mantiene los ingresos fuente del trabajo realizado. Entendemos que concurren los presupuestos exigidos en el art. 233-14 CCC. Ahora bien, se ha atribuido a la esposa el uso del domicilio familiar que es propiedad exclusiva del esposo que debe seguir abonando los préstamos hipotecarios cuyas cuotas ascienden a casi 670 euros al mes. El art. 233-20 1 CCC contempla la atribución del uso para satisfacer la prestación compensatoria y el art. 233-14 CCC no permite fijar una pensión que otorgue al cónyuge acreedor un nivel de vida superior al nivel de vida en que queda el otro cónyuge. El padre sigue trabajando y tiene unos ingresos mensuales, como hemos señalado, de unos 2.000 euros netos al mes, debe afrontar las cuotas hipotecarias y los gastos de alimentación de las hijas con una aportación mínima por parte de la madre. La madre no trabaja pero tiene recursos personales para obtener dinero y no prueba que no pueda trabajar. Tiene durante el periodo de tiempo establecido cubierta la necesidad de vivienda. En tales condiciones la Sala entiende que la atribución del uso por el plazo de cinco años consume la pensión compensatoria que le correspondería. Se valora para ello también que el matrimonio ha tenido una duración de seis años.

Compensación
extinción régimen separación de bienes

COMO CONTÓ CON AYUDA DOMÉSTICA, HAY QUE MODERAR LA COMPENSACIÓN EN UN 50%

COMO CONTÓ CON AYUDA DOMÉSTICA, HAY QUE MODERAR LA COMPENSACIÓN EN UN 50%

AP SEVILLA, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 29/04/2019

Para al cuantificación de la compensación del art. 1438 del CC, se tiene en cuenta que la suma del salario mínimo interprofesional entre los años 1997 y 2016 asciende a 116.121 euros; dicha cantidad ha de ser moderada en un 50%, pues se ha contado con el auxilio complementario de una empleada doméstica, de manera que las atenciones del hogar familiar no han corrido exclusivamente a cargo de la esposa, independientemente de que el servicio doméstico fuera contratado por el esposo.

Durante el periodo de tiempo que media entre el establecimiento del régimen de separación de bienes en Febrero de 1997, año y medio después de la celebración del matrimonio en Junio de 1995, y el cese de la convivencia conyugal en Abril de 2016, la Sra. Fátima se dedicó a atender al hogar y a cuidar de la familia, sin compatibilizar dichas tareas con la realización de una actividad laboral ajustada a su cualificación profesional como maestra. Por tal motivo es acreedora de la indemnización económica que previene el Art. 1438 del Código Civil por el trabajo para la casa como contribución al sostenimiento de las cargas familiares, ya que la mujer tiene derecho a compensación sólo cuando se haya dedicado de modo exclusivo al cuidado de la familia y de la casa, aunque haya contado con el auxilio del otro cónyuge o con la ayuda de una empleada doméstica.

Como acertadamente hace la sentencia apelada, la cuantificación de dicha compensación, basada en la previa contribución en especie al mantenimiento de las cargas familiares, puede efectuarse atendiendo al sueldo o salario que percibiría una tercera persona por desarrollar “el trabajo para la casa”, de manera que se contribuye con lo que se ahorra o se deja de desembolsar al no ser necesario contratar servicio doméstico por la dedicación al hogar familiar. En definitiva, la ayuda externa de una empleada de hogar puede tomarse en consideración para cuantificar la indemnización.

La suma del salario mínimo interprofesional entre los años 1997 y 2016 asciende a 116.121 euros; dicha cantidad ha de ser moderada en un 50%, pues se ha contado con el auxilio complementario de una empleada doméstica, de manera que las atenciones del hogar familiar no han corrido exclusivamente a cargo de la Sra. Fátima, independientemente de que el servicio doméstico fuera contratado por el Sr. Jenaro.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

DEBIÓ CONTINUAR EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO Y NO APROBARSE UN ACUERDO BÁSICO E INCOMPLETO

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 05/04/2019

Los acuerdos mínimos que habían alcanzado las partes y que se expusieron en el acto del juicio adolecían de algunas carencias y de falta de precisión y detalle en ciertos aspectos, bien porque las partes no habían adoptado aun un acuerdo al respecto o bien porque, a pesar de haberse quizás tratado en las conversaciones previas al inicio de la vista, no habían llegado a tomar forma o no hubo tiempo de concretar, y precisamente por ello la juzgadora requirió a las partes la presentación del documento conjunto en el que todo ello se detallara. Sin embargo tal documento conjunto nunca llegó a materializarse, lo cual evidencia que la controversia de las partes persistía y ante ello lo que procedía era continuar el procedimiento contencioso según sus tramites, en lugar de aprobar judicialmente un acuerdo básico e incompleto.

Para la resolución del recurso interpuesto debemos partir de los siguientes antecedentes que resultan de las actuaciones:

1º D.ª Rosaura presentó demanda frente a D. Amador de medidas paterno filiales contenciosas, solicitando la adopción de medidas previas consistentes en 1) Atribución del uso del domicilio familiar a la madre en beneficio de las hijas; 2) Atribución de la guarda y custodia a la madre, siendo la patria potestad compartida, 3) Dada la corta edad de las hijas, 21 meses, así como la imposibilidad del padre para atender a sus necesidades por la falta de apoyo de otros familiares y de atender a sus cuidados, el establecimiento de un régimen de visitas progresivo que se especificaba en la demanda; 4) Régimen de vacaciones también progresivo, en Navidad, Semana Santa y Verano; 5) Pensión de alimentos de 250 euros por cada una de las hijas; 6) Gastos extraordinarios en proporción del 35% para la madre y del 65% para el padre; 7) Comunicaciones: derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores a comunicarse con ellos a través de cualquier medio.

2º El demandado D. Amador contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando la adopción de medidas consistentes, en síntesis, en 1) Patria potestad compartida; 2) Guardia y custodia compartida, desarrollada en el domicilio de cada progenitor con una cadencia de 4 días en función del trabajo y días libres del padre; 3) Atribución a la madre del uso de la vivienda familiar, ejerciéndose la custodia de las menores en el domicilio de cada uno de los progenitores; 4) En concepto de alimentos para las hijas cada progenitor abonará los gastos que se produzcan en la vida ordinaria de las menores durante el periodo que pase con cada una de ellos; el resto de gastos ordinarios serán abonados al 50%, estableciéndose idéntico porcentaje respecto a los gastos extraordinarios, con apertura de una cuenta mancomunada de titularidad conjunta de los

padres donde se domiciliarán única y exclusivamente los gastos de las menores y donde cada progenitor ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes la suma de 100 euros cada uno para las menores; para el abono de gastos no domiciliados en dicha cuenta y de periodicidad mas discontinua el progenitor que los haya pagado, previa consulta y consentimiento escritos del gasto por el otro progenitor, conservará los tickets, facturas o recibos acreditativos de los mismos haciendo llegar copia al otro; ingreso en la cuenta común de becas o subvenciones educativas que reciban las menores; 5) Régimen especial de estancia para días señalados; 6) Derecho de comunicación entre hijas y progenitores; 7) Periodos vacacionales en Semana Santa, Verano y Navidad.

3º La vista de medidas definitivas se celebró el día 1 de junio de 2017. Al comienzo de la vista la juzgadora manifestó lo siguiente: "Se ha alcanzado un acuerdo sobre todos y cada uno de los pedimentos, se va a exponerlos de manera breve, sin perjuicio de que las propias letradas van a elaborar un documento que será luego plasmado en la sentencia". A continuación la juzgadora fue exponiendo los acuerdos que las partes habían alcanzado respecto de cada una de las cuestiones controvertidas; en el minuto 18.00 de la grabación preguntó a cada una de las partes presentes si estaban de acuerdo con los puntos que acababan de escuchar y todos respondieron afirmativamente. Al término del acto, en el minuto 19.02 de la grabación, la juzgadora señaló que: "En este caso lo único que queda es que se plasme con lo que se ha establecido aquí como criterios básicos en un documento Word que se remita al Juzgado con el objeto de recoger expresamente lo que contenga el documento-".

4º Con posterioridad a la vista la representación de la parte actora presentó escrito solicitando la nulidad de la vista alegando ausencia de consentimiento de su representada con las condiciones establecidas por la juzgadora en el acto de la vista, petición que fue desestimada mediante Auto de 26 de junio de 2017 en cuya Parte Dispositiva se acordó lo siguiente: "Se desestima el incidente de nulidad de actuaciones presentado por la representación de D.ª Rosaura, no retrotrayéndose las actuaciones. Por tanto queda únicamente la presentación de un escrito firmado por ambas partes que plasme el acuerdo alcanzado, en caso contrario se procederá a la revisión de la vista y al dictado de la Sentencia con lo allí grabado".

4º No se presentó el convenio firmado por ambas partes que la Juzgadora había requerido en el acto de la vista. Con fecha 28 de junio la representación de D. Amador presentó escrito solicitando que se dictase sentencia. Con fecha 7 de julio de 2017 se dictó Sentencia, en cuyo Fundamento de Derecho Primero, tras señalarse que "En Sala de Justicia se llegó entre las partes a consensuar todos los pedimentos solicitados en los escritos, siendo el siguiente acuerdo", se desglosaron las medidas sobre patria potestad, guarda y custodia compartida, vacaciones, gastos ordinarios y extraordinarios, y comunicaciones, en los términos que se habían expuesto en el acto de la vista, salvo respecto a lo acordado para la guarda y custodia compartida durante el mes de junio, señalándose al respecto en la sentencia que "Encontrándonos en este caso en el mes de julio de 2017 lo acordado para el mes anterior no tiene ya eficacia"; y en el Fallo de la Sentencia se señaló que. "Se aprueba el acuerdo alcanzado en sede judicial (-) establecido en el Fundamento de Derecho de esta resolución", que se reproducía a continuación.

5º Por la representación de D.ª Rosaura se solicitó aclaración o rectificación de la sentencia, solicitando que se incluyese en su Fundamento de Derecho la omisión consistente en: "1.- En el acto de la vista se llegó al siguiente acuerdo: "las propias letradas elaborarán un documento que deberá ser plasmado en la Sentencia" (-) "solo queda que se plasme lo que se establece como básico en un documento Word con el objeto de recoger expresamente lo que contiene ese documento en la Sentencia"; 2.- Que no habiendo aportado dicho documento por disconformidad con lo básico la Juzgadora requirió a las partes para que lo aportaran y al no aportarlo se dicta Sentencia en los siguientes términos-", y asimismo que se incluya en la sentencia que frente a la misma cabía interponer recurso de apelación. La representación de D. Amador presentó escrito solicitando aclaración o rectificación de la sentencia, solicitando que se rectificase lo establecido en la sentencia sobre la entrega de las menores por el padre el ultimo día de su periodo de custodia, distinguiendo según el padre trabajara en turno de mañana o de tarde, que se regulase que las entregas y recogidas pudieran realizarse en el domicilio paterno en función del trabajo que pueda tener la madre, que se incluyera en la sentencia que las menores acudirían a las estancias con cada uno de los padres con su cartilla y libro sanitario de Osakidetza, que se señalase como lugar de recogida la guardería

o colegio en días lectivos, que se regulase la forma de inicio de la custodia ordinaria tras los periodos vacacionales, que se incluyera una disposición sobre fiscalidad, que se estableciera la obligación de cada progenitor de comunicar las altas, cambios de dirección de correo electrónico, domicilio y teléfono, que se incluyera un pronunciamiento expreso sobre el empadronamiento de las menores, que se regulase de forma expresa el destino de las becas, ayudas o subvenciones que recibieran las menores y que se regulara expresamente que los días especiales (cumpleaños de las hijas) se compartirían siempre que las hijas o el progenitor visitador estuviera en Gipuzkoa.

6º Por la juzgadora de instancia se dictó con fecha 18 de julio de 2017 Auto en el que rechazó la petición de aclaración efectuada por la parte actora y estimó parcialmente la petición realizada por la parte demandada, únicamente en el extremo relativo a la entrega de la tarjeta sanitaria de las niñas por parte de los progenitores en cada uno de los intercambios de custodia.

7º Por la representación de D.ª Rosaura se interpuso recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia, alegando en fundamento del mismo que en la Sentencia dictada recoge todos los extremos que la parte demandada solicitó en su contestación, que la actora fue exhortada y se sintió persuadida para aceptar en su integridad lo que la demandada solicitó en su contestación, que la actora manifestó su conformidad en aquello que la juzgadora le indicó por un sentimiento de mandato que le impidió contradecir a la juzgadora, que además su conformidad era un mínimo que estaba supeditado a la presentación de un convenio regulador firmado por las partes, que la sentencia se dictó sin que se hubiera presentado el convenio regulador que la juzgadora determinó como requisito necesario, que no habiéndose presentado el convenio regulador la juzgadora dictó sentencia en la que se recogen unos mínimos que requerirán una constante serie de incidentes de ejecución forzosa, que en la sentencia se dice que contra la misma no cabe recurso sin señalar la resolución en la que se ampara, que falta la completa grabación de la vista, con infracción del articulo 230.1 LOPJ y 146 y ss LEC, que en la grabación del CD solo consta lo manifestado por la juzgadora, que ni la parte actora ni la demandada están de acuerdo con los mínimos que la juzgadora ha recogido en la sentencia, lo que corrobora que se trata de un procedimiento contencioso, que la resolución dictada omite la progresividad del régimen de custodia compartida que consta en la grabación para el mes de junio, en lugar de mantener la misma progresividad para el mes de julio, que por ello solicita que se revoque la sentencia recurrida, dictándose una nueva en la que se establezcan las medidas paterno filiales que la actora solicitó en su demanda o en su defecto que se declare la nulidad de la vista y de la sentencia dictada, por violación de la tutela judicial efectiva, ordenando celebrar la vista en otro juzgado diferente que no tenga conocimiento previo de la causa.

