REVISTA
Abogados de Familia

113
MARZO 2022

EL REENCUENTRO
XXIX EDICIÓN JORNADAS CENTRALES AEAFA

DISCURSO INAUGURAL

RESPONSABILIDAD VSS
FORMACION DEL ABOGADO:
EN LIQUIDACION DE PATRIMONIOS

ACUERDOS PREMATRIMONIALES:
ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y EL
TRIBUNAL SUPREMO

MENORES DE EDAD Y VACUNA
COVID-19 ¿ESTÁ TODO DICHO?

ÚLTIMAS
SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL RINCÓN DE PACO

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA

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

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

REVISTA Abogados de Familia

Depósito Legal M-10126-1996
ISSN 1136-8942

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

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

SUMARIO

04 Editorial

RESPONSABILIDAD VSS FORMACION DEL ABOGADO: EN LIQUIDACION DE PATRIMONIOS

José Luis Cembrano Reder

07 Discurso Inaugural

M.ª Dolores Lozano Ortiz

13 Artículo Doctrinal

Acuerdos Prematrimoniales: Entre el Código Civil y el Tribunal Supremo

M.ª José Valverde Martínez

27 Artículo Doctrinal

Menores de edad y vacuna COVID-19 ¿Está todo dicho?

Sonia Álvarez Gómez

33 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

43 Sentencias Comentadas

Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Vivienda familiar. Alimentos. Pensión compensatoria. Cuestiones procesales. Ejecución de sentencia. Regímenes económicos matrimoniales. Uniones de Hecho.

67 Casos Prácticos

68 Noticias

86 Novedades Bibliográficas

88 El rincón de Paco

EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN... ¿EXISTE?

EDITORIAL

RESPONSABILIDAD VSS FORMACION DEL ABOGADO: EN LIQUIDACION DE PATRIMONIOS

El ciudadano tiene derecho a poder plantear ante un juez sus reclamaciones, y en derecho de familia el legislador se ha centrado en la protección del menor en el ámbito de la violencia de género; no así fuera de ese contexto, porque el menor sigue soportando tremendos atascos judiciales y grave escasez de equipos de valoración y apoyo. Han pasado años hasta que, pese a las reformas legislativas, ha fructificado la tesis de tener siempre debidamente en cuenta lo que los menores dicen, y se ha conseguido merced a una doctrina del Tribunal Supremo rotunda y clara.

Cuando nos referimos a cuestiones patrimoniales familiares, derivadas de la crisis de la pareja o del matrimonio y sujetas a derecho civil no tutelar, pese a que afectan gravemente a la familia carecen de interés mediático y su situación es muy complicada. Las soluciones no se adaptan a las necesidades familiares ni económicas del propio país, que sufre la ruina de empresas y personas cuando está en litigio, por falta de agilidad procesal.

No hay duda de que las cuestiones patrimoniales son jurídicamente las más complejas, y que la respuesta vulgar ante el conflicto es: “hay que llegar a un acuerdo”. Y es cierto, llegar a un acuerdo es obviamente un objetivo, incluso estatutario de la negociación y conciliación en nuestra tarea de abogados; pero el acuerdo nunca debería pasar por dejar de poner en valor la ley

y los derechos cuando los pleitos se enquistan por razones justificadas. No es nuestra tarea convencer al cliente para que acepte un acuerdo, sino facilitarle información rigurosa con alternativas para que sea él quien decida, si transige o no, ponderando todas las perspectivas.

En estos momentos el proceso de liquidación de patrimonios es un muro de presión hostil que distorsiona la decisión del cliente y un auténtico abuso contra el ciudadano.

En cuanto al abogado que interviene, si no ofrece al cliente una adecuada información este tomará seguramente una decisión equivocada. Y como el abogado no es ajeno a los perjuicios, deberá responder del daño que le ha daño causado por pérdida de oportunidades. En este punto, la presión social y exigencia de responsabilidad al abogado debe aumentar notablemente, y también su desarrollo doctrinal con una mayor casuística. Auguro que será un camino natural que nos conduzca a un adecuado ejercicio de la abogacía, en el que se asuma que no proporcionar a un cliente adecuada información es un error costoso. De ese modo, el tiempo de estudio y dedicación a la materia y al asunto que nos sea encomendado, será más exigente y de más calidad, y se volverán a imponer los dictámenes como instrumento previo a cualquier actuación judicial de cierta envergadura. O sea, como era hace años, en un ejercicio de la abogacía mucho más sólido que el actual.

El extremo de la falta de responsabilidad del abogado es, cuando es el cliente quien aporta sus datos y el abogado, sin un examen adecuado de antecedentes fácticos o jurídicos, firma una demanda y la presenta. Esto existe y lo llamo el “cobro por firma”. Pero, si existe un motivo que justifique la preceptiva intervención del abogado en los asuntos familiares no tuitivas, aunque no estén concernidos hijos menores, es la protección de la familia. La ley requiere que cuando se presentan demandas con convenios reguladores, estos no sean dañosos para cónyuges o para los hijos mayores; incluso la ley exige que las medidas adoptadas por el juez, sea únicamente este quien las modifique con la intervención necesaria del abogado. Es inconcebible que se considere necesaria la intervención del abogado solo para realizar el esfuerzo de probar que existe causa de divorcio, que actualmente es objetiva. Solo pensarlo es deshonesto.

Como también en un sistema de derecho moderno es inconcebible que un abogado, en el ejercicio de su profesión, presente una demanda sin haber consultado y examinado previamente con detalle la situación de los cónyuges y sus necesidades y derechos. Pero además es un riesgo muy importante para el abogado que así actúa, porque asume la responsabilidad de causar un grave perjuicio en la toma de decisión del cliente, o clientes, por pérdida de oportunidades si no les ilustra y advierte de sus respectivos derechos. Se puede intentar contradecir expresando que la pensión compensatoria es un derecho de carácter dispositivo, o sea renunciable; pero ser un derecho renunciable no significa que sea un derecho que se pueda disipar o perder por dejar de reclamarlo en base a la ausencia de un adecuado asesoramiento o consejo del abogado. Una renuncia no es una pérdida de oportunidad susceptible de ser indemnizada, por su carácter de conocida y expresa respecto el objeto. Pero nadie renuncia a algo que desconoce; simplemente lo pierde porque el mal consejo o la ausencia de consejo del profesional no se lo propone y la ignorancia le impide reclamar su derecho. De ello responde el abogado.

Creo que hay tres obviedades sobre un servicio: 1- Un precio vil del servicio no evita la plena responsabilidad profesional, que puede ser muy grave. 2- Un precio vil del servicio conlleva, autoconsumos aparte, poca dedicación y preparación del asunto. 3- Un precio vil sumado a un ejercicio profesional que se simplifica para limitarlo a algo básico, no justifica dedicación ni experiencia o conocimiento y por tanto idoneidad para el ejercicio de la abogacía. De ese modo se cierra el círculo y el mal ejercicio debe colapsar.

La evolución de la doctrina sobre la responsabilidad del abogado se mide en algunos ejemplos. Inadmisión del recurso de casación (TS STS 1ª 14/07/05 Rec.971/1999); defecto en la elección del mejor medio procesal (TS 08/04/2003); no mantener entrevista, desaconsejar recursos sin pericia o no expresar las posibilidades de defensa reales (TS 15/05/1999); malos cálculos (TSJ NAVARRA 20/11/2005); negligencia en la redacción de contratos o asesoramientos defectuosos (TS

05/06/2013); por un petitum mal hecho (TS 14/10/2013); en caso de despachos pluripersonales, afecta a cualquiera de los integrantes (TS 21/10/2013); no haber ejercitado oportuna reconvención sobre pensión compensatoria (AP/02 Cantabria de 11/04/2017); no agotar los recursos (TS 01/06/2021) y un sinfín más de ellas, que van en claro aumento.

En la partición de patrimonios lo primero que llama la atención es la diferencia entre dividir una herencia, que deberá acumularse en su caso a la liquidación de gananciales, y la del régimen económico matrimonial, que requiere de dos fases. O sea, mientras la primera se puede resolver en un solo pleito la segunda requiere dos, y cada una de ellas con su correspondiente recurso de casación. Un ejemplo de casos recientes: en formación de inventario, la TS 10/01/2022 sobre un derecho de reembolso la demanda se presentó en noviembre de 2016; el juzgado resuelve en diciembre de 2017; la AP/Sevilla resolvió la apelación el 14/02/2019. En liquidación la TS 09/09/2021 sobre adjudicación directa o venta en subasta de un bien que, aunque se ignora cuando se presenta la demanda - seguro que meses antes- la comparecencia ante el LAJ es en julio de 2016; el juzgado resuelve el 7/02/2018; y la Audiencia Provincial dicta sentencia en septiembre de 2018. O sea, Dies años. Los hay que solo una fase, la de liquidación. Por si sola dura diez años. Cito los autos de liquidación 985/2010 del Jdo 1 de Alcobendas, que con demanda de 2/06/2010 se dicta sentencia por el juzgado el 24/07/2017 y por la Audiencia Provincial el 26/11/2019 (sic).

Y si pensamos en otras cuestiones que añaden inseguridad e inestabilidad a este tipo de procesos, podemos citar; -respecto a las diligencias preliminares, algunas Audiencias Provinciales las rechazan directamente, porque la preparación de estos pleitos no encaja en sus previsiones; otras incluso llegan a rechazar una eventual prueba en el proceso de partición porque, dicen, se tenía que haber pedido en las diligencias preliminares; los efectos prácticos de estas diligencias en el caso de una falta de colaboración del requerido, no está nada claro salvo improvisaciones sobre la marcha; y con ellas existe un claro riesgo de pérdida de tiempo inútil y pagado. – si hablamos del contador partidor, que a tenor del Tribunal Supremo es un “juez extraprocesal” (TS 30/03/2004), el despiste sobre su pericia o sobre sus honorarios es tremendo y con frecuencia disparatado; pero no nos quieren dar pistas al respecto ni establecer controles serios y fiables; -tampoco es fácil llegar a entender cómo algunas Audiencias Provinciales al aplicar el art. 342 LEC dejan indefenso, con un archivo, a quien no puede pagar toda la pericia; - y si cuentas con unas medidas cautelares dado lo interminable del pleito, tendrás toda una peripecia; desde que te las nieguen por el hecho de que el inmueble sobre el que intentas asegurar la medida este sujeto a un uso, que dificulta pero no impide su venta; hasta el art. 731 de la LEC., que te obliga a presentar, para no archivar las cautelares, la demanda ejecutiva dentro del tiempo de espera; o sea que, o esperas cumpliendo lo previsto en el 548 LEC o las archivan cumpliendo el 731 LEC.

Mejorar esto es posible, preguntando a profesionales, y podría hacerse; fijándose en determinados código o leyes forales que han trabajado mejor la cuestión liquidatoria, y sobre todo con juzgados expertos en liquidaciones de patrimonios y herencias dotados de técnicos apropiados. Hace falta mucha voluntad.

José Luis Cembrano Reder
Vocal de la AEAFA

EL REENCUENTRO

XXIX EDICIÓN JORNADAS CENTRALES AEAFA

DISCURSO INAUGURAL

María Dolores Lozano Ortiz
Presidenta de AEAFA.

La abogacía del siglo XXI, y en especial la dedicada a Infancia, Familia y Capacidad, se enfrenta a retos importantes y a problemas que no están previstos en los códigos legislativos. A los inconvenientes se suma un servicio público de administrar Justicia que adolece de los medios humanos y materiales necesarios para el ejercicio adecuado de su función.

El pasado 2021, coincidiendo con el cuarenta aniversario de la Ley del divorcio, se han promulgado tres cuerpos normativos de enorme trascendencia en los que, tras muchos años de lucha e insistencia, se inicia una nueva etapa encaminada a la creación de la especialidad de Familia, Infancia y Capacidad dentro del orden jurisdiccional Civil. Me refiero a:

- La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que prevé la especialización en Infancia, Familia y Capacidad dentro del orden jurisdiccional civil, (reivindicación que desde hace 28 años abandera la Asociación Española de Abogados de Familia (Aeafa).
- La Ley 8/2021, de 3 de junio, de reforma de la legislación Civil y Procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que establece la obligación y necesidad de la especialización de todos los operadores jurídicos, y conmina a los colegios de abogados a la formación y sensibilización de sus miembros sobre la materia.

- Real Decreto 135/2021, de 2 de Marzo, en el que se aborda el derecho del profesional de la abogacía a la formación especializada a través de la formación continua, con el derecho a la publicidad veraz y honesta en relación a su especialización.

Y además, se avecina el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia para la modernización de la Justicia. Este cuerpo normativo no podrá tener éxito sin la dotación presupuestaria y la consiguiente inversión en medios humanos, infraestructuras y formación continua y especializada de los operadores jurídicos - magistratura, fiscalía, cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, funcionarios e integrantes de los equipos psicosociales-.

La necesaria especialización del Abogado

La existencia de la gran cantidad de información sobre las distintas áreas del Derecho dificulta e imposibilita abarcar todas y cada una de las pesquisas jurídicas. Por ello, los profesionales especializados en cualquiera de las ramas del derecho ejercemos con más seguridad y estamos en constante actualización y ampliación de los conocimientos debido al imperante cambio normativo al que estamos sometidos.

La especialización otorga al profesional de la abogacía, un plus económico en el que se valora el tiempo, el esfuerzo y el conocimiento exhaustivo sobre la materia y nos brinda la posibilidad de ejercer más eficientemente la profesión.

Justicia eficaz para las personas

La sociedad actual exige un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos y facilitar la paz social. Pero también porque constituye un elemento estratégico en la actividad económica de un país, un refuerzo de su seguridad jurídica y, sobre todo, un sistema de solución de conflictos esencial en la vida de las personas.

La judicialización de los conflictos familiares afecta a un sector de la población numéricamente muy importante, más de tres millones de personas acuden anualmente a los juzgados por una crisis familiar y/o personal.

En esta rama del Derecho, la de la Infancia, Familia y Capacidad, nuestro actual sistema de Justicia no garantiza ni cumple el principio de igualdad del ciudadano ante la Ley, ya que es el lugar de residencia lo que determina que el justiciable tenga derecho o no a que su asunto de familia sea resuelto y tramitado en un Juzgado Especializado.

Esta situación genera un agravio territorial comparativo, respuestas jurisdiccionales dispares, inseguridad jurídica y dilación en la tramitación de los procesos. Las demoras de los procesos son en muchas ocasiones potenciadoras de situaciones de violencia de género, doméstica y filio parental.

Por otra parte, la tutela de las personas mayores y que precisan apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar es claramente deficiente en los Juzgados no especializados, dado que aparece como una función residual en este tipo de órganos.

Por todo ello, resulta más indispensable que nunca la reivindicación de la AEAFA al legislador: La creación de la especialidad de Familia-Infancia y Capacidad dentro del orden Civil, tal como ha sucedido en Mercantil, y sin perjuicio de las reformas legislativas necesarias para la creación de un código de Familia y su proceso. ¿Por qué? Porque de este modo garantizaremos la atención adecuada, eficaz e igualitaria para todos los ciudadanos, sin discriminación territorial alguna. Y muy importante: con profesionales especialmente preparados en esta materia, que aborden adecuadamente los problemas derivados de las crisis familiares y personales, lo que propiciará que el servicio público de impartir justicia sea de la calidad que merecen nuestros justiciables, con una respuesta rápida y especializada.

Menores y ancianos

Nos encontramos en un momento histórico en el que los menores, a quienes cada vez se reconoce mayor capacidad de autodeterminación, están sometidos a nuevos y graves peligros: inmigración sin la compañía de adultos; adicciones a nuevas tecnologías; grooming; ciberacoso; sexting; bullying… A todo ello se suma un simultáneo desapoderamiento de los centros de socialización primarios y serias dificultades de padres y madres en el ejercicio de la responsabilidad parental.

Los cambios acelerados de los últimos años de la sociedad española han tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias. Es el caso de los menores, están ingresando en los centros de protección un número cada vez más elevado a petición de sus propias familias ante situaciones de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filio-parental y graves dificultades de los progenitores para ejercer la responsabilidad parental.

En el otro extremo del arco de edades nos encontramos a los ancianos. Tienen una esperanza de vida

superior pero cada vez están más solos y con mayores dosis de desamparo. Nos encaminamos hacia una estructura demográfica cada vez más envejecida y esta variación en la cúspide de la pirámide poblacional requerirá del desarrollo de nuevos servicios para la dependencia.

La importancia de la Abogacía

La abogacía es la única profesión que es citada en cuatro ocasiones en nuestra Constitución. No es una profesión ni mejor ni peor que otra, solo es distinta, y lo es por el encargo que la norma fundamental del Estado nos realiza: la función de hacer efectiva la justicia mediante el ejercicio del derecho de defensa, sin el cual no puede concebirse el Estado de Derecho.

Y dicha función ha de ejercerse siempre con excelencia, fruto de la formación jurídica y multidisciplinar de calidad. Solo así podremos brindar al ciudadano los medios adecuados para la obtención de una tutela judicial efectiva.

Se nos requiere y nos autoexigimos un gran esfuerzo de reciclaje continuo. Nuestra profesión es absorbente, exigente, muy dura, requiere un alto nivel de entrega y sacrificio personales que no es entendible para los “de fuera”. De hecho, la mayoría de las personas, salvo las que conviven con nosotros, ni se imaginan ni sospechan este sacrificio.

El estrés de la vida diaria, con las dificultades del presente, las preocupaciones sociales, el funcionamiento inadecuado de la Administración de Justicia, la dilación en la resolución de los asuntos, el estrés laboral crónico y los costes económicos del mantenimiento de nuestros despachos son detonantes que nos provocan un alto nivel de desgaste profesional.

Esa supuesta libertad profesional de la que alardeamos nos esclaviza. Libertad que no entiende ni atiende a horarios, ni a días inhábiles, ni a festivos, ni a fines de semana, ni siquiera a enfermedades, ni postpartos y, muchas veces, ni a edad de jubilación. La conciliación de vida profesional y familiar se nos antoja una utopía.

La frustración, la insatisfacción, el desgaste profesional, la apatía, el maltrato institucional, la lucha con nuestros propios clientes, con los contrarios y el agobio económico nos produce un agotamiento emocional importante. Cuidamos a los demás, pero en muchísimas ocasiones a costa de renunciar a nuestro autocuidado y bienestar mientras sufrimos consecuencias de índole físico y emocional.