8º Por el Juzgado de instancia se dictó Auto inadmitiendo a trámite el recurso de apelación por entender que la resolución recurrida no era apelable. Frente a dicha resolución por la parte actora se formuló recurso de queja, dictándose por esta Sala con fecha 22 de enero de 2018 Auto que estimó el recurso interpuesto, dejando sin efecto el Auto recurrido y acordando en su lugar que por el Juzgado de procedencia se dictase un nuevo auto admitiendo a trámite el recurso de apelación interpuesto.

9º Admitido el recurso por la parte apelada se presentó escrito de oposición, alegando que el recurso de apelación no debe admitirse por vulnerarse el articulo 777.8 LEC, que la actora era consciente y entendió lo que se estaba pactando en la vista, que los acuerdos alcanzados por las partes en sala son validos, que el acuerdo alcanzado no estaba sometido a la condición de presentar un convenio regulador, que éste no era un requisito para dictar sentencia sino un mero complemento para descargar al Juzgado de trabajo, que la actora actúa contra sus propios actos.

10º El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación.

11º Por la representación de D. Amador se presentó un escrito de ampliación de hechos acompañado de un documento, en el que puso de manifiesto que se había producido un cambio en la situación laboral del padre, ya que ha pasado a situación de desempleo, y en base a lo cual solicita que la custodia compartida se desarrolle por semanas durante el periodo ordinario, de lunes a lunes. Por la representación de D.ª Rosaura se presentó escrito de ampliación de hechos y solicitud de celebración de vista, acompañado de varios documentos. Con fecha 9 de octubre de 2018 se dictó Auto admitiendo el escrito de ampliación de hechos presentado por la representación del Sr. Amador y admitiendo el documento presentado junto con dicho escrito, e

inadmitiendo el escrito y documentos aportados y la solicitud de celebración de vista formulada por la representación de la Sra. Rosaura. Frente a este Auto la parte apelante formuló recurso de reposición, que fue desestimado.

Respecto de la inadmisibilidad del recurso de apelación que plantea la parte apelada en su escrito de oposición con fundamento en el articulo 777.8 LEC, debemos recordar que se trata de una cuestión ya resuelta en el Auto dictado por esta Sala con fecha 22 de enero de 2018, a cuya argumentación nos remitimos, en el cual se resolvió el recurso de queja que interpuso la parte recurrente en apelación frente al Auto de inadmision del recurso dictado por el juzgado de instancia.

Centrándonos en los motivos del recurso de apelación, apreciamos que en el mismo se reproducen alegaciones que ya esgrimió la parte actora en su escrito de solicitud de nulidad del acto de la vista que presentó en la instancia, en concreto se insiste en el escrito de recurso en que los extremos expuestos por la juzgadora en el acto de la vista no fueron aceptados por su representada, que su voluntad quedó anulada y que por la juzgadora se recogió únicamente lo que había sido solicitado por la parte demandada. Sin embargo del visionado de la grabación del acto de la vista se desprende que a su inicio la juzgadora manifestó que iba a proceder a exponer los acuerdos que habían alcanzado las partes, que a lo largo de su exposición solicitó en varias ocasiones a una y otra representación letrada que le confirmaran que lo que estaba exponiendo se correspondía con lo que habían acordado las partes o si tenían algo que añadir, y que al finalizar su exposición preguntó de forma expresa y por separado a actora y demandado, presentes en dicho acto, si estaban de acuerdo con cada uno de los puntos que habían escuchado, a lo cual ambos respondieron afirmativamente, realizando también la juzgadora la misma pregunta a las representaciones letradas y al Ministerio Fiscal. Debemos por tanto concluir que los puntos que la juzgadora desglosó en el acto de la vista habían sido acordados antes del inicio de la vista por ambas partes, incluida la actora, y que con sus respuestas afirmativas a las repetidas peticiones de ratificación y conformidad que la juzgadora les realizó durante el desarrollo del acto ambas partes expresaron, incluida la actora, su acuerdo con lo expuesto por la juzgadora en ese momento.

Se alega también en el escrito de recurso la infracción de los artículos 230.1 LOPJ y 146 y ss LEC, referidos a la grabación de los actos judiciales, en concreto se alega en el escrito de recurso que no hay una grabación completa de la vista. Sin embargo basta visionar la grabación obrante en autos para comprobar que en la misma se recoge todo lo que ocurrió en la vista, desde su inicio hasta el final. La normativa que se cita como infringida obliga a grabar en soporte audiovisual las vistas y comparecencias, y no las conversaciones que hayan podido mantener las partes, juzgador y Ministerio Fiscal de forma previa al inicio del acto judicial propiamente dicho, las cuales no constituyen actuación procesal de vista o comparecencia cuya grabación audiovisual exige el articulo 147 LEC. No cabe por tanto sino concluir que el acto de la vista se ajustó a las formalidades legales y que se grabó en su integridad, cumpliendo lo preceptuado en las normas que la recurrente considera infringidas.

Señala también la parte recurrente que en cualquier caso los puntos que la juzgadora expuso en el acto de la vista eran unos mínimos que estaban supeditados a la presentación de un convenio regulador firmado por ambas partes que no se llegó a presentar, que por tanto la conformidad manifestada en el acto de la vista no es plena y carece de valor, y que la juzgadora dictó sentencia sin que se hubiera cumplido el requisito de la presentación del convenio que en la vista estableció como necesario para que pudiera dictarse la sentencia. En este motivo de recurso se plantea por tanto, aun sin aludir a la infracción de normas concretas, que se ha producido una vulneración de la normativa reguladora del procedimiento contencioso de medidas paterno filiales previsto en los artículos 770 y ss LEC, pues en concreto se alega que al no concurrir los requisitos necesarios para que pudiera entenderse alcanzado un acuerdo sobre todas las medidas paterno filiales a adoptar respecto de las hijas menores de los litigantes, el procedimiento contencioso debió continuar por sus trámites, en lugar de concluir con la sentencia que es objeto de recurso.

Ciertamente del visionado de la grabación de la vista se desprende que la juzgadora de instancia manifestó en dicho acto que lo expuesto en ese momento eran unos mínimos sobre los cuales las partes habían alcanzado consenso, pero que debían detallarse en un documento redactado conjuntamente por ambas partes, en base a los criterios básicos o mínimos que se habían acordado en dicho acto, y que ese documento había de presentarse en el juzgado para su aprobación en la sentencia que

se dictase, supeditando de esta forma la juzgadora el dictado de la sentencia a la presentación de dicho documento, de lo cual se deduce que el documento en cuestión no era meramente accesorio o complementario, sino necesario para que el acuerdo pudiera aprobarse judicialmente. En la vista no se advirtió a las partes de que de no presentarse el documento conjunto se dictaría sentencia aprobando los extremos que de forma breve y a modo de bases o criterios básicos se había expuesto en dicho acto, sino que fue posteriormente, en el Auto de 26 de junio de 2017 que resolvió el incidente de nulidad planteado por la parte actora, cuando la juzgadora advirtió, en la Parte Dispositiva de la resolución, que de no presentarse el escrito firmado por las partes en el que se plasmase el acuerdo alcanzado, se procedería "a la revisión de la vista y al dictado de la Sentencia con lo allí grabado".

Como antes hemos indicado los extremos expuestos por la juzgadora en dicho acto habían sido acordados por las partes, pues así lo manifestaron expresamente cuando la juzgadora les solicitó su conformidad con lo allí reflejado, pero la propia juzgadora estimó también que no era un acuerdo completo que pudiera aprobarse de forma inmediata, sin mas trámites, sino que los puntos que allí se expusieron no eran sino unas bases, criterios básicos o mínimos, que precisaban de un desarrollo o concreción posterior, en un documento conjunto o convenio regulador firmado por ambas partes. Así se desprende de lo manifestado por la juzgadora en el acto del juicio, según consta en la grabación: "lo único que queda es que se plasme (el acuerdo) con lo que se ha establecido aquí como criterios básicos en un documento Word" y del Auto de aclaración de sentencia que dictó posteriormente, en cuyo Fundamento Segundo se dice que "la consecuencia de la falta de cumplimiento de la presentación del convenio escrito y firmado por la parte actora supone inexorablemente en perjuicio del objeto del proceso que solo puede ser recogido en la Sentencia aquello que sea desarrollado en el acto de la vista y en la extensión grabada, por tanto es de mínimos lo desarrollado-".

Que las bases mínimas plasmadas en la vista y reflejadas en la sentencia que se dictó son insuficientes para regular cuestiones relevantes de las relaciones paterno filiales y necesarias para el correcto desarrollo del régimen de custodia compartida, se desprende del propio escrito de solicitud de aclaración o corrección de sentencia que presentó la parte demandada, en el que ésta pidió que se regularan una serie de extremos no incluidos en los puntos de acuerdo que la juzgadora expuso en la vista y que reflejó después en la sentencia, algunos de los cuales entendemos que son de especial importancia y cuya falta de determinación dificulta seriamente el normal funcionamiento de la custodia compartida acordada, como son los relativos a la delimitación temporal de los periodos de custodia en función de los turnos de trabajo que tuviera el padre, al lugar y hora de entrega a la finalización de cada periodo, o a la regulación de la forma de inicio del régimen de custodia tras los periodos vacacionales. A lo cual han de añadirse otras indeterminaciones que se aprecian en las medidas reflejadas en la sentencia, debidas también al carácter básico de lo acordado en sala y a la falta de la necesaria determinación posterior, como las relativas al número de horas en que el progenitor no custodio podría disfrutar de la compañía de sus hijas en los llamados "días especiales" (cumpleaños, etc) o los días concretos en que el progenitor no custodio podría comunicarse con las menores.

Se advierte además que la sentencia no se ajusta exactamente al sistema de aplicación progresiva del régimen de custodia compartida que se expuso en el acto de la vista. En concreto en la vista la juzgadora, al exponer lo acordado por las partes sobre dicho extremo, manifestó que el primer mes de custodia compartida, que sería el mes de junio de 2017, el padre recogería a las hijas, cada uno de los cuatro días del periodo que le correspondía, en el domicilio de la madre a las 10.30 de la mañana y las entregaría en el mismo lugar a las 20.00 horas, y así cada uno de los periodos alternos de 4 días que le correspondían al padre a lo largo del mes de junio; que a partir del segundo mes en cada periodo de cuatro días las niñas pernoctarían un día con el padre, que sería el ultimo día de cada periodo de cuatro días que le correspondía al padre y que en los meses sucesivos se irían incrementando los días de pernocta hasta que finalmente pernoctaran con el padre durante los cuatro días de cada periodo de guarda y custodia que le correspondía, desprendiéndose de todo ello que la voluntad de las partes fue instaurar de manera progresiva el régimen de custodia compartida para facilitar la adaptación al mismo de unas niñas de corta edad que hasta ese momento habían convivido con la madre, en consonancia con las conclusiones del informe del Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado, en el que se recomendaba que "Atendiendo a la edad de las menores y a la con-

veniencia de que mantengan unas rutinas claras y constantes, asi como a que durante los últimos meses parecen haber mantenido escaso contacto con la figura paterna, se estima conveniente que las estancias y pernoctas con dicha figura se vayan introduciendo y aumentando de forma progresiva". Sin embargo en la sentencia se prescinde del pacto de custodia sin pernocta paterna establecido para el primer mes de aplicación de la custodia compartida, con el argumento de que en la fecha en que se dictaba la sentencia había pasado ya el mes de junio, y se establece que el sistema comience a aplicarse de la forma prevista para el segundo mes, es decir, con pernocta paterna un día de cada periodo de cuatro que le corresponden al padre, lo que supone alterar la aplicación progresiva de la custodia compartida que las partes habían pactado en la vista, sin contar con un acuerdo expreso de ambas partes que respaldara tal cambio.

En definitiva no cabe sino concluir que los acuerdos mínimos que habían alcanzado las partes y que se expusieron en el acto del juicio adolecían de algunas carencias y de falta de precisión y detalle en ciertos aspectos, bien porque las partes no habían adoptado aun un acuerdo al respecto o bien porque, a pesar de haberse quizás tratado en las conversaciones previas al inicio de la vista, no habían llegado a tomar forma o no hubo tiempo de concretar, y precisamente por ello la juzgadora requirió a las partes la presentación del documento conjunto en el que todo ello se detallara. Sin embargo tal documento conjunto nunca llegó a materializarse, lo cual evidencia que la controversia de las partes persistía y ante ello lo que procedía era continuar el procedimiento contencioso según sus tramites, en lugar de aprobar judicialmente un acuerdo básico e incompleto.

Como consecuencia de lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso de apelación, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia y remisión de las actuaciones al juzgado de procedencia, que es a quien corresponde el conocimiento del asunto, para que continúe ante el mismo el procedimiento contencioso, con señalamiento de vista para proposición y practica de prueba y resto de trámites subsiguientes, y sin que proceda por tanto efectuar en esta instancia pronunciamiento alguno sobre las medidas solicitadas por la actora en su escrito de demanda y reproducidas en su escrito de recurso, ni sobre los hechos nuevos introducidos por la parte apelada en esta alzada.

Ejecución sentencias

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS VISITAS NO ES IMPUTABLE A LA MADRE

SE APRECIA TEMERIDAD EN LA RECLAMACIÓN POR IMPAGO DE PENSIONES

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS VISITAS NO ES IMPUTABLE A LA MADRE

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
AUTO DE 04/04/2019

No cabe hablar de un incumplimiento imputable a la madre, sino que es la menor (16 años) la que ha manifestado una voluntad clara contraria al cumplimiento de lo dispuesto en el Auto. Por tal motivo, no puede continuar la ejecución contra la madre, dando lugar, en otro caso, a unas posibles multas coercitivas frente a ella, cuando no se ha acreditado haya influido de forma relevante en la conducta de la menor.

Desde esta perspectiva resulta indiscutible que D. Oscar puede exigir cumplimiento del régimen de relación establecido. No obstante, también debemos tener en cuenta que el despacho de ejecución debe partir, con carácter general, de un incumplimiento culpable del ejecutado de la obligación que le incumbe. En el caso del cumplimiento del régimen de visitas, la obligación del progenitor no custodio exige la colaboración del hijo común. Cuando éste es de corta edad, los problemas de la falta de colaboración del menor son menos complejos. Pero si se trata de hijos con edades próximas a la mayoría de edad, la oposición de éstos al cumplimiento del régimen de relación establecido en la resolución judicial imposibilita en muchos casos tal cumplimiento.

Esta cuestión ya fue analizada en el auto de esta misma Sala de 5 de febrero de 2019 (rollo 253/2018), donde indicamos "sin perjuicio de reconocer la extraordinaria problemática y dificultad que presentan las cuestiones semejantes a la aquí planteada, se ha de comenzar indicando, tal y como la resolución apelada viene sustancialmente a indicar, que una cosa es la pretensión de ejecución del pronunciamiento sobre medidas cuando concurre una actitud materna claramente impeditiva e incumplidora de la relación del menor con su padre (situación en la que efectivamente puede adoptarse la imposición de multas o apremios personales con posibilidad, caso de incumplimientos reiterados, de modificación del correspondiente régimen de visitas; arts. 699 y 776 de Lec), y otra cosa es aquella situación en la que la falta de cumplimiento del régimen de visitas no está causalmente conectada con la voluntad obstativa de la progenitora custodio, sino con una falta de sintonía y afecto familiar existente entre el progenitor no custodio y el hijo que pesa a seguir siendo menor, sin embargo ha alcanzado una edad significativa que permite la clara exteriorización de su voluntad. Pues bien, como esto es lo que racional y objetivamente cabe afirmar en relación al caso de autos, la consecuencia mal puede ser distinta a la alcanzada en la resolución apelada, pues en dicha tesitura mal cabe proseguir proceso alguno de ejecución frente a quien no manifiesta voluntad ni comportamiento alguno contrario al cumplimiento de lo establecido en la sentencia de cuya ejecución se trata".

En este supuesto, nos encontramos con una menor (Teresa) de una edad cercana a la mayoría de edad. En la actualidad tiene 16 años y medio, pues nació el NUM000 de 2002.

La documental obrante en autos pone de manifiesto la negativa de Teresa a la relación con su padre, negativa que D. Oscar no discute, sino que atribuye, cuanto menos, a la falta de colaboración materna. En época coetánea al procedimiento de divorcio de sus padres, Teresa sufrió una crisis.... Con posterioridad a ella, Teresa acude al médico acompañada de su madre, haciendo constar el facultativo

en un informe clínico de 11 de mayo de 2017 (documento nº 2 de los acompañados por la ejecutada): "Paciente en tratamiento por... refiere que sus padres están en proceso de separación y ayer estuvo con su padre hablando y comenta que le amenazó y se empezó a poner nerviosa, continuando con la misma sensación de ansiedad toda la noche bien clase se ha mareado y refiere que ha convulsionado. No considero adecuado someterla estrés ya que podría ser causa desencadenante de crisis". El 16 de mayo de 2017 vuelve a acudir al médico en compañía de la madre, indicando el informe que "la paciente acude a consulta compañía de su madre y refiere que la visita su padre y sus abuelos le genera ansiedad". En ambos informes se establece como juicio clínico la ansiedad.

Por otro lado, D.ª Ramona denunció el 22 de enero de 2018 unas supuestas lesiones inferidas por D. Oscar a Teresa. Dichas lesiones se habrían producido para forzar el cumplimiento del régimen de visitas. Con la denuncia se adjunta un parte médico de lesiones, en el que se describen como tales "eritema en cuello y mejilla, así como equimosis con erosión y hematoma en dorso de mano derecha y en menor medida en la izquierda", indicando respecto del estado psíquico que "presenta una actitud muy serena ante los hechos, según ella por autocontrol ya que, al ser..., debe evitar situaciones de estrés". Se desconoce el resultado del proceso penal, por lo que debe aplicarse el principio de presunción de inocencia, si bien dicha documentación deja bien a las claras la negativa de la menor al cumplimiento del régimen de visitas.

Con estos datos, no cabe hablar de un incumplimiento imputable a D.ª Ramona, sino que es la menor la que ha manifestado una voluntad clara contraria al cumplimiento de lo dispuesto en el auto. Por tal motivo, no puede continuar la ejecución contra D.ª Ramona, dando lugar, en otro caso, a unas posibles multas coercitivas frente a ella, cuando no se ha acreditado haya influido de forma relevante en la conducta de la menor.

En consecuencia, procede la estimación del recurso, con el consiguiente archivo de la ejecución. El hecho de que exista una denuncia penal contra D. Oscar por lesiones, de la que se desconoce su resultado, unido a la situación médica de la menor, no hace aconsejable que esta Sala adopte otros mecanismos para intentar reconducir la relación padre-hija, sin perjuicio de exhortar a ambos progenitores a que coadyuven a que dicha relación se restablezca de un modo armónico, pues el interés de la menor no es otro que conservar una relación plena con ambos progenitores, evitando una "orfandad" parcial de facto, que no beneficiará tampoco al otro progenitor.

SE APRECIA TEMERIDAD EN LA RECLAMACIÓN POR IMPAGO DE PENSIONES

AP BARCELONA, SEC. 12.ª AUTO DE 06/06/2019

Aunque se estima parcialmente la oposición a la ejecución se condena en costas al ejecutante por apreciarse temeridad. En la demanda ejecutiva reclama el importe total de las pensiones de alimentos devengadas desde febrero de 2016 hasta marzo de 2018 por una cantidad de 14.545,44 euros, cuando consta con claridad que del importe reclamado por dicho concepto el demandado solo adeudaba 136,08 euros, provocando el embargo por dicha cantidad con los perjuicios que de ello pueden derivarse para la parte ejecutada.

La presente ejecución ha tenido por objeto la reclamación de pensiones de alimentos y de gastos extraordinarios en relación a la sentencia de 20-12-2007 que mantiene la pensión de alimentos fijada en sentencia anterior de 29-5-2003 especificando que la pensión de alimentos no incluye actividades extraescolares, permanencias, cursos y casal de verano, psicólogo, gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, libros, material escolar.

El Auto apelado estima la oposición de pago de 14.409,36 euros en relación a las pensiones alimenticias mensuales descontando dicha cantidad de la suma inicialmente reclamada de 14.545,44 euros. Es de observar que respecto a la cantidad inicialmente reclamada y al pago acreditado en el escrito

de oposición la demandante no hace ninguna alegación en su escrito de impugnación a la oposición. En el recurso hace referencia ahora al reconocimiento por parte del demandado de la deuda por el IPC, aunque en el recurso hace cálculos diferentes que no efectuó ni alegó en primera instancia. Ya fue tenida en consideración la cantidad reconocida de 136,08 euros.

Respecto a los gastos cuyo pago por mitad se reclama, se presentan dos relaciones de gastos en parte coincidentes, una en la demanda ejecutiva y otra en el escrito de oposición sin la correspondiente justificación. En el recurso se hacen una serie de consideraciones respecto a la ausencia de implicación del padre o de relación que carecen de trascendencia en lo que ha sido resuelto. De la fundamentación jurídica del Auto se desprende que no se ha excluido ninguno de los gastos reclamados por razón de ausencia de consentimiento o de comunicación, aunque si se hace una advertencia a la ejecutante de la conveniencia de comunicar previamente los gastos. Las razones por las cuales se han deducido algunos de los gastos reclamados son que o bien se consideran incluidos en el importe de la pensión periódica o bien que no esta justificado documentalmente el pago del gasto. Se alega en el recurso error en la valoración de la prueba pero no se identifica el error pues la apelante se limita a reproducir el escrito de impugnación a la oposición sin crítica concreta de la fundamentación del Auto y vuelve a incluir partidas que no estaban en la demanda inicial. Revisados por la Sala los documentos aportados y los conceptos reclamados, compartimos plenamente la valoración de la Juez de Instancia que explica con claridad las razones por las cuales excluye algunos de los gastos reclamados.

Pese a estimar en parte la oposición el Auto ahora apelado impone el pago de las costas del incidente de oposición a la parte ejecutante y ello por entender que ha habido mala fe. Funda la mala fe en que la demandante reduce el principal reclamado en el escrito de impugnación a la oposición de 16.510,40 euros a 2.063,82 euros incluyendo además conceptos por los que no se ha despachado ejecución. Se alega por la recurrente que no ha habido mala fe y que en el escrito de impugnación a la oposición se rectificó lo que califica de lapsus calami al haber reclamado mayor cantidad en la demanda inicial que entiende que subsanó de forma inmediata.

Como razona la STS de 14 de diciembre de 2015, “nuestro sistema general de imposición de costas recogido en el art. 394 LEC se asienta fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación -aunque no es estrictamente tal-, que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurran circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 LEC tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). Su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. La segunda pauta afecta al principio de la distribución, permitiendo que se impongan las costas a una de las partes cuando hubiese méritos para imponerlas por haber litigado con temeridad”.

Puede calificarse de temeraria la formulación de pretensiones o peticiones que resulten claramente inadmisibles o ausentes de fundamento desde una perspectiva de razonabilidad media y que resulten contrarias a la exigencia de buena fe conforme a lo dispuesto en el art. 7 CC, 11 LOPJ y 247 LEC. La Juez de Instancia ha motivado con claridad las circunstancias que justifican la apreciación de mala fe por parte de la demandante. En la demanda ejecutiva reclama el importe total de las pensiones de alimentos devengadas desde febrero de 2016 hasta marzo de 2018 por una cantidad de 14.545,44 euros, cuando consta con claridad que del importe reclamado por dicho concepto el demandado solo adeudaba 136,08 euros, provocando el embargo por dicha cantidad con los perjuicios que de ello pueden derivarse para la parte demandada. No rectificó de forma inmediata el error, limitándose en el escrito de impugnación a la oposición a omitir cualquier alegación al respecto y centrando su reclamación en los gastos extraordinarios por los cuales reclamaba 2.063,82 euros, cantidad sustancialmente inferior a la inicial. La reclamación inicial de una cantidad que ya había sido pagada, circunstancia de la que tenía conocimiento la demandante carece de fundamento o justificación desde una perspectiva de razonabilidad media. No se ha dado tampoco explicación razonable de dicho comportamiento procesal y tampoco se hace ninguna consideración en el escrito de impugnación a la oposición. Compartimos la fundamentación de la resolución apelada que sirve de base al pronunciamiento de imposición de las costas por mala fe a la parte demandante por lo que se desestima el recurso.

Regímenes económicos

EN SEPARACIÓN DE BIENES NO HAY DERECHO DE REINTEGRO POR EL ABONO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

AUNQUE LA INDEMNIZACIÓN ERA PRIVATIVA NO HAY DERECHO DE REINTEGRO

NO EXISTE RETRASO DESLEAL EN LA RECLAMACIÓN DEL REINTEGRO

EN SEPARACIÓN DE BIENES NO HAY DERECHO DE REINTEGRO POR EL ABONO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

AP VIZCAYA, SEC. 3.ª
SENTENCIA DE 30/04/2019

Si bien se pactó por ambas partes el régimen de separación de bienes, la realidad es que durante la vida del matrimonio han continuado funcionando como lo venían haciendo con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, como sociedad de gananciales, y por tanto no se reconoce derecho de reintegro entre los cónyuges por haber abonado uno solo de ellos el préstamo hipotecario durante el periodo de convivencia.

La parte apelante, interesa la revocación de la Sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra por la que se le reconozca el derecho de reembolso de 54.574,98 euros. Alega como motivos de su recurso la errónea valoración en la apreciación de la prueba en relación a su disconformidad con la afirmación contenida en los hechos acerca de que si bien se pactó en el año 2006 el régimen de separación de bienes, durante la vida del matrimonio han seguido funcionando como una sociedad de gananciales.

Su disconformidad con los fundamentos 8º, 9º y 10º de la Sentencia en cuanto a que el préstamo hipotecario no es carga del matrimonio y doctrina de los actos propios; no cabe entender probado que la actora haya pagado su parte del préstamo, ni tampoco que durante el matrimonio se haya actuado como un régimen ganancial; realiza una valoración respecto a los documentos aportados que acreditan que D. Artemio era el único que pagaba la hipoteca desde su constitución en el año 2006 hasta Abril de 2015; así como cantidades pagadas de menos desde esa fecha hasta julio de 2017 que dejó de pagar. Respecto a las obras realizadas en la vivienda y que debe abonar D.ª Visitación el 50%, alega que no existe confusión, siendo justo que reclame por las mismas al ser la vivienda común de ambos.

La representación de D.ª Visitación impugnó la Sentencia en el extremo relativo en cuanto al modo de practicarse la liquidación, por cuanto la forma justa y legal de distribuir el importe obtenido tras la venta de la vivienda, debe partir del porcentaje establecido en la escritura para la propiedad (60% Sra. Visitación. 40%; Sr. Artemio) y el 50% de la deuda hipotecaria que corresponda a cada una de las partes.