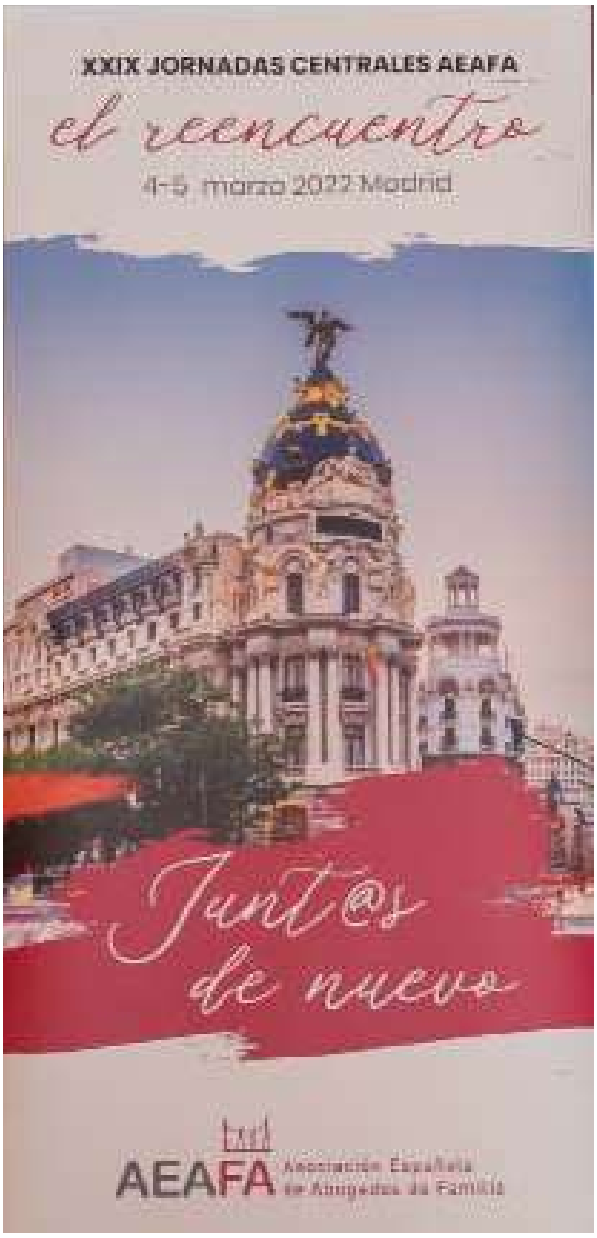
Debemos ser capaces de contar con una red de confort y protección para la abogacía, porque en la función encomendada, también entramos nosotros, con la defensa de nuestros derechos como defensores.

Formación multidisciplinar

Considero que la formación multidisciplinar es intrínseca a la especialidad en cualquier rama del derecho. Hoy en día, para la abogacía dedicada a Familia-Infancia y Capacidad, es imprescindible la formación en control de emociones; en el dominio de los escenarios de conflicto y en la adquisición de la capacidad para gestionarlos; la formación en comunicación, diálogo, oratoria, capacidad de transmitir y en escucha activa; en dominio del lenguaje corporal y su interpretación, en el control del miedo escénico; y en el conocimiento y manejo en técnicas de mediación y negociación colaborativa para así mejorar nuestras posibilidades de alcanzar acuerdos. Y ello sin obviar el trato exquisito, respetuoso, educado y amable, no solo al propio cliente, también a la parte contraria, al juez-magistrado, al fiscal, al LAJ, al funcionario y, por supuesto, a nuestro compañero-a. Y lo mismo debemos exigir al resto: no es de recibo un trato inadecuado hacia nosotros por ningún otro operador jurídico.

La formación multidisciplinar también es extensible a la magistratura, la fiscalía y los cuerpos de Letrados de la administración de justicia. Difícilmente podrán derivar un asunto a mediación con perspectiva de éxito si no están formados en esta materia, pues no todo asunto es mediable y no conocer esta premisa aboca al fracaso.

Por otra parte, es necesario distinguir entre las ciencias jurídicas de la familia de las ciencias sociales de la familia. La colaboración entre ambas no implica confusión ni invasión de las funciones. El profesional de la abogacía asesora jurídicamente, no asiste psicológicamente. El abogado, cuando ejerce como tal, no media, negocia sin perjuicio de utilizar y aprovechar sus conocimientos y formación en mediación, así como el resto de técnicas en las que se haya formado para la satisfacción de su negociación jurídica y/o su actuación en Sala.



De la integridad profesional de la Abogacía

La complejidad de los efectos personales y patrimoniales derivados de las crisis familiares no es discutible, y tampoco lo es que se precisa su abordaje desde la especialización. Lo contrario es una irresponsabilidad, que atenta contra el Código Deontológico y el Estatuto de la Abogacía.

Aseverar que cualquier médico puede llevar a cabo una intervención quirúrgica a corazón abierto es como afirmar que cualquier profesional de la abogacía puede llevar a cabo la dirección de un proceso de familia-infancia y/o capacidad.

Y la irresponsabilidad no es sólo de quien deposita su confianza en alguien no cualificado por la razón que sea, sino fundamentalmente de quien acepta un asunto sin la competencia profesional precisa. Esta obligación primaria tiene relación con la esencia de la vinculación al cliente consagrada en el artículo 4.1 CDAE, al reseñar que se fundamenta en la recíproca confianza y exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente. Aceptar un asunto para el que no estamos preparados implica una vulneración de esa confianza y de la integridad que debe presidir nuestra actuación profesional.

Y llegamos a un tema preocupante: La mercantilización de todo tipo de bienes y servicios es una realidad insoslayable de nuestra sociedad. De la producción en cadena de bienes hemos saltado a la oferta de servicios en serie. Sin embargo, en este proceso de producción y contratación en masa, hay importantes diferencias entre la producción y oferta uniforme de bienes y la de servicios. Y de modo muy particular en aquellas actividades como la abogacía, cuya nota característica es la relación personal fundamentada en la proximidad y la confianza entre cliente-abogado.

A diferencia de lo que acontece cuando compramos un producto manufacturado común, en la prestación de servicios jurídicos -ya sea entendida como arrendamiento de servicio o mandato-, esa relación y proximidad es clave y determinante. No solo por ser uno de los pilares convencionales sobre los que se asienta nuestra profesión, sino por la salvaguarda y mejor defensa del justiciable.

Cuando no existe esa proximidad y estudio singular, nos encontramos con defensas que incurren en errores básicos que no suelen acontecer cuando el profesional de la Abogacía y el cliente mantienen un vínculo más próximo.

No debemos olvidar que la lealtad profesional de la abogacía tiene dos proyecciones esenciales: con el propio cliente, basándonos en los principios de confianza, identificación y diligencia; y con el compañero de la Abogacía. Esto implica:

- Una publicidad honesta y veraz.
- Contratos y hojas de encargo cimentados en el justo equilibrio de contraprestaciones y buena fe como ha recordado la SAP de Segovia, Sección 1ª de 21 de enero de 2020.
- La fijación de honorarios acordes a la dignidad de la profesión como señala la Audiencia Provincial de

Madrid, Sección 10ª, el 29 de noviembre de 2016, y el Tribunal Supremo en auto de 15 de septiembre de 2020, donde se exige el "manejo de conocimientos jurídicos" evitando con ello dar lugar "cuantías ridículas" de honorarios.

'Mercantilización' no puede ser equivalente de 'precarización'. Ni maximización de beneficios con abandono de calidad.

Nuestra profesión se precariza cuando se ofrece un divorcio por 100 euros y se prostituye cuando llega a cotas como las de pagar por la captación de clientela. Ni puede prestarse un servicio de mínima calidad por debajo de determinados límites razonables ni puede retribuirse dignamente al abogado que asume esa dirección letrada por una mera cuestión elemental de costes de producción.

El Derecho de la Familia, Infancia y Capacidad, es una materia que afecta profundamente al ámbito personal y familiar, y requiere de un especial cuidado en el trato entre el profesional de la abogacía y su cliente. Desde AEAFA, se insta a nuestros miembros, como Abogacía especializada en Familia, Infancia y Capacidad, a abordar esa defensa desde la posición de la familia, tratando de reconstruir y minimizar en la medida de lo posible los efectos de las rupturas, siempre empapadas de una enorme carga emocional, tanto desde el punto de vista personal, como patrimonial y económico.

Somos conscientes de que la especialidad es una garantía en el derecho de defensa. Hemos de ser capaces de actuar en consecuencia y trasladar a la ciudadanía la necesidad de acudir al profesional especializado según el asunto en el que precise ayuda. Y tener claro igualmente que especialización no excluye dedicarse a varias ramas del derecho. Ello depende lógicamente de la capacidad personal y profesional del abogado-abogada en cuestión.

Y mención especial merece nuestro "turno de oficio", formado por profesionales de la abogacía que desempeñan la función social encomendada por nuestra Constitución por baremos irrisorios, baremos que a la espera de una actualización digna, al menos deben ser abonados puntualmente por parte del Ministerio.

Las alabanzas y bondades del turno ya no nos son suficientes. Se precisa el reconocimiento económico adecuado y justo. Y ello sin obviar que el servicio de justicia gratuita de nuestro país es, sin duda, uno de los mejores del mundo y se lleva a cabo de forma ejemplar por los profesionales de la abogacía gracias al esfuerzo económico en formación continua de los Colegios y de los propios letrados, y prueba de ello es este congreso.

En esta XXIX edición de las jornadas centrales de la AEAFA, en este "Reencuentro" tan deseado, y tras estos dos años tan difíciles, quería compartir con todos vosotros y vosotras estas reflexiones.

Muchas gracias

ACUERDOS PREMATRIMONIALES: ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

"Premio José Corrales 2022"

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ

Abogada (Murcia)
Asociada AEAFA

SUMARIO: I. Concepto y función. La institución que atravesó el Océano.1. Concepto de acuerdos prematrimoniales. 2. Viaje al pasado: el origen de la figura.3. Auge en los Estados Unidos de América. 4. Función: para qué sirve un prenup. 5. Razones de la popularidad de los acuerdos prematrimoniales II. El Código Civil y los acuerdos prematrimoniales.1. El Código civil guarda silencio. 2. Capitulaciones matrimoniales. Concepto y función. 3. Convenio regulador del divorcio. Concepto y función.4. Los principios generales del Derecho como fundamentos de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Civil común. III. El Tribunal Supremo toma el poder y la palabra.1. Las sentencias del Tribunal Supremo. Un largo y sinuoso camino. A) Sentencia 22 abril 1997. B) Sentencia 31 marzo 2011.C) Sentencia 24 junio 2015. D) Sentencia TS 19 octubre 2015. E) Sentencia TS 30 mayo 2018. F) Sentencia TS 15 octubre 2018 2. La doctrina del Tribunal Supremo sistematizada. IV. Tipos de pactos en los acuerdos prematrimoniales. 1. Pactos sobre hijos menores. 2. Pactos sobre pensión compensatoria: renuncia de derechos. 3. Pactos de contenido indemnizatorio.4. Otros pactos no patrimoniales. V. Conclusiones.

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN. LA INSTITUCIÓN QUE ATRAVESÓ EL OCÉANO

1. Concepto de acuerdos prematrimoniales

El "acuerdo prematrimonial" ("prenuptial agreement", "antenuptial agreement", o simplemente "prenup" o "prenupt") es un pacto escrito jurídicamente vinculante, firmado entre los contrayentes de un futuro

matrimonio antes de la celebración del mismo. Con la firma del prenup los cónyuges pretenden ordenar, de forma vinculante para ambos, sus ingresos y propiedades -e incluso sus relaciones personales- ante un eventual divorcio o separación que pudiera suscitarse en un futuro.

La idea fundamental que gira en torno a la firma de un acuerdo prematrimonial es la de evitar que sea un tribunal el que decida en torno a las cuestiones económicas que afectan a los cónyuges tras la ruptura matrimonial. De alguna manera, los prenups suponen un desplazamiento del juez a favor de los particulares y de su autonomía de la voluntad, lo que, en definitiva, llevará aparejada una menor litigiosidad cuando surge la crisis matrimonial así como un beneficioso impulso del acuerdo adulto y libre de los cónyuges.

Cierto es que firmar un prenuptial agreement puede parecer poco romántico, pero resulta muy útil cuando el amor termina y el matrimonio también.

A falta de previsión legal expresa en el Derecho interno español sobre los pactos prematrimoniales, la doctrina civilista los ha definido. Para I. Paz Ares rodríguez “consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de la celebración del matrimonio dirigidos a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial” .

En definitiva, y como apunta A.I Berrocal Lanzarot, se trata de acuerdos de carácter preventivo ya que se proyectan para una situación eventual, esto es, una crisis matrimonial futura que, puede llegar a no existir. Son pactos futuros, contratos celebrados en el ámbito del Derecho de Familia que regulan determinadas eventualidades que puedan surgir en el seno de la vida conyugal, estando supeditada su eficacia a la celebración de un futuro matrimonio .

2. Viaje al pasado: el origen de la figura

Los acuerdos prenupciales, tal y como se conocen en la actualidad, tienen su antecedente más inmediato en los Estados Unidos de América en el siglo XIX. Los acuerdos prenupciales fueron necesarios para las mujeres en dicho país americano hasta la publicación de la Ley de propiedad de la mujer casada (MWPA) de 1848 puesto que con anterioridad a la existencia de dicho instrumento legal las mujeres no tenían derechos sobre el patrimonio del esposo. Así, los acuerdos prenupciales evitaron que las mujeres norteamericanas perdieran la vivienda, los bienes y el dinero en caso de que el esposo falleciera.

A lo largo de los siglos XIX y XX los “prenuptial agreement” evolucionaron en EE. UU hasta su concepción actual. En pleno siglo XXI los acuerdos prematrimoniales son más diversos que nunca en los Estados Unidos de América y su finalidad no es únicamente la de proteger en exclusiva los intereses de la esposa, sino que suelen ser utilizados para crear una división y adjudicación equitativa de los bienes con la que ambos cónyuges están de acuerdo.

Sin embargo, aunque pueda sorprender, el origen de los acuerdos prenupciales se remonta al Antiguo Egipto y a la cultura hebrea. En las sociedades antiguas a las mujeres no se les concedía derecho de propiedad alguno y tampoco podían elegir libremente a sus esposos. Por ello, los acuerdos prenupciales se configuraron en Egipto como contratos redactados por los padres de los futuros cónyuges, en los que no intervenían los esposos y mediante los cuales se garantizaba que la mujer pudiera acceder a la propiedad de los bienes de su cónyuge si éste fallecía.

En la cultura hebrea “la Ketubah” , con más de dos mil años de antigüedad, y entendido como contrato de matrimonio, es uno de los primeros documentos legales que otorgó derechos económicos a las mujeres en el matrimonio. La protección de la esposa con “la Ketubah” consistía en asegurar que la esposa heredara las propiedades de su esposo cuando éste fallecía.

3. Auge en los Estados Unidos de América

Una visión de Derecho Comparado permite comprobar que son numerosos los países que admiten los prenups, en especial los Estados Unidos de América. Los acuerdos prematrimoniales han sido reconocidos en diversos países europeos como Reino Unido, Francia, Bélgica, los Países Bajos, Alemania, Polonia, Suiza, Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. Si bien en algunos de estos países existen determinados requisitos de validez de los acuerdos prematrimoniales que son observados por los tribunales de justicia. Otros países como Ucrania, Canadá, Australia o Tailandia acogen igualmente la figura de los prenups.

Especial mención merece la regulación y aceptación de los acuerdos prematrimoniales en el sistema de Derecho de los EE.UU, en el que cuentan con una mayor tradición y uso que en otros países del mundo y donde son admitidos en la totalidad de los 50 Estados federales.

El asunto Posner v. Posner en el año 1972 marcó un verdadero hito en la historia de los prenups en EE. UU ya que fue la primera vez que el Tribunal Supremo del Estado de Florida admitió los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura y dejó de considerarlos contrarios al orden público. De esta forma, fue declarada judicialmente la validez del acuerdo prematrimonial que obligaba al Sr. Posner a abonar una pensión de alimentos a su futura esposa e hijos una vez que se produjo la ruptura matrimonial. Posteriormente, otros asuntos fueron forjando el tratamiento que actualmente reciben de los prenups en los tribunales norteamericanos. Concretamente, los asuntos In re Marriage of Dawley (1976), Osborne v. Osborne, (1981) Scherer v. Sherer, (1982) y Simeone v. Simeone (1990) fijaron un precedente a favor de la validez de los acuerdos prematrimoniales. Estos precedentes judiciales permitieron perfilar en diferentes textos –Uniform Premarital Agreement 1983, Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012 y Principles of the Law of Family dissolution- el régimen general de los prenuptial agreement en los EE. UU.

Como señala I. Antón juárez, los criterios de validez que se vienen exigiendo a los acuerdos prematrimoniales en los tribunales norteamericanos conforme a la normativa de los diferentes Estados de EE.UU. se refieren básicamente a cuatro aspectos fundamentales: 1) Necesidad de contrato formal escrito previo a la celebración del matrimonio; 2) Consentimiento libre e informado, ausente de toda intimidación o coacción, que se haya formado con información suficiente sobre el patrimonio del otro cónyuge y bajo asesoramiento legal independiente; 3) Libertad de pacto amplia y únicamente sometida a ciertos límites que están relacionados con la máxima del orden público, la protección de los menores o la evitación de beneficiarse de las ayudas públicas; 4) El acuerdo prematrimonial no ha de devenir en injusto o desproporcionado como consecuencia de un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo inicialmente válido entre los cónyuges.

En definitiva, la concepción de los pactos prematrimoniales en EE. UU persigue la justicia o equidad entre las partes en dos momentos diferentes, el momento de la celebración del acuerdo y el momento de su ejecución. Los prenups son considerados un contrato en el que los futuros cónyuges disponen de una amplia libertad para pactar en el momento de su formalización. Únicamente se encuentran sometidos a determinados límites relativos al orden público o la protección de los menores. Sin embargo, pese a la amplia autonomía de la voluntad de la que gozan las partes para pactar, un segundo control del acuerdo prematrimonial en el momento de su ejecución, esto es, en el momento de la ruptura del matrimonio, podría hacer inválidos los pactos en su día formalizados válidamente si las particularidades o circunstancias del caso concreto produjeran situaciones injustas para los cónyuges.

Otro importante referente sobre pactos prematrimoniales lo constituye el Derecho inglés. En el Reino Unido los prenups no tenían fuerza vinculante por considerar los tribunales ingleses que eran contrarios al orden público y perjudiciales para la sociedad. Pero el importantísimo caso fallado por la sentencia de la Supreme Court de 2 julio 2009 en el caso Radmacher vs. Granatino (2010), supuso un giro radical respecto a este tipo de acuerdos.