...La Sentencia de forma totalmente coherente con la prueba practicada concluye que no obstante en Febrero de 2006 se pactó por ambas partes el régimen de separación de bienes, durante la vida del matrimonio han continuado funcionando como lo venían haciendo con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, como sociedad de gananciales. Hecho que en modo alguno queda desvirtuado, es más la juzgadora en su fundamento sexto analiza el motivo por el cual se acordó el cambio de régimen económico del matrimonio, que no fue sino proteger el patrimonio, el propio apelante se refiere en su contestación a la demanda a tal circunstancia al mencionar “no querían que afectase

a la vivienda familiar ya que se dedica a la gestión de cobros y tenía reclamaciones civiles pendientes de pago", extremo igualmente reconocido por la Sra. Visitación.

Si ésta fue la finalidad del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en el año 2006, lo cierto es que la separación de cuentas no se desprende de la forma de actuar de ambas partes, o como refleja la Sentencia, el matrimonio continuó comportándose como sí no hubiera separación de bienes.

En su fundamento noveno la Sentencia, con base a la documental aportada y con alusión a las distintas cuentas existentes, realiza un examen exhaustivo de los diversos extractos durante el matrimonio y tras el otorgamiento de dichas capitulaciones; la conclusión obtenida es que no puede determinarse quien efectuaba los ingresos; ambos realizaban aportaciones sin distinción alguna; y el préstamo era considerado como un gasto más. No se trata como alega el recurrente de que el préstamo hipotecario no tiene consideración de carga del matrimonio, que efectivamente no tiene tal carácter, y cuyo extremo se refleja claramente en la Sentencia con cita de reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo "El pago de las cuotas de la hipoteca contratada por ambos cónyuges... constituye una deuda de la sociedad de gananciales y no carga del matrimonio".

Una cosa es y así se puntualiza en la Sentencia, que tuvieran destinto porcentaje en la adquisición de la vivienda -cuya nulidad, de escritura se interesó, si bien no es objeto de recurso ante el aquietamiento de la parte recurrente- (60% D.ª Visitación y 40% Sr. Artemio) y otra, y por la forma de actuar de las partes en el pago del préstamo hipotecario lo sea al 50%.

Al analizar la forma de proceder tras la crisis matrimonial y el divorcio, la Sentencia recoge nuevamente los distintos ingresos efectuados durante el año 2015, los analiza con detalle y en modo alguno queda desvirtuada la conclusión ofrecida "no se identifica el número de cuenta, se ignora quien hace los ingresos; no se distingue un funcionamiento distinto de la sociedad de gananciales.

Cuestión distinta es el año 2016, donde se aprecia que se hacen pagos parciales, pero no se puede determinar quien realiza los ingresos

La Sentencia, conforme al art. 217 LEC imputa la falta de prueba, a la parte que debía suministrarla y a tal efecto nos remitimos al fundamento jurídico noveno in fine.

Respecto al resto de cantidades reclamadas, obras en vivienda, mejora y construcción de un estanque, nuevamente la Sentencia, ante la falta de prueba concluye con la no acreditación de la procedencia del dinero con el que fueron abonados. No se acredita que fueran gastos abonados privativamente por el Sr. Artemio. Así las obras que figuran en el doc. 32 al que alude en el recurso y por importe de 13.182 euros correspondiendo a la parte actora el abono de 6.591 euros; o las obras de mejora o los gastos de notaria, se desestima el derecho de reintegro por idénticas razones, no acreditarse que la procedencia del dinero para su pago fuera privativo de uno de los copropietarios. Es más, añadir respecto de la factura de 13.182 euros (doc. 32) que el propio perito manifestó que carece de la información mínima que debe contener para justificar la ejecución de la obra.

En ningún modo se ha desvirtuado lo mantenido en la Sentencia respecto a las obras realizadas, por no acreditarse la procedencia del dinero, que fuera privativo de uno de los copropietarios.

Respecto a la impugnación a la Sentencia, se alega que es incongruente en cuanto al modo de practicar la liquidación del producto de la venta del bien y de la deuda hipotecaria, y que conforme al suplico primero deberá efectuarse la liquidación del reparto del importe obtenido por la venta y en los porcentajes de 60% y 40% y posteriormente se deberá descontar a cada uno el 50% de la deuda del préstamo hipotecario.

La congruencia en cuanto tal supone la correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas, la causa de pedir y la condición en que se pide, con la parte dispositiva de la Sentencia. No es precisa una correspondencia absoluta y literal, sino que, por el contrario, basta con que se dé la racionalidad necesaria y una adecuación sustancial (Sts. 15 de Diciembre de 2010, 14 de Julio 2010).

No cabe apreciar la incongruencia alegada, antes bien, en su fundamento jurídico séptimo se expresan las razones por las cuales no acoge la pretensión de la parte impugnante acerca de que primero se venda la finca, se reparta el beneficio y luego cada uno responda frente al banco de la deuda pendiente con el 50% cada uno; ambos son deudores solidarios y como se consigna en la Sentencia de procederse como pretende, obtendría un beneficio a pesar de no estar abonando el préstamo hipotecario, e incluso valora que de hacerse así, el banco podría reclamar el 100% al Sr. Artemio dada la solidaridad existente en relación al préstamo hipotecario.

AUNQUE LA INDEMNIZACIÓN ERA PRIVATIVA NO HAY DERECHO DE REINTEGRO

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 23/04/2019

El crédito privativo por la indemnización que percibió la esposa a consecuencia de un accidente de circulación y se ingresó en una cuenta ganancial dejó de existir por confusión con el patrimonio de la sociedad de gananciales.

Partida número 4 del pasivo del inventario. Se trata de un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales a favor de la señora Susana por la aportación privativa de 128.432,17 euros.

La Juez de instancia le dedica el punto 1 del apartado B de dicho fundamento. Entiende acreditado que la señora Susana percibió una indemnización por accidente de circulación por dicha cantidad y en el marco de un litigio. Y, por ello, entiende que se trata de una cantidad que tiene el carácter de dinero privativo y debe ser devuelta a su titular.

El Código Civil, en su artículo 1346 establece qué bienes tienen el carácter y la naturaleza de bien privativo. Entre ellos, los que contempla su número 6: " El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos. Si una indemnización por accidente de tráfico resarce los daños y perjuicios sufridos por la señora Susana a consecuencia del mismo su naturaleza privativa es clara.

Lo dijo el Tribunal Supremo en la STS de 26 de diciembre del 2005, al señalar que "- no puede aplicarse la presunción de ganancialidad, porque la ley declara que estos bienes no tienen la cualidad de gananciales, son bienes privativos y para que la hubiesen adquirido, hubiese sido necesaria una declaración expresa del titular de los mismos, que no consta probado que se hubiese producido-".

Ya antes, en las STS de 29 de mayo de 2001 y 14 de enero de 2003 había señalado que procedía la restitución al cónyuge que la percibió, en el momento de liquidarse la sociedad conyugal, del importe recibido en concepto de indemnización recibida como consecuencia del accidente del tráfico.

El recurrente pretende que no se compute esa indemnización como bien privativo, y subsidiariamente, que se vayan detrayendo en forma escalonada diversas cantidades. Para ello aduce que la cantidad fue ingresada en una cuenta ganancial sin hacerse reserva alguna, lo que la identifica como aportación voluntaria al patrimonio ganancial. Invoca una sentencia de esta Sala en la que, a falta de reserva como privativo de un dinero heredado, se entendía que se trataba de dinero ganancial (SAP de Álava 114/18, de 2 de marzo) A lo que añade que no consta que esa cantidad se gastara en interés de la sociedad de gananciales, o se destinara al pago de cantidades a su cargo.

La recurrida considera que se invertiría la carga de la prueba si se le exigiera acreditar el destino de esa cantidad que, de origen, fue privativa.

La prueba practicada evidencia: 1º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de esta Ciudad emitió el 6 de junio del 2014 un mandamiento de pago en favor de D.ª Susana, quien firmó su recepción. 2º.- Con valor 9 de junio del 2014 (folio 116), la cantidad de 128.432,17 euros es transferida a una cuenta de Caja Laboral terminada en NUM007, que figura a nombre de los dos cónyuges. 3º.- La sentencia de divorcio se dicta el 29 de junio del 2017, y viene precedida por un auto de medidas provisionales de 29 de noviembre del 2016. Desde el 9 de junio del 2014 al 29 de noviembre del 2016 han transcurrido más de dos años. Respecto a la entidad Caja Laboral Popular consta acreditada la existencia de tres préstamos con garantía hipotecaria del que son cotitulares las partes (folio 29) Hay una petición de prueba para acreditar los saldos de las cuentas del señor Serafin, acotada a la fecha de la disolución (folio 59) y a sus resultas, folio 74, se certifican saldos de seis productos, ninguno de ellos el de la cuenta terminada en NUM007.

Nada se acredita en principio sobre cuentas en esa entidad a nombre de la señora Susana, o, simplemente, de titularidad conjunta, salvo que, al folio 114 consta como la señora Susana transfiere 3.000 euros desde esa cuenta, y al folio 115, con fecha 11 de junio del 2014 (dos días después de transferida la indemnización), autoriza una transferencia de 54.000 euros a una cuenta a su nombre (como Mme. Susana) abierta en BNP- Paribas terminada en NUM008. Entidad donde el matrimonio (folios 25 y 26) tiene concedido un préstamo que devuelven

en cuotas mensuales de 349,19 euros.

En resumen, la prueba documental practicada no evidencia otra cosa que una disposición de 3.000 euros en favor de don Remigio (concepto Ruperto), y la circulación entre dos cuentas de 54.000 euros, en ambos casos en fechas muy cercanas a la percepción de la indemnización. Nada consta en autos de lo que la recurrida, supuestamente, reconoció en la pieza de medidas provisionales, cuya aportación hubiera sido de suma facilidad para el recurrente.

Siendo así, esta Audiencia, respecto de cantidades privativas ingresadas en una cuenta de titularidad conjunta, presumiblemente ganancial, tiene el siguiente criterio, recogido en varias sentencias:

1ª.- La SAP de Álava de 8 de febrero del 2018, respecto del dinero privativo recibido de una herencia, señala: "- Al reconocer la demandada que ingresó el dinero proveniente de la herencia de X en una cuenta común y ganancial está reconociendo que lo aportó de forma voluntaria a la sociedad de gananciales, y que dispusieron de esta suma los dos esposos de forma indistinta. Tratándose de una herencia, todo indica que el dinero era privativo, la Sra. Y pudo reservarlo como privativo o disponer de él sin contar con su esposo, sin embargo, no fue así porque voluntariamente lo aportó a la sociedad de gananciales, es por ello que ahora no puede solicitar se incluya en el pasivo ganancial-."

2ª.- La SAP de Álava de 22 de junio de 2017, señala que: "- cuando por la libre voluntad de uno de los cónyuges una cantidad de dinero que originariamente ha podido adquirir como privativa es ingresada en una cuenta conjunta confundiéndose con el caudal ganancial, así, devoluciones del IRPF, ingresos mensuales de Z, S.A- (o cuando se realiza un acto económicamente equivalente), sin que ni en ese momento ni en ningún otro posterior hasta después de la ruptura, pasados ya años, dicho cónyuge haya realizado acto alguno indicativo de la reserva del derecho de repetición, se revela la voluntad inequívoca de atribuir irrevocablemente a ese dinero carácter ganancial en un acto dispositivo que tiene su causa en las relaciones familiares y que está amparado por los artículos 1255, 1323, 1355 y demás concordantes del Código Civil -".

3ª.- La SAP de Álava de 2 de marzo del 2018, citada por el recurrente, que, tras citar las otras dos, señala: "- En el presente caso, también, se da la indicada confusión, y en cuanto a los destinos, según la ahora parte apelante, de la cantidad de la que tratamos, procede destacar que:

- ambos eran propietarios, desde el año 1998, en pleno dominio y con carácter ganancial de una parcela primero rustica y luego urbana, y en el año 2005, ambos realizaron declaración de obra nueva, recogiéndose en la escritura que ambos manifiestan que han sido los promotores de la obra de la vivienda objeto de tal escritura y que es para uso propio, y en el Registro de la Propiedad, constan ambos como titulares del pleno dominio de la vivienda unifamiliar con carácter ganancial. Y, sobre el préstamo hipotecario vinculado a tal propiedad, en el propio escrito inicial de este procedimiento se recoge que fue pedido por demandante y demandada.

- las cuentas a plazo aperturadas en diciembre de 2004, también, constaban a nombre de ambos-"Siendo así, un dinero ingresado en una cuenta de carácter presumiblemente ganancial, al constar como titulares los dos cónyuges, no habiéndose acreditado lo contrario en este procedimiento, es dinero ganancial (artículo 1.361 del Código Civil), salvo que la señora Ruperto acredite que se ha hecho una reserva del mismo, lo que no ha hecho, o que las disposiciones en la cuenta común tuvieran destino ganancial, lo que tampoco consta.

Los 128.432,17 euros de la indemnización eran originariamente privativos, pero ese dinero se confundió en su día dentro del global del numerario de una cuenta de carácter ganancial de cuya actual existencia contable incluso dudamos, y, por ello, en aplicación de la doctrina que hemos reiterado, entendemos, de nuevo, que el hecho de que la señora Ruperto transfiriera 57.000 euros a dos cuentas distintas no destruye la presunción de ganancialidad, ni la material confusión contable del numerario con el ya ganancial, pues lo único que se acredita a través la prueba documental arriba examinada es la recepción en una cuenta francesa de reconocida titularidad conjunta (escrito de oposición), y un pago a un tercero cuyo destino exacto queda lejos de ser acreditado por mucho que coincida el apellido Agapito en el "concepto" con que se transfieren los 3.000 euros.

De otro modo, bastaría con alegar el carácter privativo de la indemnización para considerarla indemne a lo largo de toda la duración del matrimonio y convertirla en un crédito intangible del pasivo en el momento de la disolución, fuera cual fuere la suerte que hubieran corrido esos fondos.

Hubiera bastado acreditar la transferencia a una

cuenta privativa de la señora Susana, o una declaración de reserva respecto de su naturaleza realizada en cualquiera de las formas hábiles en derecho, o la admisión de contrario, o, incluso la acreditación de su disposición para asumir deudas gananciales. Lejos de ello, por constar, no consta ni un extracto de la cuenta de ingreso de la transferencia.

Esa falta de prueba, en definitiva, debe perjudicar a quien alegó la existencia del crédito. Cumplía a la recurrida acreditar esas circunstancias si, como es el caso, el crédito, basado en el documento número 8 de los aportados con la demanda, ya figuraba (folio 4) en ese escrito. No lo ha hecho. Tampoco ha propuesto prueba en ninguna de las dos instancias a ese respecto.

La ausencia de prueba nos lleva, en definitiva, a entender que el crédito privativo dejó de existir por confusión de la indemnización con el patrimonio de la sociedad de gananciales.

NO EXISTE RETRASO DESLEAL EN LA RECLAMACIÓN DEL REINTEGRO

AP SEVILLA, SEC. 2.ª SENTENCIA DE 05/04/2019

La falta de coincidencia entre tramitación procesal del divorcio y reclamación de cantidades adeudadas no puede equivaler a la conducta del acreedor, generadora de confianza en el deudor de que la deuda no será objeto de reclamación, pues en la práctica la solicitud de divorcio no suele ir acompañada, salvo en supuestos excepcionales, de la petición de liquidación del régimen económico matrimonial.

Dos son las cuestiones trascendentales que han de ser resueltas en el presente recurso de apelación planteado por la parte demandada Sra. Rita: la existencia o no de retraso desleal en la reclamación de cantidad por parte del Sr. Sixto, y la procedencia de los fondos económicos con que se abonaron las diversas partidas que el actor reclama.

Es necesario partir de la premisa de que la acción personal ejercitada no puede reputarse prescrita, puesto que nació antes de la entrada en vigor de la Ley 42/2015, y le es de aplicación el plazo prescriptivo de 15 años establecido en el Art. 1964 del Código Civil, antes de su reducción a 5 años por la citada reforma legal.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o “verwirkung”, entendido como prescripción anticipada del derecho cuando su ejercicio tardío contraviniera las exigencias de la buena fe, requiere la concurrencia del transcurso dilatado de un periodo de tiempo sin ejercitar un derecho y de la creación de una legítima confianza en la otra parte de que no se ejercitará. No es suficiente el transcurso del tiempo, sino que además hace falta una conducta del acreedor susceptible de generar en el deudor la confianza legítima de que el derecho ya no se va a ejercitar.

No acierta a comprender la parte apelante cómo, paralelamente al proceso de divorcio iniciado en 2008, el Sr. Sixto no formuló reclamación por los conceptos que dice adeudarle la demandada hasta el planteamiento en 2016 de la demanda origen de las presentes actuaciones. Esta falta de coincidencia entre tramitación procesal del divorcio y reclamación de cantidades adeudadas no puede equivaler a la conducta del acreedor, generadora de confianza en el deudor de que la deuda no será objeto de reclamación, pues en la práctica la solicitud de divorcio no suele ir acompañada, salvo en supuestos excepcionales, de la petición de liquidación del régimen económico -matrimonial, que casi siempre se plantea cuando ha transcurrido cierto tiempo desde la disolución del matrimonio y del propio régimen.

En definitiva, el simple transcurso del tiempo no es bastante, por dilatado que sea, puede inferir una conformidad que entrañe una renuncia al ejercicio de una acción personal no prescrita, que nunca puede presumirse, por lo que no resulta aplicable la teoría del retraso desleal determinante de la improcedencia de la reclamación.

PRUEBA BIOLÓGICA CON MATERIAL GENÉTICO DE PARIENTES

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 08/05/2019

En estudios de relación biológica de parentesco entre un individuo y su presunto abuelo no existe posibilidad de exclusión mediante marcadores autosómicos. Dicho análisis se basa únicamente en una valoración estadística en la que resulta difícil establecer un umbral preciso para dar por cierta o incierta la relación. No obstante, las exclusiones en este tipo de parentesco si son posibles si recurrimos al estudio marcadores de linaje paterno como es el estudio de marcadores específicos del Cromosoma Y (todos los varones de una misma línea paterna comparten el mismo haplotipo de cromosoma Y); en caso de coincidencia de haplotipos el resultado podría servir para reforzar la hipótesis de ancestro común.

El recurso tiene por objeto la sentencia de 18 de octubre de 2017, dictada en autos de juicio verbal de filiación n.º 1757/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Córdoba. Dicha resolución declara la paternidad extramatrimonial de D. Ovidio respecto de D. Jerónimo. El recurso se funda en un error en la valoración de la prueba, entendiendo que no existe prueba suficiente para establecer la relación de filiación.

Examinadas actuaciones, debe confirmarse la valoración probatoria de la sentencia recurrida, máxime teniendo en cuenta la prueba practicada en segunda instancia.

En procedimientos de esta naturaleza, resulta determinante la prueba pericial biológica, puesto que en la mayoría de los casos permite establecer un juicio prácticamente de certeza sobre la relación de filiación. En el supuesto de autos, se intentó llevar a cabo dicha prueba respecto del supuesto padre (D. Ovidio, fallecido en 1966), pero no fue posible, dada la imposibilidad de obtener material genético suficiente tras su exhumación. Reconociendo la importancia de dicha prueba, no es la única que permite establecer la relación de filiación. Así, el art. 767.3 LEC dispone que "aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo". En materia de determinación de filiación, resulta difícil imaginar una prueba directa distinta de la pericial biológica, puesto que el resto de prueba es meramente circunstancial. Pues bien, a falta de esa prueba biológica directa, como ocurre en el presente caso, la LEC permite acudir a una prueba indirecta o de indicios.

Antes de analizar la prueba en cuestión, debe negarse ese carácter a lo que son meros rumores. La parte actora ha indicado que era "vox populi" en el pueblo la realidad de la relación de filiación reclamada, lo que ha sido corroborado por algunos testigos. Esas manifestaciones carecen de relevancia probatoria, pues las máximas de experiencia revelan que en numerosos casos esos rumores o "chismes"

no se corresponden con la realidad, sino con la maledicencia de quien los generan o divulgan.

Entrando ya en la valoración de la prueba, no puede darse mucha importancia a la testifical de D. Torcuato, primo hermano del demandante. De sus manifestaciones, la más relevante se corresponde con una conversación que presenció en casa de su madre y en la que participaron, según sus manifestaciones, aquélla, D.ª Ana María (madre del demandante) y D. Torcuato, representante de la familia de D. Ovidio. Dicha conversación se produjo cuando el testigo tenía entre 12 y 14 años. En esa entrevista, D. Torcuato le dijo a D.ª Ana María que venía por si "quería algún dinero", lo que rechazó ésta, indicando que ya lo había rechazado en otra ocasión. D. Torcuato insistió, ofreciendo llevarse al actor a casa de la familia de D. Ovidio (con muchos más recurso que la de D.ª Ana María) para que le dieran estudios, propuesta que fue cortada de plano por ésta, rogando a D. Torcuato que se marchara inmediatamente, confesando después a la madre del testigo que tenía miedo de no volver a ver entonces a su hijo. A pesar de lo importante del contenido de la testifical, no puede darse valor probatorio a ese testimonio, dadas las dudas que plantea. Por un lado, la relación de parentesco entre el testigo y el actor genera incertidumbre su objetividad e imparcialidad. Por otro lado, no parece normal que un joven con la edad que tendría el testigo entonces (entre 12 y 14 años) participara en una conversación de tanta trascendencia e intimidad.

Descartado dicho testimonio, existen una serie de hechos probados que permiten establecer, por vía de indicios, la relación de filiación reclamada. Tales hechos son los siguientes:

1.- D.ª Ana María compartía techo con D. Ovidio en la época de la generación, puesto que aquélla trabajaba como criada en el cortijo en el que éste residía. Ello resulta de la testifical de D.ª Antonia, vecina del pueblo que contaba con 82 años cuando testificó. A diferencia del testigo antes indicado, no se conoce respecto de D.ª Antonia ninguna relación con el actor que pueda poner en duda su objetividad e imparcialidad, habiendo declarado en el acto del juicio con espontaneidad. De hecho, fue a pregunta de uno de los abogados de la parte demandada cuando afirmó que en la época de la concepción D.ª Ana María vivía en el Cortijo DIRECCION001 (lugar también de residencia de D. Ovidio y su familia) junto con sus padres. Esa convivencia facilitaba las relaciones que dieron lugar a la concepción del actor.

2.- D.ª Ana María y D. Ovidio tuvieron en esa época una relación sentimental. En ese sentido se pronunció D.ª Antonia, que se refirió a una relación de noviazgo, si bien debe de entenderse que no debió ser una relación de noviazgo convencional en aquella época, dada la diferencia de "clase social" de ambos (D. Ovidio pertenecía a una familia acomodada y D.ª Ana María al personal de servicio). Dejando al margen los matices, de la declaración de la testigo se infiere que se trataba de una relación afectivo-sexual, habiendo indicado la testigo que no se casaron por las reticencias de la familia de D. Ovidio.

3.- Al inscribirse el nacimiento del demandante (NUM000 -1951) se deja en blanco el nombre del padre. Una vez muerto D. Ovidio (1966), D.ª Ana María promueve una anotación marginal en dicha inscripción nacimiento, fechada el NUM001 de 1967, en la que hace constar como nombre del padre, a efectos de identificación, " Ovidio ", nombre no muy común por mucho que la parte demandada haya insistido que si lo era en la zona. Desde luego, resulta significativo que D.ª Ana María, 16 años después del nacimiento del demandante y muerto ya D. Ovidio, hiciera esa indicación, cuando el transcurso del tiempo ha demostrado que D.ª Ana María nunca intentó aprovechar tal circunstancia para obtener alguna ventaja económica.

4.- Pocos meses después del nacimiento del demandante, se decreta la incapacitación judicial de D. Ovidio por problemas psíquicos, extremo éste que fue puesto de manifiesto por la parte demandada. Aunque este hecho no constituye un indicio unívoco, y sin poner en ningún caso en duda la realidad de la causa que motivó la incapacitación, puede ser entendido como una actuación de los padres de D. Ovidio para evitar que éste pudiera adoptar autónomamente decisiones personales o patrimoniales que pudieran ser perjudiciales, según el entendimiento de la familia, decisiones que podrían estar relacionadas con D.ª Ana María o el actor.

Estos son los hechos que se conocían en la instancia. Los mismo se han visto considerablemente reforzados con la prueba pericial biológica practicada en segunda instancia. Ante la imposibilidad de practicar la pericial biológica respecto de D. Ovidio, se admitió en segunda la instancia esa pericial referida a D. Apolonio (padre de D. Ovidio y supuesto abuelo de D. Jeronimo). En ese caso, la pericial si pudo practicarse, exhumando el cadáver de aquél y obteniendo el material genético necesario.

En dicha pericial, realizada por funcionarios del

Instituto Nacional de Toxicología se indica que "en estudios de relación biológica de parentesco entre un individuo y su presunto abuelo no existe posibilidad de exclusión mediante marcadores autosómicos. Dicho análisis se basa únicamente en una valoración estadística en la que resulta difícil establecer un umbral preciso para dar por cierta o incierta la relación. No obstante, las exclusiones en este tipo de parentesco si son posibles si recurrimos al estudio marcadores de linaje paterno como es el estudio de marcadores específicos del Cromosoma Y (todos los varones de una misma línea paterna comparten el mismo haplotipo de cromosoma Y); en caso de coincidencia de haplotipos el resultado podría servir para reforzar la hipótesis de ancestro común. Por tanto, en estos casos es conveniente comprobar primero la compatibilidad mediante marcadores específicos de linaje". Sometidos los restos biológicos del actor y de D. Apolonio a ambas pruebas, el informe establece la siguiente conclusión: "1.- Los haplotipos obtenidos a partir de las muestras indubitadas de Jeronimo y del cadáver de su presunto abuelo, Apolonio, son coincidentes entre sí. Por tanto, no puede descartarse una relación abuelo paterno/nieto entre ellos. 2.- El índice de parentesco obtenido (IP - 27161) para la batería de marcadores autosómicos estudiados indica que es una 27161 veces más probable la obtención de esos perfiles genéticos si consideramos que Apolonio y Jeronimo tiene una relación de parentesco abuelo/nieto frente a que sean dos individuos de la población no relacionados genéticamente".

No nos encontramos ante una prueba directa, pues no se refiere a la relación biológica entre D. Ovidio y D. Jeronimo, sino que constituye un dato (altísima probabilidad de que D. Apolonio sea el abuelo paterno de D. Jeronimo), importante sin duda, que constituye un indicio que apuntala la tesis del demandante y los indicios antes expuestos.