En dicho asunto, La Supreme Court de Inglaterra y Gales decidió que debía respetarse un prenup válidamente firmado en Alemania por esposa alemana y marido francés, que se divorciaron en Inglaterra. En el caso no se aplicó Derecho alemán, sino el Derecho inglés y se abrió la puerta a considerar los acuerdos prematrimoniales plenamente válidos al entender que el acuerdo celebrado libremente entre las partes es vinculante salvo que sea injusto. Sin embargo, el Derecho inglés se encuentra a un paso por detrás del Derecho estadounidense en cuanto a la validez de los prenups por dos motivos fundamentales: 1) La Libertad de pacto en el Derecho inglés es materialmente más reducida, relativa a cuestiones económicas, ya que las cuestiones personales o sobre los hijos acordadas por los esposos tienen escaso peso para los tribunales; 2) La intervención de los tribunales ingleses en la modificación o adaptación del acuerdo prematrimonial es mayor que en EE. UU., lo que en definitiva permite al juez inglés moldear o modificar el acuerdo en función de las circunstancias y necesidades de los cónyuges en el momento de la ruptura.

4. Función: para qué sirve un prenup

Llegados a este punto, la pregunta surge de forma natural: ¿para qué sirven los acuerdos prematrimoniales? Por sus caracteres los prenup son muy útiles para ordenar numerosas cuestiones de carácter

patrimonial y personal de los cónyuges.

Como señalan A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, la utilidad de los prenups radica en que pueden regular los siguientes aspectos: a) Para asignar la posesión y/o disfrute de los bienes que han formado parte de la sociedad conyugal a uno u otro cónyuge. En este sentido, puede ser objeto de un prenup toda clase de bienes y propiedades tales como viviendas, automóviles, acciones, cuentas corrientes, negocios, ajuar doméstico, bienes personales, y también las deudas, los futuros ingresos, la titularidad de la gestión de ciertos negocios o bienes, fondos de pensiones, etc.; b) También sirven para otorgar la titularidad de la propiedad, en favor de uno u otro cónyuge o de ambos, sobre bienes que han pertenecido a la sociedad conyugal o que los cónyuges aportaron al matrimonio. El prenup incluso puede establecer el modo en el que debe disolverse la comunidad de bienes que nació con el matrimonio; c) Los acuerdos prematrimoniales pueden establecer, y suele ser una previsión habitual, la pensión compensatoria que uno de los cónyuges se obliga a abonar al otro en caso de ruptura; d) Un pacto prematrimonial puede contener el derecho de cualquiera de los cónyuges, o de ambos, de decidir las líneas básicas de la educación de los hijos comunes; e) El acuerdo puede versar, igualmente, sobre el establecimiento de una renta vitalicia para un cónyuge o para transmitir la nuda propiedad de bienes a los hijos en caso de fallecimiento de su titular a través, por ejemplo, de un "Qualified Terminable-Interest Property Trust" (QTIP Trust); f) Mediante un prenup podría ser constituido un trust sobre la propiedad inmueble de un cónyuge en favor de los hijos de éste, que permita al otro cónyuge habitar en dicha propiedad hasta su fallecimiento.

Sin embargo, en los países que regulan y admiten los prenups, tales acuerdos no pueden regular ciertas cuestiones de modo totalmente libre. De modo que serán los tribunales, con arreglo a la ley que les sea aplicable y sin obligación de ajustarse a lo pactado por los cónyuges, los que determinen las cuestiones relativas a los alimentosos para los hijos, la custodia de los menores y el derecho de visitas.

Existe, igualmente, lo que A-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González denominan "zona gris", esto es, cuestiones que con arreglo a las Leyes de ciertos Estados sí pueden ser objeto de prenup, pero que las Leyes de otros Estados consideran indisponibles y no susceptibles de pacto a través de un pacto prenupcial. Ejemplos de ello son el derecho del cónyuge -incluso no propietario- y del hijo a permanecer en la vivienda familiar habitual del matrimonio, como también la pensión por desequilibrio debida a un cónyuge.

5. Por qué los PRENUPS se han vuelto tan populares hoy día en la sociedad actual globalizada

En el pasado, los acuerdos prenupciales estuvieron asociados a un claro estigma negativo por el carácter de vínculo indisoluble que el matrimonio ha tenido tradicionalmente en la sociedad. Así, durante mucho tiempo se pensó que los acuerdos prenupciales podrían incitar al miedo y al resentimiento dentro del matrimonio y, por ende, instigar la ruptura matrimonial y, en consecuencia, provocar la fractura de la familia. Por otro lado, los acuerdos prematrimoniales generaron desconfianza en otros momentos históricos, por entender que protegían al cónyuge con más dinero, que a menudo era el hombre.

Sin embargo, el número de parejas que firman un acuerdo prematrimonial antes de contraer matrimonio se ha disparado en los últimos años en países como los Estados Unidos de América, donde los prenups se han convertido, después de numerosos años de rodaje judicial y legal, en un símbolo de organización inteligente de la futura vida de los esposos

Existen razones de peso que han favorecido que la nueva sociedad norteamericana abrace con deseo esta nueva forma de organizar las relaciones patrimoniales y personales de los cónyuges mediante acuerdos prematrimoniales. En primer lugar, la adopción de textos legales como la Uniform Premarital Agreement (UPAA) del año 1983, y la Uniform Premarital and Marital Agreements Act (UPMAA) del año 2012 ha propiciado la seguridad jurídica en cuanto a la validez de los prenups.

Dichos textos tuvieron como propósito promover una mayor uniformidad y previsibilidad entre las leyes estatales relacionadas con estos prenuptial agreements, de manera que, finalmente, han permitido perfilar el régimen general de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU.

En segundo lugar, otra de las razones que ha favorecido la popularidad de los prenuptial agreements ha sido que en el año 2015 la Corte Suprema de los EE. UU. finalmente otorgó a los matrimonios entre personas del mismo sexo los mismos derechos que al matrimonio entre parejas del sexo opuesto en el caso de Obergefell v. Hodges. Tras haber obtenido los mismos derechos matrimoniales que las parejas del

sexo opuesto, muchas parejas del mismo sexo han aprovechado la posibilidad de casarse con un acuerdo prematrimonial para proteger sus intereses, circunstancia que ha propiciado un crecimiento de la popularidad del acuerdo prenupcial.

Como tercer motivo del auge de los prenups, según una encuesta reciente realizada por la Academia Estadounidense de Abogados Matrimoniales (AAML), se constata un aumento en el número de Millenials (personas nacidas entre 1981 y 1996) que formalizan acuerdos prenupciales. Ello es así debido a que la generación Millennial está cambiando el paradigma social y descubren que los acuerdos prematrimoniales son valiosos para cualquier nivel de ingresos de los cónyuges y consideran que un acuerdo prenupcial es una oportunidad para acordar con carácter previo al matrimonio sus relaciones patrimoniales con el otro cónyuge.

Resulta relevante tener en cuenta que los Millennials se casan más tarde que las generaciones anteriores y, en consecuencia, han tenido la oportunidad de acumular más activos (cuentas de ahorro/jubilación, automóvil, etc..). Quizá por ello deseen la protección de bienes y derechos propios que puede proporcionar el acuerdo prenupcial. Además de ello, la generación Millenial tiene más dudas sobre la longevidad del matrimonio ya que una gran mayoría de ellos ha experimentado el divorcio a través de su familia y amigos y por ello quieren estar protegidos de las consecuencias de una posible crisis matrimonial.

Las razones que han motivado el imparable auge de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU son exportables a otros países del mundo, atraviesan océanos. La sociedad del siglo XXI ha experimentado numerosos cambios respecto a la sociedad del siglo anterior. Es una sociedad globalizada, más dinámica, líquida, en la que las estructuras familiares también han evolucionado y se han impregnado de nuevas formas de convivir y relacionarse, alejadas en numerosas ocasiones de formas tradicionales y más estáticas. La familia cambia de forma y de estructura y lo hace en un escenario internacional, transfronterizo y mundializado.

II. EL CÓDIGO CIVIL Y LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES

1. El Código Civil guarda silencio

A diferencia de lo que ocurre en las legislaciones forales del territorio español, el Código Civil español no establece regulación específica respecto a los acuerdos prematrimoniales. No ocurre así en el Derecho Civil Catalán, en el que existe una previsión legal de estos acuerdos bajo la denominación “pactos en previsión de una ruptura matrimonial”.

De forma menos explícita, otras legislaciones forales, como la aragonesa y la gallega, también recogen en sus Códigos Civiles alusiones a la total libertad de los cónyuges para pactar capitulaciones matrimoniales y se recogen disposiciones a favor de los pactos entre los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio.

Sin embargo, la falta de previsión legal en el Código Civil español sobre los acuerdos prematrimoniales no significa que no sean admitidos en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, la posibilidad de pactar entre los cónyuges se encuentra plenamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico, aunque históricamente no siempre estuvo permitida. Necesario es recordar que hasta el año 1975 el marido era el representante de su esposa y para que ésta última pudiera comparecer en juicio y adquirir o vender bienes precisaba de la licencia del esposo. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, permitió que la mujer tuviera capacidad jurídica y, en consecuencia, que pudiera actuar en el tráfico jurídico sin la representación de su marido. La citada ley introdujo la importante novedad de que los cónyuges pudieran realizar capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio.

Ahora bien, tras la promulgación de la Constitución en 1978 empiezan a ver la luz una serie de disposiciones legales modificativas del Código civil, las cuales tienen como base el art. 32 del Texto constitucional. El primer apartado de dicho precepto constitucional determina que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» y, en su segundo apartado dispone que «la ley regulará… los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Así, en cumplimiento de este mandato constitucional se publican la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que permite que los cónyuges puedan celebrar entre sí toda clase de contratos; la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que

se introduce la figura del convenio regulador; y la 15/2005, de 8 de julio, que da paso a la eliminación de las causas de divorcio y otorga carta de legalidad al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Estas leyes trajeron consigo un incremento de la autonomía de la voluntad entre los cónyuges en tanto que permitieron establecer una regulación de las relaciones derivadas del matrimonio, bien durante el mismo, bien en un momento posterior, tras la separación o divorcio.

2. Capitulaciones matrimoniales. Concepto y función

La ausencia de regulación legal específica de los acuerdos prematrimoniales en Derecho Civil español ha propiciado que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan explorado las similitudes o afinades de dichos acuerdos con otras figuras que encuentran su regulación legal en el Código Civil. Así, se han analizado los posibles paralelismos que pueden existir, por un lado, entre los acuerdos prematrimoniales y las capitulaciones y, por otro lado, entre los acuerdos prematrimoniales y el convenio regulador.

Las capitulaciones matrimoniales se encuentran expresamente reguladas en los arts 1315, 1325 y 1326 del Código Civil y son un negocio jurídico bilateral por el cual los cónyuges determinan el régimen económico matrimonial, así como otras disposiciones. Se trata de un negocio jurídico de naturaleza compleja puesto que las capitulaciones pueden tener un contenido típico o esencial de las mismas, como también un contenido atípico.

Por lo que respecta al contenido típico de las capitulaciones matrimoniales, constituyen un negocio jurídico de Derecho de Familia, con carácter normativo para los cónyuges como únicas partes de dicho negocio. Su función en este caso es la de establecer el régimen económico matrimonial, o modificarlo.

En relación al contenido atípico, las capitulaciones matrimoniales pueden contener otros negocios jurídicos distintos al establecimiento del régimen económico matrimonial-"cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo"- según el art. 1325 CC. Así, tiene plena validez y eficacia la constitución de hipoteca o cualquier otro derecho real mediante los capítulos o reconocer un hijo extramatrimonial. Incluso es válida la celebración mediante capitulaciones de negocios jurídicos de contenido matrimonial, como donaciones propter nuptias, o negocios jurídicos de derecho sucesorio, como mejoras o promesas de mejorar.

En cuanto al momento en que pueden ser otorgadas, las capitulaciones matrimoniales pueden formalizarse antes de contraer matrimonio, o después de contraído el mismo. Los acuerdos prematrimoniales son un pacto de futuro previo a la celebración del matrimonio, en previsión de ruptura matrimonial. Cualquiera que sea el momento en que sean formalizados, los capítulos matrimoniales requieren para su validez, como elemento esencial, la forma documental en escritura pública, solemnidad formal que no es exigible a los acuerdos prematrimoniales.

Es en el contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales donde podría existir coincidencia con los acuerdos prematrimoniales. En una interpretación más acorde con la libertad de pacto entre los cónyuges, es posible ampliar el contenido de las capitulaciones con el fin de que el mismo no quede limitado al régimen económico matrimonial, sino que también pueda abarcar otros aspectos patrimoniales y personales de los cónyuges. Se trataría en todo caso de una ampliación de los acuerdos contenidos en capitulaciones matrimoniales que no puede menoscabar la igualdad entre los cónyuges, no puede perjudicar a los hijos menores y ha de respetar el orden público.

2. Convenio regulador. Concepto y función

Necesario y conveniente resulta concretar las diferencias y los aspectos comunes que los acuerdos prematrimoniales mantienen con otros acuerdos de Derecho de Familia, como el convenio regulador. Es el convenio regulador un negocio jurídico derivado del mutuo acuerdo de los cónyuges que se produce una vez producida la ruptura matrimonial. Mediante el convenio regulador los esposos deciden y adoptan medidas sobre aspectos personales y patrimoniales relativos a los hijos, a la vivienda familiar y a las cargas matrimoniales.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 22 de abril de 1997 considera al convenio regulador como “un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de la autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial como conditio iuris, determinante de su eficacia jurídica”.

Es por ello que la principal diferencia entre los acuerdos prenupciales y el convenio regulador es que

mientras los acuerdos prematrimoniales se celebran antes de contraer matrimonio, en previsión de una futura e incierta ruptura, el convenio regulador, por su parte, se acuerda una vez producida la crisis matrimonial.

Por otra parte, la naturaleza jurídica de los convenios reguladores es la de un negocio de naturaleza mixta. Ello es debido a que su validez y eficacia se encuentra condicionada a la intervención de autoridad judicial o notarial, a modo de supervisión y control de lo acordado. Aunque también su naturaleza es esencialmente contractual privada, derivada de la voluntad de las partes. Sin embargo, y aquí radica otra de las diferencias con el convenio regulador, para la validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales no es necesaria la homologación judicial de los pactos o el control de los mismos por Notario.

No obstante las diferencias que presentan los pactos prenupciales respecto al convenio regulador, ambos pueden compartir contenidos relativos a las medidas que adoptarán los cónyuges una vez producida la separación o el divorcio. Y en este sentido, se puede afirmar que un prenup podría convertirse en el convenio regulador de los esposos una vez producida la ruptura. Si bien es preciso señalar que los acuerdos matrimoniales comprenden un conjunto de pactos que abarcan un rango más amplio de cuestiones patrimoniales y personales que las que puede comprender el convenio regulador, el cual se encuentra limitado a las medidas contendidas en el art. 90 CC.

3. Los principios generales del Derecho como fundamento de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Civil común

Pese a que el Derecho Civil español común carece de una regulación expresa de los acuerdos prematrimoniales, los mismos se han venido admitiendo por el Tribunal Supremo en un buen número de sentencias que han abierto la puerta a dar validez y eficacia de los prenups. Si en un primer momento el TS admitió los acuerdos prematrimoniales de una forma tímida, recientemente se constata una concepción más progresista de los pactos prenupciales que evoluciona sin pausa hacia la que tienen en esta materia los países de tradición anglosajona.

Para la admisión de la validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales, tanto el Tribunal Supremo como la doctrina han tomado como punto de partida los principios generales del Derecho del ordenamiento jurídico español. Uno de los principios esenciales es el de autonomía de la voluntad -art. 1255 CC-, aunque también el de libertad de pacto que existe entre los cónyuges -art. 1323 y 1325 CC-. A la luz de tales preceptos, los cónyuges pueden “transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos” así como pactar entre ellos el régimen económico del matrimonio y “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”.

Principio esencial aplicable al acuerdo prematrimonial es que la validez y el cumplimiento del contrato no se haya dejado al arbitrio de una de las partes, como indica el art. 1256 CC. Y ello dentro de la buena fe de las partes, principio rector de todo negocio jurídico en el ordenamiento jurídico español. Nunca es ocioso recordar que el art. 7 CC indica que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

Los límites a la libertad de pacto son los contemplados en el art. 1255 CC, esto es, los pactos no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. De la misma manera, dichos acuerdos precisan de la concurrencia de consentimiento, objeto y causa -art. 1261 CC- por considerar al acuerdo prematrimonial como contrato privado entre las partes.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha considerado que los acuerdos prematrimoniales no pueden desvirtuar el principio de igualdad entre los cónyuges -art. 14 CE y art. 66 del Código Civil. Tampoco pueden producir lesión del derecho a la dignidad –art.10 CE- o la libertad personal –arts 17 y 19 CE-. Estos acuerdos han de estar en línea siempre con la protección integral de los hijos en materia de familia -art. 39 CE- y especialmente han de respetar siempre el interés superior del menor, prevalente sobre la voluntad de los progenitores y principal principio inspirador de las decisiones que se adoptan en Derecho de Familia.

III. EL TRIBUNAL SUPREMO TOMA EL PODER Y LA PALABRA

1. Las sentencias del Tribunal Supremo. Un largo y sinuoso camino

El marco normativo aplicable a los pactos prematrimoniales en el ordenamiento jurídico español es, como ya se ha indicado, inexistente. Ante la insuficiencia de regulación legal sobre estos acuerdos, se alza

la voz del Tribunal Supremo para tomar la palabra sobre cuál es el régimen jurídico aplicable a los acuerdos prenupciales.

En España no ha existido una larga tradición respecto a la utilización de este tipo de acuerdos prematrimoniales, a diferencia de lo que sucede en países como Inglaterra o EE.UU. Por ello, la doctrina jurisprudencial respecto a los pactos prenupciales no se inicia hasta los años 90. A partir del año 97 el goteo de sentencias del Tribunal Supremo sobre este tipo de acuerdos ha sido incesante, aunque moderado. El camino recorrido por este nutrido grupo de sentencias del TS se puede denominar largo y sinuoso puesto que la admisión de la validez y eficacia de los prenups por la jurisprudencia española comenzó tímidamente en las primeras sentencias hasta alcanzar cotas de una mayor libertad de pacto entre los cónyuges, de una superior autonomía de la voluntad, en las sentencias más recientes.