A la vista del contenido de dicha pericial, las demandadas apuntan la posibilidad de que el padre del actor fuera otro pariente de D. Ovidio por la línea paterna. Desde luego, esa posibilidad no es descartable en abstracto. Sin embargo, y teniendo en cuenta el resto de consideraciones, debe darse por probada la relación de filiación biológica reclamada. Por un lado, los funcionarios que realizaron la pericial biológica manifestaron en el acto de la vista que a medida que se "subiese" en la línea paterna la probabilidad indicada en el informe disminuiría. Por otro, que la única persona de la línea paterna a la que pertenece D. Ovidio que tuvo una relación sentimental continuada con D.ª Ana María fue aquél, según la testifical analizada, sin que tampoco se conozca otra persona de nombre Ovidio y de dicha línea (salvo D. Apolonio) que conviviera en el mismo domicilio que D.ª Ana María. La ausencia de una relación posterior entre D. Ovidio, por una parte, y D.ª Ana María y el actor, por otra, no desvirtúa las anteriores conclusiones. Únicamente se trata de un contraindicio, contraindicio que carece de fuerza argumental suficiente para desvirtuar los indicios antes señalados.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado.

Uniones de hecho

NO EXISTE DERECHO DE REINTEGRO ENTRE CONVIVIENTES DE HECHO

NO EXISTE DERECHO DE REINTEGRO ENTRE CONVIVIENTES DE HECHO

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª
SENTENCIA DE 10/04/2019

No existe derecho de reintegro entre los convivientes de hecho (antes fueron matrimonio), dado que aunque se reformó integralmente la vivienda de la demandada con el dinero obtenido con la venta de un bien privativo del actor, también lo es que durante los ocho años de convivencia residió en el inmueble familiar sin abonar contraprestación alguna y además no atendió en la forma que debía la cargas familiares.

Se alza la parte demandante contra la sentencia de primera instancia que desestima su demanda al entender que incurre en grave incongruencia y error en la interpretación y valoración de la prueba. Partiendo de la propia conclusión establecida en la sentencia, de que su defendido vendió su casa e invirtió la cantidad obtenida en la reforma integral de la vivienda de la demandada, con la que volvió a convivir tras el divorcio de ambos, es manifiesto que dicha cantidad ante la finalización de la convivencia, puede ser reclamada por su patrocinado; y en cuanto que efectivamente dicha entrega no puede ser considerada como donación, compartiendo dicha aseveración con la sentencia, es contundente la prueba del enriquecimiento de la demandada, quien se ha visto beneficiada con el incremento patrimonial que su vivienda ha obtenido, ante la reforma integral abonada por el demandante; y, mientras esta parte apelante, ha sufrido un empobrecimiento al quedarse sin patrimonio cuando vendió su vivienda e invirtiendo todo el dinero que obtuvo en la vivienda de la demandada; en definitiva los requisitos para el enriquecimiento injusto se han probado de forma objetiva.

Las conclusiones sobre aplicación en su caso de pago de la pensión en favor de la hija y que en todo caso, se ha acreditado su cumplimiento por esta parte, apreciando la juzgadora que en su caso eran solo de gastos ordinarios, además de no ser ajustado a derecho la aplicación al caso, también queda probado que se ingresaron en la cuenta de la demandada cantidades muy superiores por lo que igual que se presume que no se extendía a todos los gastos cabe apreciar que se abonan para la satisfacción de todas las necesidades de la hija. En conclusión la reclamación de la parte demandante no puede ser compensada en cuanto no hay cantidad concreta liquida y exigible frente al mismo.

En una primera aseveración contestar a lo manifestado por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso, cuando invoca que el apelante ha efectuado mutación de la causa de pedir infringiendo el principio de congruencia y dispositivo de las partes lo que provoca que no se pueda atender a su pretensión; ciertamente alegaba el actor la existencia de pacto entre las partes para reclamarse mutuamente y compensarse económicamente de las aportaciones efectuadas entre ambos al cese de su convivencia, resultando que dicha alegación en esta segunda instancia ya no está reiterada; lo cual al entender de la Sala no se trata tanto de una modificación de la causa de pedir como de justificar su reclamación en diferentes hechos, antes en ese pacto, ahora en aportación íntegra de su patrimonio en favor de la demandada, sin contraprestación por esta en favor de aquella; de ahí que la cuestión se resuelva por el juez conforme a derecho en relación a lo que las partes piden, siendo esto lo que la juzgadora ha cumplido y sin infracción ni del principio procesal de rogación ni dispositivo de las partes puesto que se entiende concurrencia de vulneración de dichos preceptos cuando que puede ser incongruente una sentencia que da por causas de pedir

diferentes de las planteadas o por argumentos tan ajenos a la cuestión que pueden producir indefensión (sentencia de 4 de abril de 1991 [RJ 19912634]); y que puede rebasarse el principio "iura novit curia" cuando se estima la demanda por razones jurídicas diversas de las alegadas, pero ello exige que se produzca indefensión (sentencias de 31 de diciembre de 1991 [RJ 19919270], 28 de septiembre de 1992 [RJ 19927329] y 10 de junio de 1993 [RJ 19935404])".". Y ello porque se trata de un principio que disciplina y delimita el grado de vinculación al que ha de verse sometido el órgano jurisdiccional con respecto al objeto del proceso. Es el núcleo esencial del principio de disposición de las partes, el que la parte "deberá", "podrá" y se le reconocerá la libertad y poder de inicio del proceso mediante su demanda; es la parte la que determinará y fijará cual es el interés que pretende se tutele por el juzgador, siendo también ellas- las partes procesales- las únicas dueñas para finalizar el proceso a su instancia con anterioridad a que se dicte sentencia por el juez. Conjuntamente con lo expuesto e íntimamente ligado a él, se encuentra el principio de congruencia reseñado en el art 359 de la L.E.C, y conforme al cual al juez le incumbe la carga de ser congruente en sus resoluciones con lo instado y pretendido por las partes, guardando una mínima relación con las pretensiones ejercitadas por los litigantes, sin que ello obste a su vez a que el tribunal o el juzgador en virtud del iura novit curia, resuelva la acción ejercitada realmente por el litigante a pesar de la denominación o confusión que del derecho el mismo pudiera incurrir. A su vez principios de congruencia obligan a que no se conceda ni mayor de lo pretendido - ultra petita-ni distinto de lo instado- extra petita-ni menor de lo interesado - cifra petita-conocido también por omisión del juzgador, resultando que la concurrencia de alguno de estos supuestos traería a colación la vulneración del art 24 de la CE. y subsiguientemente la nulidad de la resolución.

Dicho esto; se comparte con la sentencia de primera instancia que debemos estar al régimen jurídico económico aplicable entre convivientes al momento del cese de su convivencia; y ello porque los litigantes tras el divorcio de ambos reanudaron su convivencia como pareja de hecho y en este sentido recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2008 dice que "La adecuada respuesta a la cuestión suscitada en el recurso, y, por tanto, en la demanda, pasa, ante todo, por poner de manifiesto, tal y como se hace en la reciente Sentencia de 8 de mayo de 2008 -recogiendo, a su vez, los términos de la de fecha 19 de octubre de 2006-, que la realidad social que encierra la convivencia a modo marital o las uniones de hecho ha carecido hasta fechas muy próximas de toda consideración jurídica, lo que no significa que tales uniones fueran contrarias a la ley, ni que la jurisprudencia se desentendiera de ellas. Como se recuerda en la Sentencia de 19 de diciembre de 2006 -a la que alude la de fecha 8 de mayo de 2008, antes mencionada-, la doctrina jurisprudencial se ha referido a las mismas como familia natural - sentencia de 29 de octubre de 1997 -, situación de hecho con trascendencia jurídica - sentencia de 10 de marzo de 1998 -, realidad ajurídica con efectos jurídicos - sentencia de 27 de marzo de 2001 -, o como realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo -sentencia de 5 de julio de 2001 -. En las sentencias de 17 de enero de 2003 y de 5 de febrero de 2004, recogiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, se destaca el carácter alegal y ajurídico, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Y se ha destacado también -cfr. sentencias de 17 de enero de 2003 y de 12 de septiembre de 2005, esta última de Pleno- que se encuentran afectadas por principios de rango constitucional, y en particular, por la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico - artículo 1.1 de la Constitución -, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad - artículo 9.2 de la Constitución - y justifica, como se precisa en la sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás - artículo 10.1 de la Constitución - sin olvidar el principio de igualdad que impide todo trato discriminatorio - artículo 14 de la Constitución EDL 1978/3879 - y la expresa protección a la familia - artículo 39.1 de la Constitución EDL 1978/3879 -, no sólo la fundada en el matrimonio, sino también en la convivencia "more uxorio ".

Paralelamente a lo anterior, la misma doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio -sentencias de 12 de septiembre de 2005 y de 19 de octubre de 2006, y sentencias del Tribunal Constitucional 184/90 y 222/92, por todas-, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aun más: hoy en día -como dice la sentencia

de 12 de septiembre de 2005 -, con la existencia 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.

Es, pues, esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia "more uxorio ", la que explica 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 (Sentencias de 22 de febrero y de 19 de octubre de 2006), pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos (Sentencia de 8 de mayo de 2008).

Insistiendo en lo anterior, se ha de significar que esta Sala -cfr. Sentencias de 12 de septiembre de 2005, de Pleno, y 19 de octubre de 2006, y tras ellas, la de fecha 8 de mayo de 2008, en recurso de casación 1428/2001 - ha acudido al mecanismo de la analogía "iuris" para extraer, por inducción, un principio inspirador con arreglo al cual se pueda resolver la cuestión consistente en cuáles han de ser las consecuencias económicas derivadas del cese de la convivencia "more uxorio ", presupuesta la ausencia de norma específica legal y la falta de pacto, expreso o tácito, establecido por los miembros de la pareja. De esta forma, se ha buscado y encontrado fundamento a la compensación del conviviente que ha visto empeorada su situación económica a resultas de la ruptura de la relación en la figura del enriquecimiento injusto, ampliamente considerado, y gravitando en torno a la denominada "pérdida de oportunidad", que sería -como explica la sentencia de 12 de septiembre de 2005 - "el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de "empeoramiento" que ha de calificar el desequilibrio.

La misma jurisprudencia ha explicado, además, que el enriquecimiento, como advierte la mejor doctrina, se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio ("damnun cessans"); y que el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro".

Como se precisa en la Sentencia de 8 de mayo de 2008, de continua referencia, hay, sin duda, otros argumentos capaces de justificar la procedencia de la compensación económica en los casos de desequilibrio tras el cese de la convivencia al modo marital. Se basan éstos, en unos casos, en el principio general de protección al perjudicado, enraizado en el principio constitucional que proclama la dignidad de la persona y el desarrollo de la libre personalidad - artículo 10.1 de la Constitución -, que sitúa el centro de atención, no en el hecho de si se han efectuado aportaciones económicas o se ha sufrido un empobrecimiento, sino en la circunstancia de que haya habido importantes aumentos patrimoniales durante la convivencia y en la dedicación al trabajo y atención al hogar, dejando al conviviente que la ha prestado al margen de todo beneficio económico. En otros casos, la justificación de la compensación económica viene de la mano de la aplicación al cese de la convivencia "more uxorio" de las reglas previstas en el Código Civil para la fijación de las consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial - artículos 97, 98 y 1438 - con base en la similitud relativa entre uno y otro caso -y, desde luego, con base en el concepto amplio de familia que ha elaborado el Tribunal Constitucional (STC 222/1992)-, que justifica un método de integración que conduce a aplicar a las situaciones de hecho las consecuencias establecidas para la disolución -o nulidad, según el caso- del vínculo matrimonial sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas -sin necesidad, por lo tanto, de recurrir a sistemas de integración basados en la analogía-, y sin que sea preciso acudir a la figura del enriquecimiento injusto".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia 657/2008 de 28 Oct. 2008, Rec. 829/2008, viene a recoger una serie de supuestos en los que se han regulado los aspectos económicos entre parejas de hecho cesando la convivencia y así explicita "La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión "more uxorio" ha dado lugar a una jurispruden-

cia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos ("falta concludentia"), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (ad ex. Sentencia 4 junio 1998) o de sociedad irregular (ad ex. Sentencias 18 mayo 1992, 18 febrero 1993, 18 marzo 1995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre si.

Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas (Sentencias 27 mayo, 20 octubre y 24 noviembre 1994), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1.986, que aplica el principio de la buena fe y la sanción del abuso del derecho en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 de diciembre de 1992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 de diciembre de 1996, indemnización de daños y perjuicios del art. 1.902 CC en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4º.1 ambos del Código Civil por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2.001, y se ratifica en la de 17 de enero de 2.003; 27 de marzo de 2.001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2.001 y 16 de julio de 2.001, sobre aplicación analógica del art. 97 CC.

En relación con lo precedente y el contenido o fundamentos de la pretensión de la demanda conviene señalar que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, exige la concurrencia de los cuatro requisitos siguientes: a) Un enriquecimiento procurado a uno de los convivientes, b) Un empobrecimiento sufrido por el otro conviviente, c) Una relación de causalidad entre aquel enriquecimiento y este empobrecimiento, y d) La falta de causa justificada del enriquecimiento.

Procedente nos parece recoger también la doctrina que refiere las STS de 23-11-2004 "... En relación con las consecuencias económicas que se plantean en relación a los uniones no matrimoniales, o "more uxorio", cuando se pone fin a las mismas, debe aquí empezarse por declarar lo que esta Sala ha establecido al respecto, recogiendo, por su claridad, la doctrina de la misma, explicada en la S. de 17 de enero de 2003, en la que se contienen los siguientes puntos:

A) "Con lo cual, la cuestión clave queda planteada: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación".

B) "Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así: La convivencia more uxorio, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo - hoy por hoy inexistente- sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica".

C) "Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por

analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil) (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido trascrito y 27 de marzo de 2001).