Esta progresión en la doctrina jurisprudencial se encuentra en completa sintonía con el cambio de modelo social que ha tenido lugar en España desde que comenzara la democracia. Actualmente, la concepción que la sociedad española tiene sobre el matrimonio no es la de un vínculo indisoluble y para toda la vida como lo era tradicionalmente. Consecuencia de ello es que el modelo tradicional de familia también ha cambiado en el sentido de permitir nuevos modelos familiares.

Se trata, en definitiva, de un nuevo paradigma social que favorece un incipiente auge de los acuerdos prematrimoniales debido a múltiples factores. Por un lado, el acceso de la mujer española al mercado laboral ha favorecido un cambio de su rol social tradicional como cuidadora del hogar hacia otro perfil de miembro de la familia que también aporta dinero y quiere proteger su patrimonio. Junto a ello, el alto índice de divorcios entre los españoles y las segundas nupcias anima a los contrayentes, cada vez con más frecuencia, a planificar mediante acuerdos prematrimoniales sus segundas y sucesivas nupcias. En último lugar, la normalización en la celebración de matrimonios mixtos entre personas de diferente nacionalidad conduce a considerar a los pactos prematrimoniales como la mejor manera para fijar la ley que va a regir los efectos del matrimonio, fijar el régimen económico matrimonial y evitar las incertezas que lleva consigo un posible divorcio internacional.

En este contexto, inexcusable se muestra el análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en la regulación del régimen jurídico y efectos de los acuerdos prematrimoniales:

A) Sentencia del TS de 22 de abril de 1997

Primer referente indiscutible de los acuerdos prematrimoniales es la sentencia del TS de 22 de abril de 1997, en la cual el Tribunal Supremo reconoció la autonomía de la voluntad que tienen las partes para pactar diferentes tipos de acuerdos.

El supuesto de hecho del que parte esta sentencia del TS es el de dos cónyuges, ambos abogados en ejercicio, casados en régimen económico matrimonial de separación de bienes. Los cónyuges celebraron un convenio de separación en el año 1986 al que ellos mismos llamaron “contrato de separación conyugal”. En dicho contrato las partes acordaron para el caso de separación determinados acuerdos con relación a la vivienda conyugal, guarda y custodia de las hijas menores de edad, régimen de visitas, contribución a los gastos familiares y la renuncia a pensión. El pacto séptimo de dicho “contrato de separación conyugal” contenía una partición de bienes.

Dicho contrato no fue presentado como convenio regulador en el proceso de separación matrimonial que se siguió posteriormente. La sentencia que se dictó en dicho procedimiento judicial, aunque hizo referencia a aquel contrato firmado por los cónyuges, estimó como medidas definitivas de la separación las establecidas por el Juzgado como sustitutas de los acuerdos firmados en el año 1986 por los esposos. Ninguna mención hizo la sentencia de separación a la “partición de bienes” contenida en el acuerdo séptimo del llamado “contrato de separación conyugal”.

Posteriormente, la esposa inició un nuevo procedimiento judicial en el que solicitaba el cumplimiento de dicho acuerdo séptimo que no había sido objeto de enjuiciamiento en el procedimiento de separación.

El TS sostiene en la sentencia de 22 de abril de 1997 que “el acuerdo séptimo del convenio, al que llaman las partes partición de bienes, no es tal partición sino la adjudicación de los bienes del régimen económico-matrimonial de separación de bienes”. La indicada sentencia afirma la validez y eficacia del indicado acuerdo como “negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes”.

Añade la fundamentación jurídica de la sentencia que la validez del acuerdo como negocio jurídico deriva de la concurrencia de consentimiento, objeto y causa, y no se aprecia ningún motivo de invalidez.

Esta sentencia del TS es reveladora por cuanto que hace una distinción clara entre el convenio regulador y los acuerdos prematrimoniales. Entiende así el Alto Tribunal que el acuerdo que firmaron los cónyuges previamente a que se produjera el divorcio no se trata del convenio regulador regulado en el art. 90 del CC, sino que es un negocio jurídico de derecho de familia concertado en virtud del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC. Por ende, dicho pacto de carácter patrimonial no precisa de aprobación judicial como conditio iuris para su eficacia. Consecuencia de ello es que el acuerdo prematrimonial alcanzado por las partes ha de ser cumplido en sus propios términos en aplicación de lo dispuesto el art. 1256 CC. Del mismo modo resolvió el TS en la sentencia de 17 de octubre de 2007 ante un documento privado que acompañaba a un convenio.

B) Sentencia del TS de 31 de marzo de 2011

La sentencia de 31 de marzo de 2011 resuelve sobre un matrimonio celebrado en 1987 cuya separación se produjo en el año 1989 por interposición de demanda judicial de la esposa. Posteriormente, se produjo la reconciliación de los cónyuges, momento en el que acordaron la disolución de la sociedad de gananciales y elevaron a escritura pública una serie de pactos para el supuesto de que se produjera una nueva separación. En dichos pactos se recogía la obligación del marido de abonar a la esposa una pensión mensual, así como de donarle un inmueble a elección de ésta última. En el año 1992 nació un hijo del matrimonio y ante la crisis matrimonial que surgió nuevamente, la esposa planteó un segundo procedimiento judicial de separación. La sentencia de separación determinó la inexistencia de desequilibrio económico entre los cónyuges, por lo no fijó pensión compensatoria para ninguno de los cónyuges.

Tras el procedimiento judicial de separación, la esposa interpuso nueva demanda judicial en la que interesó que el esposo cumpliera los pactos elevados a escritura pública en el año 1989, concretamente los relativos al pago de una pensión mensual a su mujer, así como a donarle un inmueble. En el indicado procedimiento judicial ninguna de las partes cuestiona la validez del pacto como tal, sino únicamente si su especial contenido produce la nulidad por quedar su efectividad al arbitrio de uno de los cónyuges contratantes.

El Tribunal Supremo, con cita de otras sentencias propias, concluye que el acuerdo de los cónyuges de 1989 no es un convenio regulador, aunque así fuera denominado por las partes. Considera el TS que dicho acuerdo es en realidad “un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación”. Por lo que concluye que, puesto que se aprecia consentimiento, objeto y causa de ambos cónyuges contratantes, el acuerdo tiene la validez y eficacia que es predicable de cualquier contrato según lo dispuesto en el art. 1261 CC.

La indicada sentencia del TS considera que no existe nulidad del acuerdo de los cónyuges por haber dejado la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes –art. 1256 CC-, en este caso la esposa, la cual fue promotora del procedimiento judicial de divorcio. A este respecto, el TS afirma que no puede ser considerado indicio de anomalía contractual que en el acuerdo solamente se establecieran obligaciones para el esposo.

C) Sentencia del TS de 24 de junio de 2015

El primer pronunciamiento en el que abiertamente se alude a los pactos prematrimoniales se encuentra en la Sentencia del TS de 24 de junio de 2015. Se trató en este caso de una pareja –él abogado, ella médico- que otorgó ante notario capitulaciones matrimoniales cuatro días antes de contraer matrimonio. En ese mismo momento, e igualmente ante notario, los futuros esposos formalizaron una serie de pactos prematrimoniales por los que el marido pagaría a la mujer una renta mensual vitalicia actualizable conforme al IPC en caso de separación matrimonial. Un año más tarde, el esposo compareció nuevamente ante el mismo notario para detallar la fecha concreta en la que empezaría a actualizarse la renta vitalicia a la que se había obligado mediante acuerdo prematrimonial. Posteriormente, se produjo un periodo de separación entre los consortes durante el cual el marido realizó el pago de la renta acordada hasta la ulterior reconciliación de los cónyuges. Tiempo más tarde se produjo una nueva crisis matrimonial y la separación fue definitiva.

El Tribunal en casación se refiere a los pactos prematrimoniales y los diferencia de las capitulaciones

matrimoniales reguladas en el ordenamiento jurídico español “si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior -arts. 1327 y 1333 Civil-“. El TS afirma que las capitulaciones no solo afectan al régimen económico matrimonial sino también, con criterio más flexible, a "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" de conformidad con lo previsto en el art. 1325 CC.

La referida sentencia abre la puerta a una intensa reflexión sobre los acuerdos prematrimoniales al considerar: “En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando - art. 3.1 CC- la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 CC , a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges -art. 1255 CC- que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana”.

Mediante este importante pronunciamiento el TS otorga, de forma expresa, carta de validez a los pactos prematrimoniales al no existir prohibición legal de los mismos. Sin embargo, el TS da un paso adelante en esta resolución judicial y establece los principios sobre los que deben gravitar los acuerdos prematrimoniales entre los cónyuges, así como sus límites. Argumenta el Alto Tribunal que estos límites están basados en “la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere” al amparo de lo previsto en el art. 39 CE y, por analogía, en las exigencias establecidas en el art. 90.2 del C. Civil para los convenios reguladores.

Esta resolución del TS del año 2015 resulta igualmente valiosa para dar respuesta a otras cuestiones importantes relacionadas con los acuerdos prematrimoniales. En primer lugar, el TS rechaza que el acuerdo prematrimonial de los cónyuges suponga una renuncia de derechos para uno de ellos, ya que la renta mensual pactada no se basó en la necesidad ni en la compensación de uno u otro cónyuge debido a que ambos tenían economías saneadas y se encuadra en la regulación contenida artículo 1323 CC. En segundo lugar, la sentencia del TS descarta que los acuerdos de los cónyuges sean contrarios a la ley, la moral y al orden público, ya que los consortes “se limitan a pactar un acuerdo económico para caso de separación conyugal que ya tiene cabida en otros legislaciones, forales y europea”.

Por otro lado, no se advierte por el Tribunal en este supuesto una vulneración del principio de igualdad –art. 14CE-, lesión del derecho a la dignidad –art.10 CE- o la libertad personal –arts 17 y 19 CE- debido a que no se constata un perjuicio grave para el marido por el motivo de que ambos cónyuges tienen una economía saneada.

No se aprecia, desde otra perspectiva, que el cumplimiento del pacto quede al arbitrio de uno de los cónyuges puesto que el acuerdo fue negociado por ambas partes e incluso modificado voluntariamente por el marido para concretar ante notario cuándo se produciría la actualización de la renta que se había obligado a abonar a su esposa.

El TS continúa argumentando en su sentencia que no se infiere sometimiento, abuso o posición dominante de uno de los cónyuges sobre otro en el acuerdo prematrimonial adoptado, como tampoco que cualquiera de los esposos vaya a quedar en situación de precariedad que genere necesidad de asistencia por instituciones públicas o privadas.

Y por último, el Alto Tribunal niega la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus puesto que “no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones”, ni sus condiciones han cambiado desde cuando se pactó. Por todo ello, finalmente el TS declara la validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales de los cónyuges.

D) Sentencia del TS 19 de octubre de 2015

El antecedente fáctico de la sentencia de 19 de octubre de 2015 es el de unos cónyuges en régimen económico de separación de bienes que por motivo de una crisis matrimonial redactan un documento en el que acuerdan su separación de hecho y el reparto de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

Tras decretarse el divorcio de los cónyuges, uno de ellos interpone demanda para que sea recono-

cida la validez y eficacia del documento relativo al reparto de los bienes del matrimonio. El TS, con cita de sentencias anteriores, confirma la validez del pacto suscrito por las partes por concurrir en el mismo consentimiento, objeto y causa y sin que pueda apreciarse vicio de la voluntad alguno por supuestas coacciones que no fueron probadas en el procedimiento judicial.

E) Sentencia del TS de 30 de mayo de 2018

Los hechos origen de la sentencia del TS de 30 de mayo de 2018 son los siguientes: dos futuros esposos –ciudadano español y ciudadana rusa- acuerdan en documento notarial un pacto en el que, para caso de ruptura, ambos renuncian a la posible pensión compensación o indemnizaciones a las que pudieran tener derecho. En el mismo documento se pacta que el uso de la vivienda familiar corresponderá al esposo, titular del inmueble. Producida la ruptura, la esposa impugna el acuerdo, a fin de hacer valer su derecho a percibir una pensión compensatoria dada la precaria situación en la que queda tras la ruptura. También argumenta la esposa la falta de comprensión de los acuerdos pactados al ser el ruso su lengua originaria y principal, lo que convierte en viciado el consentimiento. No se cuestiona, en cambio, el pacto sobre uso de la vivienda familiar.

En la resolución judicial estudiada, la intervención del notario en el documento en que se formaliza el acuerdo es esencial para que el TS considere que el consentimiento emitido por la recurrente era un consentimiento libre y, por ende, válido para obligarse.

Desde otra vertiente, fue acreditado en el procedimiento judicial el conocimiento de la lengua castellana por la esposa, así como su experiencia matrimonial previa, por lo que sólo sería posible declarar la invalidez del contrato por ausencia de consentimiento informado sobre el contenido del acuerdo y sus consecuencias. Sin embargo, el TS entiende cumplido el consentimiento informado “por la posibilidad de obtener explicaciones del notario”.

Otro aspecto que valora el TS en esta sentencia para declarar la validez de los acuerdos prematrimoniales es la circunstancia de que los pactos fueran tomados “con suficiente antelación al matrimonio”, lo que impide que puedan ser calificados como “sorpresivos”. Igualmente, se alude en la citada sentencia al hecho de que la relación matrimonial, si bien no muy extendida en el tiempo, tampoco fue “fugaz”. De todo ello se deriva que no concurrían en este supuesto circunstancias conducentes a suponer una precipitación en la emisión en el consentimiento.

En cuanto a la cuestión referente a la renuncia de la pensión compensatoria, no se discute en casación la validez de la renuncia a la pensión compensatoria por ser esta una materia plenamente disponible por los futuros cónyuges. A juicio de los Magistrados del TS el pacto de renuncia a la pensión compensatoria no es contrario al orden público ya que no sometió a la esposa “a una situación de previsible precariedad”. En otras palabras, el TS traslada la valoración sobre la posible precariedad económica de la esposa al renunciar a la pensión compensatoria al momento de realizar el pacto y no al momento en que dicha renuncia cobra eficacia, esto es, cuando se produce la ruptura conyugal.

En otro orden de cosas, la renuncia recíproca a la pensión compensatoria por los cónyuges no es valorada por el Alto Tribunal como atentatoria contra la libertad, la dignidad e igualdad de ninguno de los esposos. Sustenta el TS dicha valoración, de forma un tanto apresurada, en el dato de que no es posible “percibir un sometimiento al esposo o predominio del marido” y en el hecho probado de que existió un período de tiempo suficiente entre la fecha del acuerdo y la celebración del matrimonio.

F) Sentencia del TS de 15 de octubre de 2018

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2018 supone un punto de partida imprescindible en cuanto al reconocimiento jurisprudencial de la validez y eficacia de una pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad contenida en un convenio regulador suscrito por los cónyuges, aunque no ratificado ante la autoridad judicial.

A través de esta sentencia el TS otorga plena validez y eficacia a dicho acuerdo de los cónyuges sobre alimentos y trae a colación la sentencia del mismo Tribunal de 24 de junio de 2015 en la que se afirma que “los acuerdos sobre medidas relativas a los hijos menores, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores,

ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores."

Tras esta sentencia, se abre así la posibilidad a los acuerdos conyugales que versen sobre la cuantía y forma de pago de la pensión alimenticia pactada en cualquier momento de la relación conyugal o previa al matrimonio, si bien con el único límite de que no resulten perjudiciales para el menor.

2. La doctrina del Tribunal Supremo sistematizada

El largo e imparable recorrido de los acuerdos prematrimoniales en la jurisprudencia del TS español recuerda al que se inició antaño en EE. UU.

Tal y como razona M.D. Cervilla Garzón, en una primera etapa la jurisprudencia del TS se centró en cuestionar si los acuerdos prematrimoniales vulneraban el orden público y por tanto, si ésta era causa suficiente para invalidarlos. Esta primera fase se solventó sin dificultades mediante la admisión de este tipo de pactos como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes.

En una segunda etapa, el propio TS se ha centrado en concretar los requisitos que debían concurrir en los acuerdos prematrimoniales para que los mismos pudieran ser considerados válidos. Dichos requisitos han sido valorados por la jurisprudencia en el momento inicial de la firma del acuerdo y han estado íntimamente conectados a la concurrencia de consentimiento, objeto y causa en el momento de la firma del contrato, como muestra la citada sentencia del TS de 30 de mayo de 2018.

A la vista de las últimas resoluciones dictadas por el TS, se puede afirmar que la jurisprudencia española se encuentra actualmente inmersa en esta segunda fase en materia de acuerdos prematrimoniales. En síntesis, la validez de estos acuerdos se encuentra circunscrita a una serie de máximas que son contempladas en el momento de realización del acuerdo. Se trata de las siguientes: 1) consentimiento prestado por las partes de forma libre e informada, ausente de toda intimidación, coacción o sometimiento por parte de cualquiera de los cónyuges. 2) Libertad de pacto amplia, aunque limitada a cuestiones relacionadas con el orden público, la protección de los menores y de la familia o la "previsión" -en el momento de la firma del acuerdo- de precariedad de uno de los cónyuges. 3) El acuerdo prematrimonial no puede ser contrario al principio de igualdad y dignidad de los cónyuges.

Sin embargo, queda aún camino por recorrer y una barrera por cruzar por la jurisprudencia española, pues es posible que un acuerdo que nació válido en su inicio no lo sea al tiempo de aplicarse, en el momento de su ejecución. Y ello puede ser debido a un cambio de circunstancias que convierte al acuerdo en contrario al orden público por producir un perjuicio grave a uno de los obligados en el momento de la ruptura conyugal. Es la consecuencia de entender al interés familiar que subyace en los negocios de familia como interés público merecedor de protección.

La jurisprudencia española, en consonancia con lo que ha ocurrido en otros países, ha de evolucionar hacia una tercera etapa en la que los tribunales sean capaces de declarar la ineficacia de un acuerdo nacido válido pero generador de perjuicio en el momento de ser aplicado. Pese a ello, recientes sentencias del TS, como la de fecha 15 de octubre de 2018, abren la posibilidad a declarar válidos acuerdos prematrimoniales que afecten a hijos menores siempre que el interés de los mismos quede protegido.

IV. TIPOS DE PACTOS EN LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES

Son diversas las materias que pueden pactar los cónyuges en su acuerdo prematrimonial en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Sin embargo, es preciso realizar las siguientes matizaciones:

1. Pactos sobre hijos menores

El menor se presenta como el centro de gravedad del Derecho de Familia español y europeo, que pasa a ser esencialmente puerocéntrico. El "núcleo común" del Derecho europeo y de los Derechos nacionales de los Estados miembros en este sector es, precisamente, el interés del menor individualmente considerado. Es por ello, que todo acuerdo prematrimonial que verse sobre los hijos ha de tener como fundamento y luz de guía el principio del interés superior del menor.

La sentencia del TS de 15 de octubre de 2018 es una muestra de que las partes pueden realizar acuerdos prematrimoniales que establezcan la cuantía y forma de pago de la pensión alimenticia. El único límite

es que estos acuerdos no resulten perjudiciales para el menor. Ello se debe a que la pensión de alimentos no es un derecho disponible por las partes en atención a lo establecido en el art. 151 CC, el que determina que la pensión no es transmisible ni renunciable. La regulación de esta materia tiene un carácter marcadamente imperativo, por lo que no deben admitirse los pactos que excluyan la obligación de dar alimentos. Igualmente, indisponible para las partes es la determinación de la filiación de los hijos.

En lo que se refiere a la atribución de la custodia y régimen de visitas, los acuerdos prematrimoniales de los cónyuges pueden ser tenidos en cuenta por el juez, pero en ningún caso le vinculan. Este tipo de pactos pueden formar parte del convenio regulador de la separación o el divorcio y únicamente podrían ser rechazados en sede judicial si fueran dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, de conformidad con lo previsto en el art. 90 CC.

En cuanto a los pactos sobre educación de los hijos en cuestiones como la práctica de una religión, la realización de actividades extraescolares, la formación académica, los cursos en el extranjero y otras muchas más, la doctrina no es uniforme. A pesar de ello, la práctica forense demuestra que los acuerdos sobre estas cuestiones presentan grandes ventajas cuando se incorporan a los convenios reguladores de separación y de divorcio puesto que evitan el conflicto entre los progenitores tras la ruptura conyugal y, en consecuencia, previenen la alta litigiosidad. Por eso, estos pactos prematrimoniales deben ser admitidos, aunque con matices: por ejemplo, deben ser aceptados los pactos que van dirigidos a que el hijo reciba una determinada educación religiosa fuera del hogar. Por el contrario, deben rechazarse de plano aquellos acuerdos que, a modo de ejemplo, prohíban a uno de los progenitores ejercitar cualquier influencia religiosa sobre sus hijos.

2. Pactos sobre pensión compensatoria: renuncia de derechos

El art. 97 CC, regulador de la pensión compensatoria, es una norma de derecho dispositivo, según la cual, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el juez deberá fijar su importe en atención a una serie de circunstancias que no constituyen numerus clausus.

En este contexto normativo, los acuerdos prematrimoniales sobre establecimiento de pensión compensatoria son perfectamente válidos. En cuanto a la posibilidad de renuncia anticipada o preventiva de la pensión compensatoria por los cónyuges, el TS la ha admitido sin obstáculos la renuncia recíproca a la pensión compensatoria en sentencias como la de 30 de mayo de 2018. Si el pacto es recíproco, si no atenta contra el principio de igualdad y no se ha producido vicio del consentimiento, ningún inconveniente debe existir para que la renuncia sea eficaz.

En cambio, más dudoso resulta el pacto prematrimonial que excluye la pensión compensatoria para uno de los cónyuges y lo deja en situación de necesidad o le perjudica gravemente por cambio esencial de las circunstancias en el momento de ser aplicado dicho pacto. En estos supuestos, son los tribunales los que, con el análisis de las circunstancias concurrentes, deben valorar si el acuerdo de renuncia es válido y eficaz o, por el contrario, si ha de ser rechazado.

3. Pactos de contenido indemnizatorio

La admisibilidad de los pactos de contenido indemnizatorio a cargo de alguno de los cónyuges es discutida en el ordenamiento jurídico español. No obstante ello, un acuerdo prematrimonial puede contener pactos indemnizatorios con el límite de los derechos fundamentales y los principios esenciales sobre los que se sostiene la institución del matrimonio. La casuística de estos pactos puede llegar a ser de muy variada índole.

A título de ejemplo, y como señala I. Antón juárez no puede ser válido el pacto que obliga al cónyuge que inicia los trámites de divorcio a pagar una indemnización al otro, puesto que dicha obligación vulnera la libertad del individuo y su derecho a divorciarse.

Debe ser rechazada, de la misma manera, la validez de los acuerdos que, en palabras de E. Hijas Cid alteran el sistema de divorcio establecido por el legislador. Un ejemplo de ello sería introducir causas que permitan a los consortes pedir la separación o el divorcio, pues “tales pactos chocarían frontalmente con la reserva de ley en materia de formas del matrimonio, requisitos de su constitución y disolución que establece el artículo 32 de nuestra Carta Magna”.

4. Otros pactos no patrimoniales

Otros pactos de contenido no patrimonial podrían, asimismo, formar parte de un acuerdo prematrimonial, como el relativo al uso de la vivienda familiar, piedra angular de toda ruptura conyugal. Dado que la actual redacción del art. 96 CC anuda la atribución de la vivienda familiar en la separación o divorcio "a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad", el acuerdo prematrimonial que incluya un pacto sobre vivienda familiar sobrevivirá y podrá ser validado por el juez en el momento de la ruptura siempre que no contravenga el interés superior de los hijos menores de edad.

Otros posibles pactos de contenido no económico pueden aludir al cumplimiento de los deberes conyugales contenidos en los arts. 66-68 CC, así como a la posible indemnización en caso de incumplimiento de dichos deberes. Tradicionalmente, jurisprudencia y doctrina han sido reacias y contrarias a admitir este tipo de acuerdos. Como quiera que sea, en los pactos de esta naturaleza deberá ser analizada por el juez la licitud del pacto en concreto y si vulnera la moral y orden público contenidos en el art. 1255 CC. Importante es considerar que un pacto sobre deberes conyugales nunca podrá vulnerar derechos constitucionales relativos a la intimidad personal, dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

V. CONCLUSIONES

Primera. En todas las partes del mundo los seres humanos forman familias, tienen hijos y desean convivir en paz y prosperidad. Sin embargo, el mundo está dividido en Estados. En cada Estado el Derecho regula mediante instituciones jurídicas diferentes las relaciones de familia. Estas instituciones persiguen la misma finalidad bajo ropajes legales diferentes. Pues bien, este escenario crea un ambiente en el cual las instituciones jurídicas más eficientes, más eficaces y más efectivas son las que se imponen. La libre circulación de instituciones jurídicas ha hecho que la vieja Europa importe de los Estados Unidos de América los acuerdos prematrimoniales y que éstos atraviesen el Océano Atlántico. El Derecho, en verdad, es una realidad universal y los acuerdos prematrimoniales son una buena prueba de ello. Importar para mejorar el sistema jurídico español y europeo es siempre una idea interesante. El Derecho civil catalán ha tomado nota del asunto y ha sido uno de los primeros ordenamientos que ha recibido de modo expreso la figura norteamericana de los acuerdos prematrimoniales.

Segunda. El éxito y la popularidad de estos acuerdos prematrimoniales radica en su eficiencia. Evitan la litigiosidad así como tener que depositar en un tercero, -juez, árbitro, mediador-, la solución de la controversia, permiten una solución preventiva de los conflictos familiares y son plurifuncionales. En efecto, los acuerdos prematrimoniales pueden recoger disposiciones que resuelven numerosas cuestiones de la vida de la pareja y de la familia, desde el status de los hijos, al patrimonio de la familia, así como los alimentos, la distribución de los bienes tras la separación o el divorcio, la gestión y atribución de pensiones compensatorias e incluso aspectos no patrimoniales, como los valores en los que deben ser educados los hijos comunes.

Tercera. Esta institución legal carece de regulación legal en el Código Civil español pero esto no quiere decir que dicho Código sea insensible a o que impida los acuerdos prematrimoniales. Todo lo contrario. En efecto, el Código Civil dispone de unos principios generales del Derecho extraordinariamente poderosos. El principio de libre composición de intereses o autonomía de la voluntad de los particulares, su libertad de pactos, así como el principio de igualdad de los cónyuges ante la ley y el principio de la buena fe son los ejes maestros que permiten afirmar que el Código Civil español admite e incluso potencia que los cónyuges y las parejas no casadas lleven a cabo una regulación privada de su vida matrimonial y postmatrimonial durante la convivencia y tras finalizar la misma. El Tribunal Supremo español, en distinta jurisprudencia, tal y como ha sido destacado, ha puesto de relieve que esos principios generales del Código Civil permiten la autocomposición de intereses de los particulares. En dicho sentido, los acuerdos prematrimoniales constituyen pactos vinculantes para las partes siempre que respeten tres límites que se deducen de la estructura básica del Derecho español civil común. En primer lugar, estos acuerdos sólo son válidos si son fruto del consentimiento informado de todas las partes: éstas deben saber perfectamente o que firman, cuáles son las obligaciones que asumen. en el acuerdo prematrimonial. En segundo lugar, el contenido del acuerdo prematrimonial puede versar sobre cualquier cuestión salvo que se trate de materias indisponibles por las partes, como por ejemplo, la determinación de la filiación de los hijos. En dicha línea, los acuerdos prematrimoniales están siempre subordinados al interés superior del menor, que debe siempre prevalecer sobre la voluntad de las partes. En tercer lugar, estos acuerdos deben respetar la dignidad de la persona y el principio de la igualdad jurídica entre los

cónyuges y de no discriminación. Así, el contenido de los pactos prematrimoniales debe potenciar y respetar esos tres principios. Dentro de estas tres coordenadas valorativas, los convivientes son libres de pactar lo que tengan por conveniente.

Cuarta. La explicación del éxito transoceánico de estos acuerdos prematrimoniales es sencilla. Estos acuerdos reflejan la voluntad de las partes. Nadie está en mejor situación que las partes para saber lo que a éstas conviene o lo que éstas prefieren. Ni el más instruido, hábil y sabio de los jueces podrá jamás asignar los derechos y obligaciones mejor de lo que las partes afectadas pueden hacer. Ya decía John Stuart Mill que las partes son los mejores jueces de sus propios intereses, y llevaba razón. Por ello, los acuerdos prematrimoniales se presentan como el resultado de la negociación, del pacto y del compromiso de las partes que deciden y saben decidir el rumbo de sus vidas. Los buenos abogados de Derecho deFamilia saben que es ésta la tendencia del futuro porque los buenos abogados de Derecho de Familia saben ver el futuro.

MENORES DE EDAD Y VACUNA COVID-19 ¿ESTÁ TODO DICHO?

SONIA ÁLVAREZ GÓMEZ

Abogada (Barcelona)
Asociada AEAFA

Hace escasos días, los medios de comunicación españoles se hicieron eco de una noticia que venía de nuestros vecinos franceses conforme la cual, parecía que el legislativo galo estaba ultimando una resolución por la que sólo sería necesario el consentimiento de uno de los progenitores para poder vacunar a los hijos menores de edad.

Lo cierto es que en Francia llueve sobre mojado en la medida en que en septiembre de 2021 se aprobó la Ley nº 2021-689, de 31 de mayo en la que expresamente se regulaba que sólo fuera necesaria la autorización de uno de los progenitores para vacunar a los menores. Sin embargo, esta ley fue objeto de arduo debate y llevo a su suspensión en cuanto a la autorización uniparental de la vacunación.

El domingo 16 de enero de 2022, la Asamblea Nacional de Francia aprobó el Proyecto de Ley de Fortalecimiento de las herramientas para la gestión de la crisis sanitaria en la que implantaba la obligación del pase de vacunación (calendario de vacunación completo o certificado de haber pasado la enfermedad) a los mayores de 16 años y el mantenimiento del pase sanitario (calendario de vacunación completo, PCR o antígenos negativos o haber pasado la enfermedad) a los menores entre los 12 a los 15 años.

En España, el criterio extendido en el caso de controversia entre progenitores sobre si el hijo/a debe recibir una vacuna es que dicha decisión está dentro del ámbito de la potestad parental y no puede ser adoptada por uno sólo de los progenitores, de manera que, en caso de desacuerdo, los abogados aconsejamos a los clientes plantear una controversia de potestad parental ante el Tribunal.

Pero..... ¿realmente esta es la única vía jurídica posible?

1. Ámbito legal de la potestad parental o responsabilidad parental

En líneas generales, la regulación que el Código Civil realiza respecto del concepto de patria potestad, potestad parental o responsabilidad parental esta prevista, principalmente, en los artículos 154 y 156.

A fin de recordar su contenido indicaremos que el artículo 154 prevé que la función de patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por los hijos, que los progenitores los tengan en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representar a los hijos y administrar sus bienes.

3º Decidir el lugar de residencia de los hijos.

Por su parte, el artículo 156 prevé que la potestad parental se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En conclusión, la legislación no expone un número cerrado de competencias integradoras de la potestad parental o patria potestad sino que el legislador ha pretendido expresamente dar una definición amplia del alcance de la potestad parental.

Tradicionalmente, se entiende que integra la potestad parental las decisiones sobre el cuidado de los hijos, su alimentación en sentido amplio, su formación integral, su residencia y la administración de sus bienes.

Ahora bien, sí queremos poner el foco en el hecho de que el Código Civil expresamente autoriza a cualquiera de los progenitores a actuar indistintamente si se trata de:

A) Actos de urgente necesidad

B) Actos que realice uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias.

Por consiguiente, habremos de concluir que no todas las actividades que se integran en las competencias de patria potestad o potestad parental necesitarán consentimiento y acuerdo conjunto de ambos progenitores, de manera que las que normalmente, por uso social o circunstancias familiares realiza uno solo de los progenitores, se podría entender que puede seguirse realizando de manera monoparental.

2. Regulación legal de las vacunas en España y especial referencia a la vacuna del COVID-19. Jurisprudencia

En España ninguna vacuna es obligatoria. No obstante, existen una serie de vacunas incluidas en el Calendario oficial de Vacunación.

¿Y qué es el Calendario oficial de Vacunación? Es una secuencia cronológica de las vacunas que se administran sistemáticamente a toda la población y que desde 2015, es revisado con una frecuencia anual.

Este calendario es aprobado por consenso por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), organismo donde están representadas todas las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Sanidad. Así pues, el CISNS aprueba y establece el Calendario de vacunación y las Comunidades Autónomas son las encargadas de la ejecución del mismo en sus respectivos territorios.

Por consiguiente, cuando una vacuna se incluye en el Calendario de vacunación del CISNS, se trata de una vacuna que la comunidad médico-sanitaria considera necesaria (que hace falta indispensablemente) y sistémica (general, para toda la población). Por tanto, que la vacuna no sea obligatoria en el sentido de imposición coercitiva legal no le priva de dichas características: necesaria y sistémica y acordada por consenso por toda la comunidad sanitaria.

Y es por ese motivo por el que existen algunas resoluciones judiciales en las que expresamente se hace pedagogía y se concreta a los progenitores que este tipo de vacunas forman parte de las competencias de la guarda y custodia exclusiva y por consiguiente, no necesitan consentimiento previo.

A tal fin, detallamos SAP Madrid 1081/2020, de 3 de noviembre, Sección 22. Ponente: María del Carmen

Rodilla Rodilla. F.D. Segundo: "*La guarda y custodia en exclusiva comporta el estar en compañía y al cuidado del menor en la atención diaria e incluye el poder tomar decisiones habituales y rutinarias, tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias, actividades en el tiempo de ocio de los menores -que asistan a fiestas de cumpleaños o vayan a dormir una noche a casa de algún amigo-, siempre y cuando las mismas no impliquen actividad de riesgo -por ejemplo alpinismo- y mientras no perturben el régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio, así como resolver las cuestiones relativas a la ropa que vistan, el almuerzo que se prepare para el colegio, o que vayan a excursiones previstas durante la jornada escolar, así como las decisiones que sean precisas en situación de urgente necesidad*."

En el mismo sentido SAP Tarragona 49/2015, de 17 de febrero y 196/2015, de 12 de marzo que ratificaron íntegramente la sentencia de instancia en la que el Juzgado atribuyó la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores y expresamente detalló que: "*La guarda y custodia en exclusiva comporta el estar en compañía y al cuidado del menor en la atención diaria e incluye: a) el poder tomar decisiones habituales y rutinarias, tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias, actividades en el tiempo de ocio de los menores -que asistan a fiestas de cumpleaños o vayan a dormir una noche a casa de algún amigo-, siempre y cuando las mismas no impliquen actividad de riesgo -por ejemplo alpinismo- y mientras no perturben el régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodia; b) resolver las cuestiones relativas a la ropa que vistan, el almuerzo que se prepare para el colegio, o que vayan a excursiones previstas durante la jornada escolar, así como las decisiones que sean precisas en situación de urgente necesidad, c) especificar que la atribución de la guarda y custodia a su vez supone la obligación de mantener informado al progenitor no custodio de forma puntual o periódica de los aspectos relevantes en la vida del menor*".

También son relevantes las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) núm. 203/2015, de 5 de noviembre; núm. 85/2016, de 13 de abril, núm. 185/2014 de 23 de julio y 246/201 de 11 de noviembre que vienen a ratificar las sentenciad de instancia en las que se establece que ambos progenitores deben intervenir, entre otras cuestiones, en las vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes.

Si además resulta que el adolescente menor de edad tiene más de 16 años, no será necesario el consentimiento por representación de los progenitores pudiendo el menor dar consentimiento personal, no sólo a las vacunas del calendario oficial sino a todo tratamiento, intervención o asistencia que en el ámbito de salud vaya a aplicarse a su persona (art. 8.1 y 2 en relación con el art. 9.4 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica)

Y ¿qué sucede con la vacuna contra el COVID-19 en menores de 16 años? ¿Está dentro del Calendario Oficial de Vacunación? La respuesta es que todavía no está incluida en el calendario de vacunación, pero sí está incluida en el calendario de vacunación aprobado por el Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría.

El último calendario de vacunación aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) es de 2021 y no incluye oficialmente la vacuna del COVID-19. Sin embargo, el CISNS aprobó, el 27 de diciembre de 2020, la Actualización 10 de la Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España que consiste en recomendaciones acordadas en la Comisión de Salud Pública.

En esta ponencia de actualización se recoge en su apartado cuarto (Vacunación frente a COVID-19 en población infantil de 5 a 11 años), aspectos a considerar en la vacunación infantil, que "*En caso de que la vacunación se produzca en un centro escolar, sin la presencia de padres o tutores legales, se debe solicitar previamente por escrito la firma de una autorización de la madre/padre o tutor.*"

Y finalmente, en el apartado quinto de recomendaciones de dicha ponencia de actualización, se concluye que:

"*1.Se considera prioritaria la vacunación de las personas de 12 años y mayores que todavía no han*

completado la primovacunación.

2.Se administrarán dosis adicionales para completar la pauta de vacunación a las personas con condiciones de muy alto riesgo descritas en la Actualización 9 modificada, así como a la población infantil de 5-11 años de edad con esas condiciones (…)".