D) "Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

Expuesta la doctrina jurisprudencial y en este caso se debe incidir en que como se ha señalado al inicio de esta resolución, que no se puede estimar, no tanto ya por falta de prueba sino porque no se mantiene si quiera por el apelante, de que en el caso concreto exista pacto ni tácito ni expreso para regir las relaciones y operaciones y liquidación derivadas de esa convivencia de hecho y menos la existencia de pactos para establecer compensaciones económicas para el caso de que tras el cese de la convivencia se produjera desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación al otro, que implique empeoramiento respecto de su situación anterior, tomando en consideración las circunstancias del art. 97 del Código Civil.

Pues bien, en el presente supuesto, y teniendo presente dicha doctrina, hemos de concluir, coincidiendo con la Sentencia apelada, que se deberá analizar desde la perspectiva de existencia de prueba suficiente si se dan los requisitos necesarios para reconocer a la parte actora, ahora apelante, el derecho a percibir la cantidad reclamada, es decir si se prueba el desequilibrio que constituye la premisa básica para el reconocimiento del derecho que interesa.

... Realizada la revisión de la prueba aportada al procedimiento este Tribunal que ahora resuelve llega a las mismas conclusiones que las establecidas en la sentencia recurrida; y ello porque en este caso no se puede dejar de lado que las partes litigantes en un primer momento estuvieron casados; que precisamente al tiempo de su crisis matrimonial suscribieron convenio regulador, en el que el ahora apelante se adjudico la vivienda duplex y con asunción de los préstamos que sobre ella recaían y la demandada una vivienda de menor valor y antigua siendo que el actor en el momento en que vende la vivienda es cuando comienza a tener una merma de sus ingresos (acreditado documentalmente y de las declaraciones del IRPF) debiendo hacer frente a los préstamos lo cual resulta dificultoso a tenor de los ingresos que obtenía; el demandante también asumió el pago de una pensión de 150 e mensuales a favor de la hija menor de edad; igualmente queda acreditado que el demandante cuando vende su vivienda es cuando pasa a vivir en la de la demandada y si este hecho no se hubiera acontecido es manifiesto que tendría que asumir una vivienda propia, bien en propiedad (difícilmente por su situación económica probada escasa) o en alquiler; y ello mientras duró la nueva relación de pareja (unos ocho años) es decir que esta situación también benefició al demandante por lo que en contrapartida no se puede negar que se debiera su conducta a contribuir con un acondicionamiento mejor de la vivienda del beneficio que obtenía; en cuanto a las cargas familiares y que a ambos incumbían siendo específica a mas carga alimenticia del demandante en favor de la hija, también resulta acreditado que la mera operación matemática de las cantidades entregadas por el demandante y por 8 años no alcanza a la cantidad resultante que venía obligado, lo que nuevamente evidencia que era la demandada quien asumió en mayor proporción las cargas familiares además de las cantidades que constan entregadas durante esos años por la apelada al apelante, lo que se aleja nuevamente de prueba objetiva de enriquecimiento por parte de aquella, en tanto que durante estos años de convivencia está acreditada la escasez de ingresos del apelante y por ende también se ha beneficiado por su parte sin contraprestación de la demandada lo que permite admitir que se compense el enriquecimiento que ha obtenido con la aportación que en su momento realizó en obras en la vivienda.

Casos prácticos

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

PENSIÓN ALIMENTICIA

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Los padres de la esposa cedieron al matrimonio un inmueble para que fijasen en él el domicilio familiar. Los cónyuge decidieron rehabilitar el inmueble y construir una segunda planta. Tras el divorcio, el exesposo ha interpuesto una demanda reclamando el importe de la construcción. Los demandados se oponen alegando que el actor ocupó el inmueble en concepto de precario y que el poseedor en precario conoce perfectamente que la casa donde realiza las obras no le pertenece, por lo que carece de buena fe, y si hace obras es para su comodidad durante su ocupación gratuita y, terminado el disfrute, aquélla quedará en beneficio de la propiedad, sin derecho a contraprestación alguna. ¿Puede estimarse la causa de oposición?

Entendemos que no, dado que la construcción fue aceptada, consentida y apoyada por los propietarios del inmueble, provocando un aumento de valor, por lo que la posesión es de buena fe aunque no sea a título de dueño, sin que sin que los demandados realizaran advertencia alguna en el sentido de que harían suya la obra sin indemnización, pese al derecho que les asistía de recuperar la posesión en cualquier momento. Además, la no estimación de la demanda implicaría un enriquecimiento injusto. Con la posesión de buena fe y consentimiento del titular, la única alternativa de los dueños sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 361 CC, hacer suya la obra pagando su importe o reclamar a la sociedad de gananciales que haga suya la propiedad pagando el valor del terreno y de la construcción preexistente.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El juzgado de Familia fijó en medidas provisionales una pensión de 500 euros, pensión que fue ratificada en la Sentencia de divorcio. Tras interponerse recurso de apelación, la Audiencia Provincial ha aumentado la pensión alimenticia a la cuantía de 750 euros. ¿Se puede instar una ejecución reclamando la diferencia de la pensión desde la fecha interposición de la demanda o desde que se dictó en primera instancia la Sentencia de divorcio?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2019 resuelve esta cuestión en sentido negativo. Señala la mencionada Sentencia que “En la sentencia recurrida se aumenta la pensión de alimentos, y se determina su pago desde la interposición de la demanda, en contra de lo determinado jurisprudencialmente (sentencia 459/2018 de 18 de julio, entre otras). Es doctrina de esta sala (sentencias de 15 de junio de 2015 y 26 de marzo de 2014) que de acuerdo con los arts. 774.5 LEC y 106 del CC, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia”.

Noticias

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN SEVILLA

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN LAS PALMAS

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN BILBAO

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN SEVILLA

CRÓNICA:
María Pérez Galván

Un año más, y ya son 24 años consecutivos, la Asociación Española de Abogados de Familia, con el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y Libertas Ediciones, que se ha hecho cargo de toda la organización, se han celebrado las XXIV Jornadas de Derecho de Familia en Sevilla, bajo la dirección de María Pérez Galván, Abogado de Familia y Vocal de la AEAFA.

Las fechas han sido los días 26 y 27 de septiembre, sirviendo de impulso para abordar el nuevo "curso" para los abogados y coincidiendo con la apertura del nuevo año judicial y el lugar, el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

La apertura corrió a cargo del Presidente de la Audiencia de Sevilla y de la Sección 2ª, D. Manuel Damián Ál-

varez García, que conoce de los recursos de apelación de los temas de familia y " Amigo de la AEAFA", quien se hizo eco de la reivindicación que desde hace ya tantos años, venimos haciendo la AEAFA, para que se cree el orden jurisdiccional de familia y poder con ello tener acceso todos los ciudadanos a Juzgados, Magistrados, Fiscales, LAJ, Equipos Técnicos, Puntos de Encuentro, y personal especializado, disponiendo con ello de más medios humanos y materiales y no seguir en la incertidumbre, y desigualdad que supone depender de donde y quien conozca el caso, cuando y como se tramitará y EL agravio comparativo que todo ello supone dependiendo de la localidad donde se tramite el caso, recordando que es inaplazable la creación de esta jurisdicción, lo que fue enfatizado por nuestra Presidente Dª Mª Dolores Lozano Ortiz, que insistió en el compromiso de la AEAFA, en seguir trabajando para la formación continua de todos los abogados de familia. Nos acompañó también en la apertura D. Fernando Rodríguez Villalobos, Presidente de la Diputación Provincial de Sevilla, sensible a nuestra materia, recordándonos como debemos velar y proteger el interés de los menores y nos invitó a visitar y conocer nuestra provincia, tan rica y variada en paisajes, cultura y gastronomía. Intervino también, el nuevo Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, D. Oscar Cisneros Marco, magnífico jurista, amigo y compañero quien nos felicitó y animó a seguir trabajando con ilusión y ahínco en esta materia tan viva y dinámica como es el derecho de familia.

Hemos disfrutado de grandes ponentes y cientos de profesionales del Derecho de Familia venidos de todos los puntos de España. Hemos tenido la oportunidad de analizar cuestiones actuales como la incidencia de la violencia de género en el régimen de custodia, estancias con los menores y patria potestad, o las secuelas de la falta de la relación paterno filial en la pensión de alimentos de hijos mayores de edad, temas que fueron magistralmente abordados, y nunca mejor usada la redundancia, por la Magistrada Margarita Pérez-Salazar Resano, titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en Pamplona, también " Amiga de la AEAFA", y por nuestra Presidente, Mª Dolores Lozano Ortiz, magnífica Abogada de Familia, que se estrenaba formalmente con Ponente, y nos impactó a todos con su exposición y estupendo modo de comunicar.

Oscar Fernández de León, Abogado y miembro de la Junta de Gobierno del ICAS, abordó cuestiones prácticas y claves para afrontar debidamente los juicios de familia cuando no hemos podido alcanzar el deseable acuerdo: el interrogatorio de las partes, testigos y peritos y nos ilustró sobre determinadas pautas para emitir unas buenas conclusiones. El turno final de Ponencias, estuvo a cargo

del Magistrado y Presidente de la Audiencia Provincia de Badajoz, Luis R. Hernández Díaz- Ambrona jurista excepcional y mejor persona, que nos comentó una muy buena selección de las novedades jurisprudenciales en nuestra materia, abordando distintos temas y despertando un interesante debate que siguió por la tarde en el Foro Abierto, brindándose generosamente a presidir y suplir la ausencia sobrevenida de su compañero Andrés Palacios Martínez. Como cada año tuvimos la oportunidad de exponer nuestras dudas y contrastar entre todos posibles soluciones, en nuestra materia donde, cada caso es singular y distinto.

La noche del 26 tuvimos la tradicional cena en el marco incomparable del Hotel Alfonso XIII, donde pudimos departir y disfrutar de una velada muy agradable que nos permitió conocernos mejor y compartir un rato de tertulia y amigos. El toque de color lo puso el mantón de manila que algunas compañeras llevamos y otras, por desconocimiento no pudieron lucir. Hecha queda la propuesta para las siguientes.

Este año, por primera vez, hemos tenido Comunicaciones, que han corrido a cargo de dos solventes abogadas de familia y miembros además de la SCAF, Sonia Álvarez Gómez que trató de manera muy clara: La caducidad en las ejecuciones de sentencias de familia y de Paola Tamborero Font, que abordó: La prueba del derecho extranjero, materia tan ardua y que ella domina tan bien. El turno final de las Comunicaciones, estuvo a cargo del Fiscal de la Fiscalía Provincial de Sevilla y Fiscal Delegado de Criminalidad Informática, Gabriel González Fernández, que trató el tema: Redes sociales y menores, tan de actualidad, recordándonos a los padres las consecuencias que pueden tener el mal uso de las nuevas tecnologías, y tratando el ciberacoso, la repercusión de la difusión de imágenes e información no autorizadas y muchos otros que hubieran dado para una ponencia más amplia. Gracias de corazón a todos.

Como directora estos 24 años de las Jornadas de Derecho de Familia, que, a partir de ahora llamaremos Congreso, gracias a la acertada reflexión de nuestro Decano, quiero dar las gracias a todos los que habéis hecho posible que hayan sido todo un éxito y , muy especialmente a los casi cuatrocientos abogados venidos de todos los puntos de España con el mérito que supone dejar sus despachos, y afrontar el coste de la inscripción, desplazamiento, alojamiento, etc.

Es para la AEAFA y para mi un orgullo y una satisfacción contar con todos vosotros y, a los que no habéis podido venir, os animo a que lo hagáis el próximo año 2020, los días 1 y 2 de Octubre, si todo va bien, celebraremos los 25 años con especial cariño e interés.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN LAS PALMAS

El Colegio de Abogados de Las Palmas, acogió en Canarias las I Jornadas de Derecho de Familia organizadas conjuntamente con la Asociación Española de Abogados de Familia los días 24 y 25 de octubre de 2019.

Las Jornadas estaban destinadas no solamente a quienes ejercen la abogacía, sino a todos los profesionales relacionados con la temática de familia, en el convencimiento de que sólo si tenemos una formación actualizada en esta materia podremos desempeñar con rigor el trabajo y la defensa que nos ha sido encomendada.

Han sido objetivos de estas primeras jornadas , entre otros, fomentar el estudio, difundir el conocimiento de la legislación, criterios y sentencias de nuestra Sala Tercera especialista de la Audiencia Provincial, así como de la Sala Primera del TS, abordar las reformas y propuestas de mejora pero desde un planteamiento común de todos los operadores.

Contamos en estos dos días con especialistas que nos trasladaron aspectos prácticos desde diversas áreas del derecho vinculadas con familia:

Tras la inauguración con las representantes de las instituciones colaboradoras, comenzamos la tarde con Javier Carrascosa González, catedrático universitario quien trató el tema de los divorcios internacionales en este estado y comunidad autónoma multicultural donde los matrimonios y parejas mixtas son una realidad. Los instrumentos legales aplicables a la competencia judicial internacional y la Ley aplicable en casos internacionales de divorcio/ separación judicial /nulidad matrimonial

Finalizamos el primer día con nuestro compañero abogado de este Colegio Miguel Ángel Pérez Diepa, quien hizo una recopilación resumen de trabajos doctrinales sobre el uso de la prueba tecnológica y su incidencia en los procesos de familia, así como la prueba ilícita y el derecho a la intimidad y protección de datos. Las redes sociales, mensajes, correos electrónicos y la exposición de los menores en las mismas.

La jornada del viernes fueron protagonistas los hijos e hijas, en una primera mesa redonda titulada la problemática de los menores en los procesos de familia. Nos acompañaron José Antonio Blanco Alonso, Fiscal de menores quien entre otras cuestiones expuso la sustracción parental internacional, el procedimiento para la restitución de menores trasladados o retenidos ilícitamente en territorio nacional. Supuestos que afectan a derechos fundamentales de los menores que condiciona su desarrollo personal y familiar, que se solucionan a través de convenio, exequatur y principio de reciprocidad. Concluye con la deseable armonización de la regulación legislativa en la Unión Europea.