(…/...)

11. Se recomienda la vacunación de la población de 5 a 11 años de edad, comenzando preferiblemente por las personas de alto riesgo y avanzar con las cohortes de mayor a menor edad. Esta vacunación se inició el 15 de diciembre de 2021."

Por consiguiente, se pudiera racionalmente concluir que pese a que la vacuna frente a COVID-19 no está aún incluida en el calendario de vacunaciones confeccionado por el CISNS, se le podría aplicar el mismo tratamiento al recomendarse su vacunación por el mismo órgano emisor del calendario de vacunaciones, el CISNS.

Esta conclusión vendría refrendada también en atención al folleto divulgativo emitido por el Ministerio de Sanidad, la Asociación Española de Pediatría y el Comité Asesor de Vacunas bajo el título "Vacunación Covid en Adolescentes: preguntas y respuestas" (actualizado a fecha de 26-10-2021), que plantea la siguiente pregunta y respuesta:

"*12.- ¿Deben ir los menores acompañados de un adulto?*

Depende, según la edad:

- *Los que tienen 16 o más años de edad pueden acudir y aceptar la vacunación por sí solos. De todos modos, es recomendable acudir acompañados por alguno de los padres o tutores legales, un hermano o hermana mayor o, al menos, algún amigo o amiga de confianza.*

- *Los de 12 a 15 años deben acudir siempre acompañados de, al menos, uno de los padres o tutores legales.*

- *En todos los casos el consentimiento se otorga verbalmente, no es necesario un formulario escrito de consentimiento (con la excepción de la vacunación de menores de 16 años en centros escolares sin la presencia de los padres, en cuyo caso sí hay que presentar una autorización escrita previa)."*

No queremos cerrar este escrito sin hacer mención a las últimas resoluciones judiciales que nos han llegado: dos autos de dos juzgados de primera instancia y una Sentencia del TEDH.

Dentro de nuestras fronteras se trata de dos Autos resolviendo controversias de potestad parental en sentido diametralmente opuesto:

A) Auto 314/2021, de 10 de diciembre de 2021, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Icod de los Vinos en el que se acuerda que la decisión sobre la vacunación contra COVID-19 de un menor que cuenta con 15 años de edad, la ha de tener la madre (que se opone a la vacunación).

Los argumentos, en líneas generales se basan en la prueba documental de divulgación aportada por la madre y emitidos por el Instituto Carlos III sobre la escasa mortandad observada en menores de 19 años y un documento emitido por un doctor en ciencias químicas al que el Tribunal le otorga calificación de pericial, en el que concluye que la incidencia de mortalidad es mínima en menores, así como su ingreso en UCI.

El Tribunal no atiende a la voluntad del hijo, que cuenta con 15 años de edad y desea vacunarse, sin que las razones de solidaridad alegadas por el menor y el padre sean estimadas como motivos suficientes para la vacunación.

B) Auto 11/2022, de 13 de enero de 2022, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Avilés en el que se acuerda que la decisión sobre la vacunación contra COVID-19 de una menor que cuenta con 8 años de edad la ha de tener la madre (que desea vacunar a la hija y que tiene la guarda exclusiva).

El tribunal recoge que es hecho probado que la niña está vacunada del resto de vacunas sin oposición del padre.

La resolución argumenta que la vacunación de la menor no va en contra el interés de la misma, sino que supone una mayor protección para ella y sus familiares cuidadores (con especial mención a los abuelos maternos y paternos). Seguidamente se argumenta que el miedo que siente el padre por los posibles riesgos futuros de la vacuna obvia que la menor está expuesta diariamente a actividades con otros riesgos y no por ello las deja de hacer.

El fundamento de derecho segundo expone que en caso de conflicto entre progenitores tras la ruptura matrimonial, el progenitor no custodio tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones de importancia que afecten la vida, la salud y la educación del menor y distingue entre actos de ejercicio ordinario y actos de ejercicio extraordinario. Dentro del abanico de los actos ordinarios, abre una subcategoría de actos ordinarios de urgente necesidad, dentro del cual incluye las vacunas. Finalmente incide en que, en el caso de actos ordinarios de urgente necesidad es considerado que las decisiones las adoptará el progenitor con quien se encuentre el menor en cada momento, habiendo de informar debidamente al otro.

Y todo ello, más aun cuando en el calendario de vacunas del año 2022 de la asociación española de pediatría, incluyen la vacunación de mayores de 5 años contra el Covid.

En el ámbito del derecho europeo, es significativa la Sentencia del TEDH de 8 de abril de 2021, dictada por la Gran Sala en el Caso de Vavricka contra República Checa:

La Sentencia realiza un extenso análisis y valoración alrededor de la administración de las vacunas. Más concretamente, la Gran Sala analiza la imposición de limitaciones por parte de la legislación nacional de la República Checa a los ciudadanos que optan por no vacunar a sus hijos menores de edad (y específicamente se trata del rechazo a la solicitud de admisión en centros preescolares para niños no vacunados).

Destacamos de las consideraciones del Tribunal, su afirmación conforme concluye que la vacunación es uno de los mecanismos más exitosos (§277), ya que "*existe un consenso general entre las Partes Contratantes, fuertemente apoyado por los organismos internacionales especializados, de que la vacunación es una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables y que cada Estado debe aspirar a lograr el nivel más alto posible de vacunación en su población*".

La Sala continúa su fundamentación afirmando que debe incluirse dentro del deber de vacunación "*el valor de la solidaridad social, siendo el fin del deber proteger la salud de todos los miembros de la sociedad, en particular de aquellos que son especialmente vulnerables con respecto a ciertas enfermedades y en cuyo nombre se pide al resto de la población que asuma un riesgo mínimo en forma de vacunación (resolución 1845 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa)*" (§279).

En relación a lo expuesto, y el TEDH considera que "(…) *los Estados tienen la obligación de colocar el interés superior del niño, y también el de los niños como grupo, en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y desarrollo. En lo que respecta a la inmunización, el objetivo debe ser que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves (…). En la gran mayoría de los casos, esto se logra cuando los niños reciben el programa completo de vacunaciones durante sus primeros años*" (§288).

Finalmente, concluye que "*la pérdida de oportunidad de acceso a centros preescolares es "consecuencia directa de la elección de sus respectivos padres de negarse a cumplir con un deber legal, cuyo propósito es proteger la salud, en particular en ese grupo de edad*" (§306)

El TEDH acaba resolviendo a favor del Estado de la República Checa al dar prevalencia de derechos a favor de la salud pública y el bienestar de la población frente a los intereses y derechos individuales.

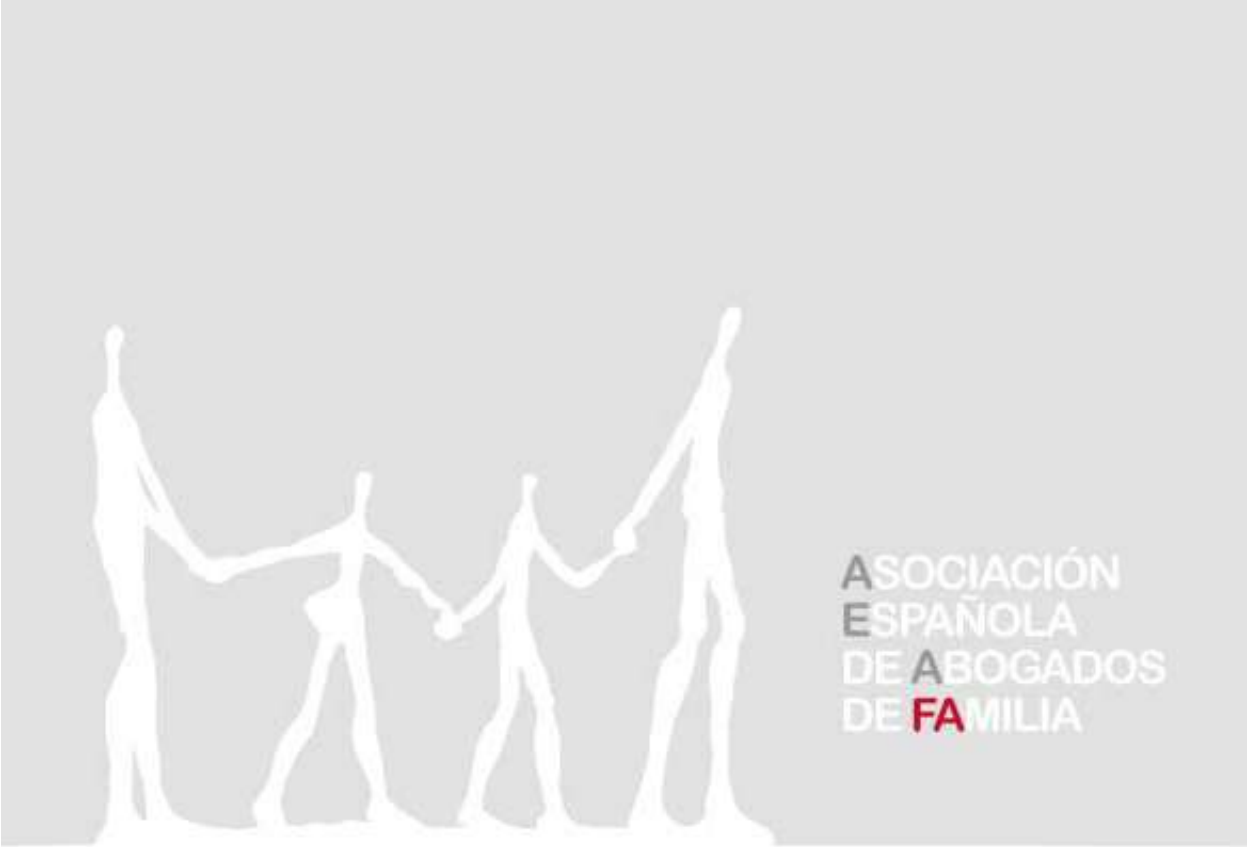
3. A modo de conclusión

Partiendo de la base que en derecho todo son matices, a la vista de lo que llevamos expuesto y, sin perjuicio de lo que los Tribunales puedan acabar de decidir al respecto, consideramos que existen diversos escenarios:

A. Adolescente mayor de 16 años: no cabe el consentimiento por representación de manera que será el adolescente el que decidirá si acepta que se le inocule una vacuna, ya sea del calendario oficial de vacunas, ajena al calendario o recomendada por el CISNS aunque no esté incluida en el calendario, como ocurre con la vacuna contra COVID-19.

B. NNA (niño, niña o adolescente) menor de 16 años en guarda compartida (potestad parental también compartida): será necesario el consentimiento de ambos progenitores pese a que la administración no va a exigir documento alguno firmando por ambos progenitores por cuanto entiende que existe consentimiento tácito sin indagar si se trata de progenitores separados ni qué régimen de guarda ostentan.

C. NNA menor de 16 años en guarda monoparental (potestad parental compartida): si se trata de una vacuna del calendario oficial de vacunación, existe fundamentación legal y jurisprudencial para defender la innecesaridad del consentimiento previo. Si se trata de la vacuna contra COVID-19, pese a no estar todavía incluida en el calendario oficial de vacunación, el mismo organismo emisor de dicho calendario realiza la recomendación de su aplicación, de manera que existe argumentación para defender que se trataría de un acto ordinario al tratarse de una vacuna necesaria y sistémica (mismas características que concurren en las vacunas incluidas en el calendario oficial de vacunación).



EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2021
STS 3863/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3863
Nº de Recurso: 5993/2020
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Tras la exploración de los dos hijos de 13 y 11 años llevada a cabo por la Audiencia Provincial, se acuerda el cambio de custodia a favor del padre que reside en Italia. Se valora que ambos manifestaron su deseo de irse a vivir con el padre, apreciándose suficiente madurez en ellos, no estando mediatizada ni interferida su opinión por alguno de los progenitores. Carece de trascendencia que el informe psicosocial se decantase por mantener la custodia materna y la residencia en A Coruña.

El primer motivo del recurso de casación, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, impugna la decisión de atribución de la custodia al padre al considerar que es contraria al interés de los menores por haberse basado exclusivamente en su opinión, sin tener en cuenta que son inmaduros y están afectados por un conflicto de lealtades, como se puso de relieve en el informe psicosocial que sí fue seguido por la sentencia del juzgado. En el recurso se reprocha también a la sentencia que prescinde de la estabilidad que para los menores reportaba la guarda de la madre y su residencia en Coruña, donde, se dice, los menores tienen su arraigo y donde vive la familia extensa de la madre.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante acerca de la precisión establecida en el auto aclaratorio de fecha 8 de julio de 2020 y relativa a si la atribución de la custodia al padre lo es o no exclusivamente para residir en Varese, la sala no comparte este razonamiento y considera que, por el contrario, la sentencia recurrida decide el cambio de custodia y la atribuye al padre teniendo en cuenta el interés superior de Nicolasa y Imanol de manera motivada, fundada y razonable a la vista del conjunto de circunstancias que concurren en el caso.

...En el presente caso, contra lo que alega la recurrente, la Audiencia no ignora la existencia del informe psicosocial sino que explica, de acuerdo con la doctrina de esta sala, que no le vincula.

Así, dice la Audiencia que ha oído directamente con inmediación y sin filtros algunos a los menores, y que lo transmitido por los adolescentes no se corresponde con lo que refleja el informe psicosocial, lo que justifica razonablemente atendiendo al tiempo transcurrido desde lo que pudieron comunicar los menores a los redactores del informe (fechado a 1 de agosto de 2018, meses antes de que la Audiencia oyera a Nicolasa y Imanol, respectivamente el 27 de enero y el 3 de febrero de 2020, según consta en la fecha de la grabación).

La Audiencia, reconociendo la trascendencia de los informes técnicos obrantes en el proceso, explica por qué el juez no está obligado a plasmar en la sentencia el informe del psicólogo, sino que debe tomar su decisión a la vista de todas las pruebas practicadas, y rechaza las alegaciones acerca de que por no ser psicólogos los jueces puedan verse "engañados" al valorar los deseos de los menores y el que estos coinciden con lo que es más conveniente y beneficioso para su futuro.

Este razonamiento se ajusta perfectamente a lo que ha dicho esta sala que, como sintetiza la sentencia 318/2020, de 17 de junio, ha destacado que tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; y 135/2017, de 28 de febrero). En definitiva, asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional.

Hay que observar que en el informe psicosocial de fecha 1 de agosto de 2018, y así se recalcó en el acto del juicio por la técnico que lo elaboró, se considera relevante para mantener la custodia a favor de la madre y la consiguiente residencia en Coruña, la satisfacción manifestada por los niños sobre su vida, de donde resultaría el argumento favorable a la estabilidad que les reporta continuar allí y lo desaconsejable que resultaría un cambio en la guarda, también en atención a los cambios anteriores vividos por la familia en razón del trabajo del padre. Pero, precisamente por la relevancia que en el informe se dio a lo manifestado por los niños en ese momento, no es contradictorio que los magistrados de la Audiencia, al dictar sentencia casi dos años más tarde, tengan en cuenta la opinión contraria manifestada por los menores de manera inmediata ante ellos.

La valoración de las manifestaciones y la voluntad expresada por el menor deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica, según la lógica y la experiencia del juzgador. Además, esa voluntad debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de esta sala, "no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales" (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas).

En el caso que juzgamos, la Audiencia tiene en cuenta, además por supuesto de la aptitud del padre, que la voluntad expresada por los hijos (nacidos el NUM000 de 2006 y el NUM001 de 2008) de que quieren estar con su padre y que quieren estar juntos, en un relato que efectúan de un régimen de vida adecuado para su edad, no es "un capricho de los menores ni fruto de espurias influencias del que impliquen la inexistencia de una voluntad propia y decidida de aquellos en lo que manifiestan, todo lo contrario, los adolescentes se explican con fundamento que es entendible y razonable para cualquiera, y no como el simple resultado de haber sido inducidos a decir lo que han dicho". La Audiencia conoce que la opinión de los menores no es vinculante, pero también que debe respetarse si lo revelado es razonable, se expresan con libertad de criterio y conocen las consecuencias de sus actos,

lo que valora que sucede en el caso a la vista de la edad de los menores y de las manifestaciones que realizan ante la situación actual de los núcleos familiares existentes.

Este razonamiento es conforme con la doctrina de la sala, que ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.

En el caso presente la Audiencia no considera probado que en el momento en que oyó y escuchó a los menores concurriera ninguna de las circunstancias que se valoraron en las sentencias 633/2012, de 25 de octubre (manipulación derivada del propio conflicto matrimonial, que en el caso la Audiencia expresamente rechaza), y 206/2018, de 11 de abril (detección de factores convivenciales altamente negativos para la formación de la menor en su relación con la madre, con la que la menor quería continuar). No advertidas circunstancias semejantes, se valora que la opinión que manifiestan tampoco obedece a una mayor comodidad de los menores, cuando saben que implica cambios de colegio y de residencia y son conscientes de que en ocasiones anteriores han afrontado situaciones semejantes.

La Audiencia, en la valoración motivada y conjunta de la prueba, sin que sea exigible que se pronuncie sobre todos y cada uno de los argumentos invocados por la madre en contra del cambio, ha tenido en cuenta de manera razonable la opinión de los menores. A este respecto debemos señalar que, del visionado de las grabaciones, resulta con evidente claridad la madurez de Nicolasa y de Imanol, la sencillez y espontaneidad de sus respuestas acerca de que querían ir a Italia. No se trata solo de su opinión acerca de su futuro atendiendo a la mejor formación académica o profesional que les podría reportar el estudiar en el colegio al que irían de trasladarse con el padre, que siendo importante no sería definitiva para valorar su interés. En el caso estamos ante un conjunto de manifestaciones realizadas por Nicolasa y Imanol acerca de cómo han vivido y les han afectado los anteriores cambios de residencia y de centros escolares; en el caso de Nicolasa incluso viviendo en Coruña y, en el caso de Imanol, de las perspectivas de cambio de centro para el curso siguiente aun de seguir en esa ciudad. A lo anterior se suma la valoración, breve pero significativa, que ellos mismos efectúan, de sus relaciones con iguales, de sus relaciones con ambos progenitores, de sus relaciones entre sí como hermanos, y de cómo se apoyan en esta decisión de ir a Italia, así como de la situación cotidiana que en ese momento viven en Coruña. En el caso, sus manifestaciones muestran una coherencia con lo que ha sido su vida pasada como consecuencia de los traslados de la familia (Salamanca, Amsterdam, Salamanca, Coruña), sin que del precedente de tales cambios resulte que su mejor interés exija permanecer en esa ciudad cuando pueden estar protegidos, cuidados, atendidos por el padre en el lugar de su nuevo destino profesional y ellos, con 11 y 13 años cumplidos en el momento de la exploración, manifiestan ese deseo con claridad.

La estabilidad que los menores tenían con la madre no es un argumento definitivo que permita rechazar una modificación del sistema de custodia cuando, ante un cambio cierto de circunstancias, es preciso valorar nuevamente el interés del menor en el momento en que se debe tomar una decisión sobre su guarda y custodia (sentencia 433/2016, de 27 de junio). Siendo lo deseable que los menores convivan con ambos progenitores, se impone la realidad de la separación y de su residencia efectiva en lugares diferentes, por lo que se trata de la adopción de lo más conveniente sin que quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad, el contacto con progenitores y hermanos.

Por supuesto que en el régimen de guarda atribuida al padre la relación diaria con la madre necesariamente se ve reducida. Sucede sin embargo que en la sentencia recurrida se asumió en interés de los menores en favor de la madre “el traslado, más o menos in toto, del régimen amplio de visitas y estancias concordado en la sentencia de octubre de 2016 en favor del otro progenitor (el padre) -fines de semana alternos, semana santa entera, vacaciones de navidad enteras, puentes enteros, y 1 mes y 3 meses (sic) en verano-, etc.”, añadiendo matices del siguiente tenor: “si como la demandada expone en su escrito de recurso, le parece este régimen excesivo y muy perjudicial para sus hijos, por verse éstos sometidos, con demasiada asiduidad, a un desmesurado trasiego de viajes, con el consiguiente cansancio para ellos, etc., está en su mano, con el concurso de su ex marido, de flexibilizar y acomodar tal régimen a las circunstancias concretas de cada momento, decidiendo si alguna

de las visitas les perjudican y no pueden hacerse o cambiarlas para otras fechas, etc.". Luego, en el fallo se estableció: "Señalar como régimen de visitas y estancias en favor de la demandada, Sra. Fermina, aquel que vino fijado en favor del otro litigante en la dicha sentencia de octubre de 2016, sin perjuicio de que el mismo pueda venir flexibilizado, de común acuerdo, por ambos padres respecto a la posibilidad de juntar dos fines de semana en visitas largas, de jueves a martes, o de adaptar el calendario, según los horarios de transporte, y corriendo con los gastos de transporte y de desplazamiento de los menores en las vacaciones de navidad, semana santa y verano, en exclusiva, el padre, el Sr. Emiliano ". En aclaración de sentencia, a instancias de la madre, el auto de la Audiencia de 8 de julio de 2021 ya insistió en que los gastos de transporte y desplazamiento de los menores en las vacaciones de navidad, semana santa y verano los pagaba exclusivamente el padre, y que respecto de las visitas propiamente dichas que hiciera la madre se contemplaba la posibilidad de que se juntaran fines de semana en visitas largas, de jueves a martes, o de adaptar el calendario en función de las vacaciones escolares y las posibilidades económicas y laborales de la madre.

Como hechos nuevos reveladores de la inidoneidad del sistema establecido por la Audiencia, mediante escritos de 9 y 25 de febrero de 2021, después de interponer recurso de casación, la madre ha presentado una documentación acreditativa a su juicio del incumplimiento por el padre de sus obligaciones de garantizar los desplazamientos de los menores. Cumple advertir, sin embargo, que frente a la profusa documental aportada por la madre, consta el auto 179/2021, de 5 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia 8 de Salamanca en el que se estima la oposición del padre a las pretensiones de la madre en ejecución de sentencia y se reitera que, a falta de acuerdo entre lo progenitores, de acuerdo con lo establecido en la sentencia, el padre solo debía sufragar los viajes mencionados, y no los de las "visitas ordinarias", lo que ya tuvo en cuenta la Audiencia al admitir la posibilidad de introducir flexibilidad en los viajes de la madre.

Para evidenciar lo inadecuado que resulta la guarda por el padre, la madre destaca el apoyo con que ella cuenta en Coruña con su familia, frente al dato de que el padre no tiene a su familia en Italia. Sin embargo, en atención a la edad de Nicolasa y de Imanol, tal apoyo con el que cuenta la madre no es preciso para el cuidado y la atención diaria que requieren los hijos y, sin desconocer el indudable beneficio que para los adolescentes supone la relación con la familia extensa, paterna y materna, este factor no puede condicionar la adopción del sistema de custodia. En todo caso, la falta de relación diaria debe paliarse, como sucede en el caso de tantas familias, con un fomento del contacto durante las visitas y estancias.

La madre trata de convencer igualmente del desacierto de la decisión de la sentencia recurrida aludiendo al fracaso académico de Imanol, introduciendo como hecho nuevo mediante escrito de 26 de abril de 2021 la posibilidad de que el menor tuviera que repetir curso, de acuerdo con un informe del Colegio de Varese de 19 de abril de 2021. Frente a ello, cumple observar, sin embargo, que de la documental aportada, resulta que, con su esfuerzo y capacidad, Imanol ha remontado superando con holgura el curso académico, tal y como resulta de las notas finales. De ello resultaría que, superadas las lógicas dificultades que comporta todo cambio, especialmente complejas en el caso por las malas relaciones existentes entre los padres, según se relata por ambas partes al explicar sus respetivas posturas, Imanol habría alcanzado una estabilidad adecuada en Varese. Por la misma razón, tampoco son decisivos los mensajes que aporta la madre como hecho nuevo y en los que los hijos le manifiestan que tienen deseo de verla, lo que no es sino la lógica manifestación del cariño que sienten por ella; los mensajes aportados que envió el hijo, el mismo día antes del viaje a Italia (10 de septiembre de 2020), unos días después (13 de septiembre de 2020) y otro sin concretar fecha, pero por la referencia a sus ganas de que llegue "halloween" y poder ver a sus amigos parece que de forma muy cercana a su llegada a Italia, son fácilmente reconducibles al momento inicial del desplazamiento.

Por otra parte, no se exponen por la recurrente otros datos nuevos que a modo de circunstancias sobrevenidas determinen que el régimen instaurado es contrario al interés de los menores. De la documental aportada, en especial las comunicaciones con el colegio, se desprende el interés y la preocupación del padre por la situación de sus hijos y, si bien, como advierte la recurrente, es lo que le corresponde como padre, no por ello deja de ser acreditativo de la intervención activa, ocupación y preocupación del padre por el cuidado de los menores.

La madre trata igualmente de cuestionar la idoneidad de la custodia por el padre haciendo referencias genéricas al estilo profesional de vida del padre, y se citan estancias lejos de su familia durante meses de duración. Tales alegaciones se hacen con tal generalización y falta de concreción que

no resulta acreditado que haya dado lugar a una falta de protección ni a un descuido de los mismos durante el tiempo transcurrido en Italia, y sin duda esta sala debe valorar la situación de los menores en el momento actual.

Finalmente, no es admisible la introducción en el recurso de aserciones interesadas acerca de la repercusión negativa que tendrá en el desarrollo de la personalidad de los menores el desprecio del padre hacia la madre. Constan en las actuaciones ejemplos de mutuos reproches y descalificaciones sobre la educación, dedicación a los hijos y estilos de vida del otro progenitor, lo que sin duda nunca puede revertir en interés de los hijos, sin que haya ningún atisbo en la sentencia recurrida de una situación como la que sugiere la recurrente.

Por todo lo anterior debemos concluir que nada hay de arbitrario ni ilógico en la decisión de la Audiencia ni en la valoración del interés de Nicolasa y Imanol por lo que se refiere al cambio de custodia y su traslado a Italia, ni que la misma se haya traducido en una situación contraria a su interés.

TS

SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 2021

Roj: STS 4022/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4022
Nº de Recurso: 445/2021
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

En el presente caso no es conveniente adoptar el sistema de custodia compartida pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.

En el supuesto que juzgamos se dictó por el Juzgado de lo Penal de Cáceres el 17 de julio de 2019 una sentencia condenatoria de D. Rosendo por un delito de violencia de género, maltrato, del art. 153.1 y 3 CP cualificado por producirse en el domicilio común (por el que se le impone pena de prisión de nueve meses y un día, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros a D.ª Clemencia, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de comunicar con ella por ningún medio, por dos años), y por un delito leve continuado de vejaciones injustas del art. 173.4 CP (por el que se le condena a 20 días de localización permanente en domicilio diferente y alejado de D.ª Clemencia y prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 100 metros, así como de comunicar con ella por ningún medio por seis meses menos un día). Esta resolución fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, sentencia nº 37/2020, de 3 de febrero, que recoge como relato de hechos probados:

"1.- Que el día 13 de julio de 2016 tuvo lugar entre el acusado Rosendo, mayor de edad y carente de antecedentes penales y su entonces esposa Dª. Clemencia, en el domicilio común sito en la calle AVENIDA000 nº NUM000 de DIRECCION000, una discusión en el transcurso de la cual el acusado zarandeó a su esposa, agarrándola por los brazos y la empujó, sin que conste que le causara lesión, mientras le decía "estás loca".

"2.- Que el acusado envió durante el verano de 2017 a través de su teléfono móvil diversos mensajes a la Sra. Clemencia con el siguiente contenido: "sinvergüenza, miserable, eres lo peor, eres una sinvergüenza y lo vas a ser toda la vida, patética""

No hay constancia de otras condenas ni denuncias y los hechos sucedieron en 2016 y 2017, lo que lleva a la sentencia n.º 37/2020, de 3 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección

Segunda, en el procedimiento abreviado seguido por violencia, a declarar -a otros efectos- que, dado que los hechos enjuiciados sucedieron hace años, puede mantenerse una previsión de bajo riesgo.

Con todo, la sentencia condenatoria aportada muestra la falta de actitud del padre para cooperar y respetar a la madre.

Ante estos hechos y su consiguiente condena, la custodia compartida no es el sistema más óptimo para los menores, a cuyo interés y necesidades debemos atender de manera primordial al adoptar el régimen de guarda. La custodia compartida no es un mero reparto del tiempo de convivencia de los niños o adolescentes con cada uno de los progenitores, sino un sistema de guarda que requiere una cooperación entre ambos, una implicación mutua en el compromiso de la crianza y el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura como pareja de los padres.

En el presente caso no es conveniente adoptar el sistema de custodia compartida pues, de los hechos probados en la sentencia penal, queda acreditado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se dirigía a ella, por lo que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los hijos, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida exclusivamente en cuanto adoptó la custodia compartida y procede confirmar lo resuelto en la sentencia de primera instancia por lo que se refiere a la guarda y custodia en favor de la madre y la pensión alimenticia que fijó a cargo del padre y a favor de los hijos, en atención a que la guarda se atribuye exclusivamente a la madre. También se confirma, como se solicita, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94.4 CC último inciso, el régimen de estancias y visitas del padre fijadas en la sentencia de primera instancia, que consideró adecuado el propuesto por el informe psicosocial, y que se mantiene por entender que es positivo para los hijos que no se vean privados de la relación y contacto con su padre, al no advertir en los hechos probados en las sentencias condenatorias riesgo para su integridad y haber sucedido, como ya hemos dicho, hace tiempo y no constar nuevas condenas ni denuncias.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de apelación (respecto de la pensión compensatoria, cargas del matrimonio y gastos extraordinarios), de acuerdo con lo interesado por el ministerio fiscal y con lo razonado en esta sentencia.

TS

SENTENCIA DE 3 NOVIEMBRE DE 2021

Roj: STS 3973/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3973
Nº de Recurso: 5661/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

El ex yerno tiene la condición de precarista y por ello no puede reclamar a quienes fueron sus suegros el importe del coste de construir una piscina y un garaje en la finca propiedad de aquellos. En las situaciones de precario, la falta de título suficiente y de buena fe (derivada del conocimiento por el precarista de su falta de título), no existe ni derecho de reembolso de los gastos útiles ni el derecho de retención que garantiza su efectividad.

El recurrente alega la infracción de los arts. 453 y 454 CC. Conforme al primero: “Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa”. El art. 454 CC excluye estos derechos del poseedor de buena fe respecto de los “gastos de puro lujo o mero recreo”, sin perjuicio de que pueda llevarse los “adornos” siempre que la cosa no sufra deterioro, y el sucesor en la posesión no prefiera abonar el importe de lo gastado.

De esta regulación se desprenden con claridad las siguientes reglas: (i) todo poseedor (aún sin ser de

buena fe) tiene derecho al abono de los gastos necesarios; (ii) sólo el poseedor de buena fe tiene derecho al abono de los gastos útiles o del aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa (opción que corresponde a quien haya vencido en la posesión); (iii) el poseedor de buena fe también tiene derecho en ambos casos (gastos necesarios y útiles) a la retención de la cosa en garantía del derecho de abono; (iv) ningún poseedor, aunque sea de buena fe, puede exigir el abono de los gastos suntuarios ("de puro lujo o recreo").

El demandante, en lo que ahora interesa, había fundado su pretensión subsidiaria en que tenía la condición de poseedor de buena fe y que por ello los gastos útiles realizados durante el tiempo de dicha posesión le debían ser abonados.

Conforme a una jurisprudencia consolidada de esta sala (por todas, sentencia 614/2020, de 17 noviembre), cuando un tercero (frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no) cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. art. 1750 CC) sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.ª LEC).

Esta es la situación que se ha declarado en las instancias como existente en el caso, al haber disfrutado el demandante y su familia de la vivienda en virtud de una cesión gratuita, sin abonar renta alguna por su uso, ni siquiera el importe de los suministros, por mera liberalidad o tolerancia de los propietarios.

Esta situación se mantuvo desde 2006 hasta 2017, año de la separación del demandante y su esposa (hija de los demandados), habiendo permanecido ésta en el uso de la vivienda. En cualquier caso, la situación de precario no cambiaría por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial (sentencias 910/2008, de 2 octubre, 1025/2008, de 29 de octubre, 1034/2008 y 1036/2008, de 30 de octubre, 1077/2008, de 13 de noviembre, 1078/2008, de 14 de noviembre, 299/2011, de 30 abril, entre otras). En todo caso las obras litigiosas de las que surge el derecho de reembolso del actor, conforme a la sentencia de apelación, fueron anteriores a la fecha de la separación de los cónyuges, por lo que su separación y posterior divorcio no puede condicionar ni alterar el resultado del pleito.

Por tanto, para el enjuiciamiento que debemos realizar partiremos de que las obras y reformas se hicieron por el demandante durante el tiempo de su tenencia de la finca como precarista. Cuestión que está ahora fuera de discusión.

La distinción conceptual entre los gastos necesarios y los útiles. La jurisprudencia de esta sala ha interpretado el art. 453 CC tanto en lo que se refiere a la distinción de los conceptos de "gastos necesarios" y "gastos útiles", como en relación con el concepto de "buena fe" en las situaciones de tenencia de las fincas en precario, a los efectos de determinar la existencia o no de un derecho de retención de la finca, como título enervante de una eventual acción de desahucio.

La sentencia 469/2002, de 20 de mayo, parte de la distinción del art. 453 CC entre los gastos necesarios y los útiles, que define así: (i) los necesarios "responden a devengos indispensables y por ello impuestos e imprescindibles y son exigidos para la conservación de la finca, de forma tal que de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente (Sentencia de 26-11-1998)"; (ii) los útiles son "los que responden a las mejoras introducidas en la finca poseída, que incrementan su producción o su rendimiento, con repercusión consecuente de su mayor valor en venta".

El fundamento que justifica el derecho de todo poseedor, sin distinguir que lo sea de buena o mala fe, al resarcimiento de los gastos necesarios, como explica la sentencia 469/2002, radica en que esos desembolsos los hubiera tenido que hacer en cualquier caso quien resulte vencedor en la posesión discutida para evitar la pérdida o el notable desmerecimiento de la finca, por lo que su reembolso tiende a evitar situaciones de enriquecimiento injusto, fundamento que no concurre en el caso de los gastos útiles, aunque incrementen el valor de la cosa.

En el caso, los gastos litigiosos (construcción de una piscina y de un garaje) han sido calificados en la instancia de gastos útiles. Como señaló la sentencia de primera instancia, esos gastos no pueden considerarse necesarios en el sentido exigido por la jurisprudencia, pues no cabe entender que "de no haberlos hecho el bien habría dejado de existir o desmerecido notablemente, es decir, que se trate de gastos de estricto mantenimiento o conservación realizados para evitar el deterioro o pérdida de la cosa". Esta calificación de los gastos también está en la base de la pretensión del demandante, en la que postula su condición de poseedor de buena fe, condición necesaria para el derecho de reembolso de los gastos útiles (e innecesaria, como se ha dicho, para el abono de los gastos necesarios). El debate casacional se centra, por tanto, en la concurrencia o no de esta cualidad del demandante de poseedor de buena fe.

TS

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2021

Roj: STS 4269/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4269
Nº de Recurso: 1740/2021
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

La adjudicación de medio millón de euros en metálico y otros bienes inmuebles gananciales pendientes de liquidar, son un elemento objetivo y cierto que es relevante a efectos de fijar limitación temporal a la pensión compensatoria pues permitirá a la esposa hacer frente con sus propios medios y aptitudes a su situación económica, gestionando de forma autónoma sus oportunidades y su economía. Tras 19 años de matrimonio, teniendo la esposa 49 años, y siendo licenciada en Económicas y bilingüe, se fija una pensión compensatoria de 1.000 euros durante cinco años.

En el caso que juzgamos las partes no discuten que en el momento de la ruptura se produjo un desequilibrio económico determinante de una pensión compensatoria a favor de la exesposa, que dejó de trabajar para dedicarse a la familia. Lo que se discute es si la pensión debe fijarse de manera temporal o indefinida, así como su cuantía.

El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria es una posibilidad del órgano judicial que permite atender a las posibilidades de superar el desequilibrio económico surgido a partir de la ruptura. La condición es que no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico. El establecimiento de un límite temporal cuando se valore ex ante la posibilidad de que pueda reestablecerse el equilibrio exige tomar en consideración, entre otros, los factores que enumera el art. 97 CC, y que esta sala no ha considerado una lista cerrada.