Luis Marco Cañas fiscal de civil y discapacidad de esta Fiscalía provincial igualmente, desde la intervención de Ministerio Fiscal en los procesos en los que se puede ver afectado un menor reforzando su protección comenta la intervención como parte o representante legal o como dictaminador. Como cuestión práctica alude a la afectación del derecho a la intimidad del menor como consecuencia de su exploración judicial analizando sentencias, la forma de practicarse y la publicidad del acto así como el traslado a las partes.

La magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo Maria Angeles Parra Lucán, bajo el titulo Pensiones de hijos mayores .Cuestiones novedosas de criterios jurisprudenciales, explica como los mayores de edad tiene un tratamiento diferenciado, la legitimación en los procesos, la extinción del derecho a alimentos, los “nini” y los “sisi”, puesto que Espala es uno de los países con más altos índices de los mismos. Los hijos mayores con discapacidad, refiere las separaciones y divorcio notariales o ante el letrado de la administración de justicia, toda una

Para terminar la mañana, Murli Kessomal Kaknani, asesor fiscal trató cuestiones tributarias que afectan a las crisis y conflictos familiares, desde los diferentes regímenes económico matrimoniales, y su liquidación paritaria o con exceso de adjudicación, sus consecuencias . EL papel de los convenios reguladores y el abono de las distintas pensiones que incluye. Cuestiones relacionadas como la utilización de la vivienda y la percepción de indemnizaciones en caso de nulidades matrimoniales

La mediación intrajudicial en familia que opera en Ca-

narias desde hace años tienen una ponencia la tarde del viernes con un magistrado de Málaga, José Luis Utrera Gutiérrez, los aspectos procesales y sustantivos relevantes para la abogacía, con una referencia al acuerdo mediado contemplando su homologación judicial o no. Experto defensor de esta alternativa de resolución de problemas, explicó desde el importante papel de las sesiones informativas, hasta los pactos de sumisión, acuerdos y su valor legal, y el tribunal competente para su ejecución.

La última mesa redonda titulada Problemática frecuente en la crisis de familia, estuvo conformada por magistrados de distintas Salas de nuestra Audiencia Provincial, tanto penal como civil, pero especialistas y vinculados con el Colegio y con AEAFA, dado que dos de los intervinientes son amigos de la Asociación desde hace años, Pedro Joaquín Herrera Puentes Magistrado de la Sección Primera AP de Las Palmas y Rosalía Fernández Ayala, Magistrada de la Sección Tercera. EL primero de ellos hizo un análisis de algunas novedades introducidas por la LO 1/2015: a) acoso y hostigamiento (art. 172 ter del CP). Referencia a la sentencias de divulgación de imágenes sin consentimiento, (art. 197.7 del Cp). c) la agravante de discriminación por razón de género, y comentó el impago de prestaciones alimenticias y compensatorias (objeto del proceso penal, acumulación de autos y ejecución).

La parte civil estuvo tratada por Ricardo Moyano García Magistrado Presidente de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, quien trató el tema del derecho de uso del domicilio familiar en los procesos de crisis matrimoniales o de parejas de hecho, el concepto de “vivienda familiar”, el nacimiento y extinción del derecho de uso, así como otros aspectos relacionados su duración, compensación y aludiendo a resoluciones de esta sección especializada en Familia, para también recordar el Anteproyecto de corresponsabilidad parental

Finaliza la mesa Rosalía Fernández Ayala quien diserta sobre la problemática y complejidad de las ejecuciones provisionales y forzosas de las resoluciones, aterrizando en casuística y comentando criterios de la sala

Como es usual en las jornadas, contamos con un espacio de debate y opiniones, contestación a las preguntas planteadas, el denominado FORO ABIERTO, donde se unieron el también magistrado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial José Antonio Morales Mateo y la asociada y abogada de ICALPA Mª del Pino de la Nuez Ruiz.

Podríamos concluir que estas primeras jornadas han estado conformadas por un programa formativo con ponencias e intercambio de conocimientos y experiencias no solo de los ponentes, sino también de las compañeras/os de los diferentes Colegios de España, estudiantes del Master de la abogacía y otros profesionales. Pero acompañados con intervalos lúdicos, pues compartimos también almuerzo y una actividad cultural de paseo por el barrio de Vegueta guiados por el Cronista oficial de la ciudad visitando las Casas Consistoriales.

JORNADAS DE DERECHO
DE FAMILIA EN BILBAO

CRÓNICA:
Alkain Oribe

"CUATRO AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY 7/015, DE 30 DE JUNIO, DE RELACIONES FAMILIARES EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O RUPTURA DE LOS PROGENITORES Y DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA:

Reflexión práctica y problemática surgida"

Como viene siendo habitual, la delegación en Bizkaia de la AEAFA, en colaboración con el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, organizó las Jornadas de Derecho de Familia que se celebraron en Bilbao los días 14 y 15 de noviembre de 2019.

En la apertura, nuestra presidente, Doña Maria Dolores Lozano Ortiz, y Doña Maite Morillo Quintanilla (miembro de la Junta de Gobierno del Colegio), nos dieron la bienvenida en nombre de la organización, pasando a finalizar esta inicial salutación con intervención de la Viceconsejera de Trabajo y Justicia del Gobierno Vasco, Doña Loly De Juan De Miguel, que realizó un detallado repaso de las instituciones que gestiona su departamento como son, entre otros, los puntos de encuentro (que han aumentado y se espera una mayor presencia en el futuro), así como los equipos psicosociales y las unidades forenses de valoración integral.

Tras este comienzo, y antes de "entrar en harina" tuvimos el honor y el placer de escuchar a nuestro querido Presidente de Honor, Don Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, que en amena conversación con el compañero Don Kepa Ayerra Michelena (también miembro de la Junta de AEAFA) aportó su visión de lo que implica ser abogado de familia en los tiempos actuales, entroncando, además, con interesantes anécdotas de su ejercicio profesional.

A continuación, comenzó la primera sesión de la mañana con la ponencia de Don Francisco Borja Iriarte de Angel, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, centrada en las "Cuestiones procesales relevantes para la interposición del recurso de casación. Disposición Transitoria de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores", siendo uno de los núcleos de la exposición el detalle de los requisitos de admisión del Tribunal en conexión con los exigidos en el Tribunal Supremo (conforme al acuerdo de Gobierno de 27 de enero de 2017) y expresados en el auto del TSJPV de 6 de junio de 2019. De igual modo también nos explicó cómo se distribuye la competencia entre ambos en función de las normas aplicadas o de las resoluciones recurridas.

La segunda ponencia del día fue pronunciada por el compañero y ex presidente de AEAFA, Don Gonzalo Pueyo Puente, quien nos ilustró con una disertación sobre la

"La guarda y custodia tras cuatro años de aplicación de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores", haciendo un repaso exhaustivo de las resoluciones de las Audiencias Provinciales sobre esta materia, de la que parece desprenderse una aplicación de la custodia compartida como modelo ex lege que hace descansar la carga de la prueba en la parte que no quiera su aplicación, prueba que debe ser exhaustiva para lograr su propósito.

En la tarde del jueves disfrutamos de la tercera ponencia del día, impartida por el compañero Don Kepa Ayerra Michelena, miembro de la Junta de AEAFA, en relación con "El uso de la vivienda familiar, prórroga y compensación por pérdida de uso tras cuatro años de aplicación de la ley." Este tema, que supone una gran novedad en la ley respecto de la legislación anterior, ha tenido una evolución en la práctica jurisprudencial, entendiendo que la compensación por la pérdida del uso debe imponerse, siempre y cuando se solicite, dado los términos imperativos del texto legal. La prórroga aun ha tenido menor recorrido en los tribunales de segunda instancia aunque es un tema candente que genera muchas reflexiones para su correcta aplicación.

La cuarta ponencia, la última del jueves, corrió a cargo del Magistrado Juez Decano de Bilbao, Don Aner Uriarte Codon, quien nos ilustró sobre "Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de derecho de familia tras cuatro años de aplicación de la ley 15/2015". El núcleo central de la ponencia fueron los expedientes de intervención judicial en caso de discrepancias en el ejercicio de la patria potestad y el expediente de medida de protección por el ejercicio inadecuado de la patria potestad o de la administración de los bienes de los menores (aunque también se trataron los expedientes de nulidad matrimonial y desacuerdo en la administración de los bienes gananciales, entre otros).

La jueza de 1ª instancia (Familia) del Juzgado nº 6 de Bilbao, Doña Maria Eugenia Matía Ortiz, fue quien inició la mañana del viernes con la quinta ponencia titulada "Cuestiones prácticas procesales del procedimiento de separación, divorcio o de medidas paterno – materno filiales, cuestiones prácticas sobre la demanda, contestación, reconvención, vista etc". En este apartado se trataron temas muy interesantes y cotidianos como la exploración del menor (su práctica y documentación), el modo de impugnar los documentos públicos y privados, cómo presentar la prueba de los whatsapp, qué ocurre con el artículo 752 de la L.E.C. y su correcta aplicación, etc.

Tras este comienzo se presentaron tres comunicaciones por parte de compañeros abogados. Doña Nerea Sologaistua Goitia, nos adentró en la incidencia de las

cuestiones penales en materia de familia, Don Javier Muguruza Arrese nos puso al día de las últimas resoluciones en materia de IRPF y AJD en relación con la liquidación de los bienes comunes, y Doña Natalia Alvarez Alday junto con Doña Natalia Bareño Alcalá – Galiano nos expusieron el recorrido extraprocesal y judicial de un caso de intervención de Diputación en materia de protección de menores.

Por último, y como viene siendo habitual en otras jornadas de AEAFA, se celebró una sesión de "foro abierto", dinamizada por los compañeros y miembros de la Junta de AEAFA Doña Maria Dolores Lozano Ortiz (presidente), Doña Maria Dolores Azaustre Garrido (vicepresidente) y Don Fernando Hernández Espino (vocal), en la que se trataron diversos temas apuntados por los participantes, generándose un debate ameno y enriquecedor. De hecho, el horario se extendió al máximo para dar cabida a las numerosas intervenciones.

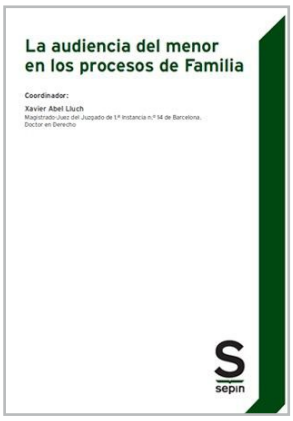
Finalizó la jornada con la despedida de Doña Elena Muguerza Ormaechea, delegada de AEAFA en Bizkaia, agradeciendo a los asistentes su presencia (exitosa, por cierto, puesto que el aforo estaba completo) y de Doña Mª Dolores Lozano Ortiz quien reivindicó la función social de los abogados de familia y la importancia de la deontología profesional. Nuestro presidente de honor había señalado al comienzo de las jornadas que la cualidad que debe destacar en un buen abogado de familia es la humanidad y nuestra actual presidente completó esta valía con la de la honestidad. Sabias palabras que sirvieron como broche de oro a este encuentro. ¡Hasta pronto!.

Información bibliográfica

LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

PROTECCIÓN DE DATOS. MANUAL PRÁCTICO DE AYUDA PARA ABOGADOS

LA AUDIENCIA DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE FAMILIA



Autor: VV.AA
Editorial SEPIN - Madrid 2019
Pág.: 193

La audiencia o exploración del menor es una de las cuestiones que se practica de forma dispar ante nuestros Tribunales. ¿Quiénes deben estar presentes? ¿Cómo ha de documentarse? ¿Quién tiene que extender el acta y qué contenido se recogerá en ella? ¿Se debe dar traslado a las partes?

Estos y otros aspectos se analizan en esta monografía, que reúne las conclusiones del seminario interdisciplinar coordinado por XAVIER ABEL LLUCH y en el que intervienen Magistrados, Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados y Psicólogos, quienes aportan su visión sobre esta fase esencial del proceso.

Incluye, además, un modelo del acta de la audiencia del menor, concretas pautas para la práctica de la audiencia, una completa selección de jurisprudencia y bibliografía relevante.

PROTECCIÓN DE DATOS. MANUAL PRÁCTICO DE AYUDA PARA ABOGADOS

Autor: Alfonso Pacheco Cifuentes
www.alfonsopachecoabogado.es

La normativa sobre protección de datos personales afecta al profesional de la abogacía desde una doble perspectiva: como sujeto obligado a su cumplimiento, porque los abogados en el desempeño de nuestra profesión tratamos datos personales, y como una muy interesante área de asesoramiento a sus clientes, porque, como don Juan Tenorio (cuyo amor recorrió toda la escala social, desde una princesa real a la hija de un pescador), el RGPD y la LOPD apuntan a todo lo que se mueve: un colegio profesional, una Administración pública, una empresa que fabrica tornillos, un centro escolar, una federación deportiva, la comunidad de propietarios, la familia, … Allá donde se trate un dato personal entran en juego el RGPD y la nueva LOPD, y los clientes dominan lo suyo, pero no esto de la protección de datos.

El libro se completa con 32 formularios en formato Word o Excel, totalmente editables, a fin de facilitar su uso directo y que puedan ser enriquecidos con las aportaciones o modificaciones que cada lector considere convenientes. El libro toma como guía para su desarrollo un despacho unipersonal de abogado que ejerce por cuenta propia.

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: .....

.....

Próximas Jornadas