La sentencia del pleno 864/2010, de 19 de enero, sentó como doctrina que uno de los factores que debe tenerse en cuenta en la aplicación del art. 97 CC, entre otros parámetros, es el de "el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior". Esta doctrina fue seguida por la sentencia 856/2011, de 24 de noviembre, que, en atención a la situación económica de la mujer tras la partición de los bienes gananciales, consideró que procedía tanto la rebaja como la limitación temporal de la pensión que previamente se había fijado en el procedimiento de separación. Posteriormente, la sentencia 217/2017, de 4 de abril, atendiendo a la adjudicación de bienes en la liquidación de gananciales, consideró procedente la modificación de la cuantía de la pensión. En otras sentencias también se ha tenido en cuenta la adjudicación de bienes en la liquidación del régimen económico a la hora de fijar la cuantía y límite temporal de la pensión (sentencia 575/2019, de 5 de noviembre) o incluso para acordar su extinción por considerar que de esa forma cesaba la situación de desequilibrio que había motivado la pensión compensatoria (sentencia 76/2018, de 14 de febrero). Es la falta de datos fiables aportados en el procedimiento de divorcio acerca de cómo se verá afectada la economía de la beneficiaria de la pensión tras la liquidación del régimen económico matrimonial y, por tanto, la incertidumbre sobre la superación de su desequilibrio, la razón que explica que, en ocasiones, no se hayan tenido en cuenta alegaciones genéricas sobre la futura liquidación del régimen bien para cuantificar bien para limitar temporalmente la pensión (sentencias 304/2016, de 16 de mayo, 245/2020, de 3 de junio, y 18/2020, 13 julio). De la misma manera que se ha considerado irrelevante la liquidación del régimen de gananciales a efectos de apreciar una modificación de circunstancias que permitiera modificar o extinguir la pensión cuando ya se tuvo en cuenta el patrimonio existente en el momento de fijarla junto a otros datos, como la absoluta falta de cualificación profesional de la esposa (sentencia 548/2018, de 17 de octubre).

En el caso, la sentencia recurrida, a pesar de considerarlo probado, no ha tomado en consideración que los cónyuges se repartieron, producida la sepa-

ración y antes de la presentación de la demanda de divorcio, algunos bienes, entre los que se encontraba el dinero de una cuenta bancaria, correspondiendo a la demandante una importante suma de dinero que, como dice el recurrente, equivaldría a un sueldo de más 4.000 euros mensuales durante 10 años. El recurrente ha reiterado que quedan por liquidar inmuebles por un valor cercano al millón de euros, lo que la demandante ahora recurrida no ha negado, limitándose a criticar que, después de la sentencia de divorcio el exmarido resolviera el contrato de alquiler de una vivienda perteneciente a los dos para trasladarse él a vivir, con la consecuencia de privarle a ella de percibir la mitad del alquiler, cuestión que no es objeto de este pleito, y que en cualquier caso no desmiente las manifestaciones acerca de la existencia del patrimonio pendiente de liquidar además de lo ya repartido.

La atribución en plena propiedad de un patrimonio importante es un elemento objetivo y cierto que es relevante a efectos de ponderar el alcance de la situación de desequilibrio que la ruptura ha generado en la esposa y las posibilidades de superarlo y que, sin embargo, no ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida para ponderar ni la cuantía de la pensión ni su duración temporal.

Junto a ello hay otros factores que la sentencia recurrida no ha ponderado de manera proporcional a las circunstancias acreditadas.

La ruptura, sin duda, ha producido a la actora un desequilibrio económico en atención al largo periodo de tiempo durante el que dejó de trabajar fuera de casa (transcurridos unos años desde la celebración del matrimonio, incluidos periodos en los que han residido fuera de España), con todo lo que conlleva de falta de desarrollo profesional e integración y formación laboral. Sin embargo, no resulta razonable entender que la única forma de compensar el perjuicio o desequilibrio económico derivado de la crisis conyugal es una pensión indefinida como solicita la demandante y ha reconocido la Audiencia. La demandante no es una mujer de edad avanzada, carente de cualificación o formación; no ha colaborado nunca en la actividad laboral del marido; no padece enfermedades, no tiene una salud precaria o delicada ni ningún tipo de discapacidad. En el futuro tampoco se ve sujeta al cuidado de hijos con necesidades especiales, de modo que no resulta utópico que pueda prescindir de la pensión y obtener sus propios ingresos económicos, gestionar autónomamente sus oportunidades e independizarse económicamente de quien fuera su marido. En este caso no nos encontramos ante una situación semejante a las valoradas en otras sentencias como merecedoras de una pensión indefinida por carecer la esposa de todo tipo de expectativas laborales (sentencias 245/2020, de 3 de junio, 418/2020, de 13 de julio, y 549/2020, de 22 de octubre).

Según resulta de la propia demanda, la separación se produjo, antes del dictado de la sentencia de divorcio, cuando llevaban diecinueve años casados y la esposa (nacida en 1968) tenía 49 años. No se discute su buena salud ni tampoco la ausencia de cualquier discapacidad y es evidente que, en atención a la edad de los hijos (nacidos en 2001 y 2006), la dedicación a su cuidado necesariamente será menor. No estamos ante un desequilibrio perpetuo e insuperable dada la formación elevada de la recurrente y su nivel de inglés, que ella califica como de obsoletos, pero que son susceptibles de actualización y adaptación a las demandas actuales de empleo en forma tal que la demandante pueda adecuadamente acceder a una situación económica autónoma e independiente de manera digna. Esta sala comparte el criterio del juzgado cuando señala en su sentencia que la demandante está altamente cualificada, realizó empleos retribuidos en diferentes sociedades mercantiles, el último de ellos en el 2006, tal y como consta en el certificado de vida laboral aportado, y se desconoce las preferencias marcadas en la oficina pública de empleo en la que se inscribió como demandante de empleo el 24 de julio de 2017, por lo que el que la alegación de que no ha recibido oferta de empleo durante ese tiempo no es un argumento definitivo de la imposibilidad de superación del desequilibrio causado por la ruptura.

Por todo ello, y de acuerdo con los criterios expuestos, procede casar la sentencia y, por lo dicho, declarar la improcedencia de una pensión indefinida, atendiendo a la cualificación de la demandante, los bienes comunes recibidos por ella antes del divorcio (503.874,97 euros en metálico), cuya gestión exclusiva y disposición le corresponden a ella, así como al patrimonio común que queda por partir, al tiempo de duración de la vida en común de diecinueve años, su edad en el momento de la separación y la edad de los hijos, que ya no requieren una atención tan intensa de la madre.

Partiendo de la procedencia de una limitación temporal a la pensión consideramos que, en atención a todas las circunstancias concurrentes descritas, resulta prudente fijar el plazo de cinco años desde la fecha de la sentencia del juzgado. Este plazo, que resulta coherente con el tiempo de duración de la convivencia matrimonial, permitirá a la demandante superar el desequilibrio tras la ruptura y en el mismo, de manera razonable, tendrá ocasión de hacer frente con sus propios medios y aptitudes a su situación

económica, gestionando de forma autónoma sus oportunidades y su economía.

De este modo, estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la esposa contra la sentencia del juzgado, al considerar que el plazo fijado en la misma de dos años resulta escaso para mejorar las expectativas de la demandante que se vieron limitadas por su dedicación a la familia.

En cambio, atendiendo a las circunstancias valoradas por el juzgado confirmamos la cuantía de la pensión, fijada en 1.000 euros mensuales, actualizables conforme al IPC. Además de las circunstancias mencionadas al fijar el límite temporal, que son igualmente relevantes para la cuantía, de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 97 CC, debemos añadir que, como indica la sentencia del juzgado, los ingresos del esposo se redujeron considerablemente desde el momento de su regreso a España, antes de la separación y con carácter de permanencia (queda acreditada la cantidad líquida de 7.000 euros al mes en catorce mensualidades, sin que para fijar la pensión compensatoria proceda atender a una retribución discrecional según el sistema y política de la entidad para la que trabaja) y los gastos impuestos por la sentencia de divorcio son muy elevados (la pensión de alimentos a los hijos es de 2.000 euros al mes, y le corresponde igualmente abonar los gastos de educación privada de los hijos por un importe de 1.800 euros mensuales).

TS

SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 2021

Roj: STS 4409/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4409
Nº de Recurso: 5342/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Si bien el 25% del inmueble pertenecía a la esposa por sucesión hereditaria, el otro 75% pertenece a la sociedad de gananciales, al no haberse probado que el dinero abonado en la subasta tuviese origen privativo de la esposa.

Al amparo del art. 477 de la LEC, habiendo resultado infringidos los artículos 1346.4 y 1347, 1358, 1523, 1361 del CC normas aplicables para la resolución de la cuestión objeto del proceso, por inaplicación o aplicación inadecuada y en contra de la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de 28 de mayo de 1986, 3 de febrero de 1982, 25 de febrero de 2011, 29 de septiembre de 1997, 5 de marzo de 1991, 22 de junio de 2012; entre otras.

Decisión de la sala. Se desestima el motivo.

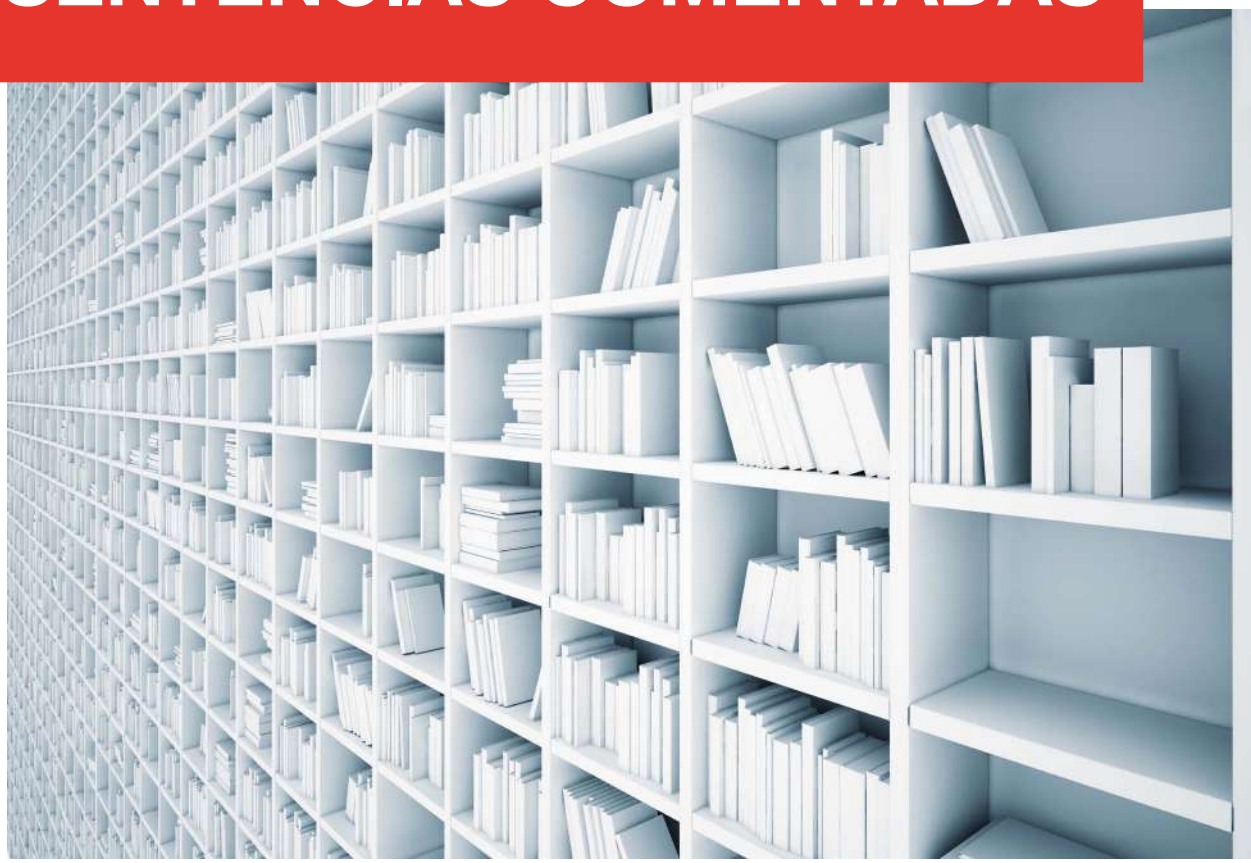
Se alega por la recurrente que el bien sito en calle DIRECCION000, lo heredaron ella y sus hermanos. En procedimiento judicial de extinción de condominio se adjudicó la finca a D.ª Lorenza al efectuar ella la puja más alta en la subasta.

Se pretende por la recurrente que parte del bien es de su hermana Mariana y sobre ello se declara en la sentencia recurrida que D.ª Mariana no es parte en el procedimiento y que se le dejan a salvo los derechos que pretendiera ejercitar.

Se declara probado en la sentencia recurrida que D.ª Lorenza es propietaria del 25% del inmueble al haberlo adquirido en condominio hereditario, pero el 75% restante es de carácter ganancial al no haberse probado que el dinero abonado en la subasta tuviese origen privativo de D.ª Lorenza, por lo que ha de presumirse su procedencia ganancial (art. 1361 C. Civil).

Esta sala debe desestimar el motivo de recurso, pues de acuerdo con el art. 1347.3 del C. Civil, tienen carácter ganancial los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición para uno solo de los esposos, por lo que en la sentencia recurrida se acierta cuando se considera ganancial el 75% del inmueble (sentencia 295/2019, de 27 de mayo).

SENTENCIAS COMENTADAS



Controversia sobre el centro escolar

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2021

La resolución recurrida otorga a la madre la facultad de decidir el centro escolar al que acudirá su hijo, y valora para ello que la madre solicitaba la inscripción del menor en un centro radicado en la misma localidad en la que viven tanto el padre como la madre, y tuvo en cuenta también que el centro elegido por la madre es un centro concertado, considerando que no se le podía imponer a la progenitora el abono de los gastos que conlleva la educación en un centro privado. El padre alegó que los abuelos paternos están dispuestos a abonar el coste de los colegios privados, sin embargo no se puede imponer en esta resolución a terceras personas el abono de dichos gastos.

En el caso de autos la discrepancia se centra en la elección del colegio al que asistirá el menor Carlos María, solicitando la madre se autorice a inscribir al menor en un colegio concertado, al no poder hacer frente al coste que supone un colegio privado, y que este centro escolar esté ubicado en DIRECCION001, ciudad en la que residen ambos progenitores. Señalaba la Sra. Otilia en su demanda que matricular al menor en un colegio privado de Barcelona, como pretendía el padre, supone además de un coste elevado, al que no puede hacer frente dada la situación económica por la que atraviesa empeorada tras la pandemia sufrida, trasladar al menor cada día a Barcelona con la pérdida de tiempo que ello implica, y conllevaría también alejar al menor de su círculo de compañeros y su círculo social al vivir en DIRECCION001 ambos progenitores. El padre del menor, Sr. Segismundo, se opuso a esta solicitud alegando que ambos progenitores convinieron que el menor recibiría una educación católica así como que el menor recibiría los sacramentos, y el centro escolar propuesto por la madre es un centro laico que además no responde al proyecto educativo que los padres querían para su hijo.

La resolución de instancia otorga a la madre la facultad de elegir el centro escolar del menor valorando para ello que el centro propuesto por la madre está ubicado en DIRECCION001, así como que es un centro de educación concertado, considerando que no puede obligarse a la madre a abonar coste que supone que el menor asista a un colegio privado.

En este momento la cuestión a decidir se centra en cuál es el centro escolar en el que el menor debe cursar la primera fase de educación, sin que proceda pronunciarse sobre otras fases de la educación como la primaria o la ESO, y mucho menos la de bachillerato, puesto que las circunstancias familiares pueden cambiar con el transcurso del tiempo y el interés del menor en el futuro puede ser diferente, y sin que proceda privar a uno de los progenitores de la facultad de decidir en esta cuestión durante toda la vida escolar de su hijo.

La Sala considera, como también lo hace la juez de primera instancia, que ante la tesitura de la escuela concertada elegida por la madre y los centros privados propuestos por el padre, la educación en un centro concertado se ajusta más a las circunstancias e intereses de los progenitores y del menor, considerando que el hecho de que el centro propuesto por la madre esté ubicado en DIRECCION001 es un dato que también debe ser tenido en cuenta.

Como se señala en la resolución recurrida el dato de que los padres dispusieran que el hijo común recibiría educación católica no puede servir para solventar el conflicto existente entre los progenitores pues los colegios DIRECCION005 o DIRECCION006 propuestos por el padre por considerarlos colegios privados cató-

licos no son tal, sino que la educación que proporcionan es una educación laica. Ninguno de los colegios propuestos por los padres tienen este carácter por lo que deberán examinarse el resto de características de los colegios propuestos para solventar el conflicto existente entre los progenitores, esto es, además del tipo de formación que proporcionan se deberá valorar su ubicación y el coste de los mismos.

Y con relación a lo primero no existe dato alguno indicativo de que la formación que proporcionan los centros propuestos por las partes no sea una educación de calidad o que no se adapte a las necesidades de Carlos María. Es cierto que los padres recibieron su educación en colegios en los que el inglés era el idioma vehicular y que es el catalán el idioma vehicular del colegio propuesto por la madre, pero sin ningún género de dudas el inglés es un idioma que es impartido en los colegios concertados. Otra cosa es que el nivel del idioma extranjero en el colegio propuesto por la madre responda o no a las expectativas de los progenitores para que el menor reciba una formación internacional. Queda por tanto examinar si por su situación o por el coste que suponen puede ser más adecuada la elección de uno u otro progenitor.

El coste que implican los centros privados propuestos por el padre es muy elevado y no puede imponerse a la Sra. Otilia un gasto de tal entidad. Los propios progenitores contemplaron que el menor asistiría a un centro público o concertado y acordaron que este coste sería abonado por ambos. Según consta en la información aportada por la Sra. Otilia el coste de la Escuela DIRECCION002 por ella propuesto es la mitad que la del colegio privado DIRECCION004 propuesto por el Sr. Segismundo, y muy inferior al coste de los colegios privados de Barcelona que proponía el padre. Se señala por éste que sus padres están dispuestos a abonar el coste de los colegios privados sin embargo no se puede imponer en esta resolución a terceras personas el abono de estos gastos. Y las manifestaciones realizadas por el padre de que serán asumidos los gastos por sus padres no asegura que iniciada la formación en un centro privado los abuelos continúen abonándolos transcurridos unos años, lo que obligaría a cambiar al menor de forma abrupta de centro escolar al no tener los progenitores capacidad económica para asumir su coste, según se afirma por ambos. Esto no impide que los padres puedan alcanzar fuera de este procedimiento los acuerdos precisos para que el menor pueda asistir a un centro privado, asumiendo los costes que ello conlleve uno de los progenitores o terceras personas, pero en esta resolución no puede imponerse a la madre el elevado conste que conlleva la enseñanza en un centro privado de educación.

También debe valorarse para resolver esta controversia que el centro escolar propuesto por la madre se ubica en la misma localidad en la que residen sus progenitores. Aunque se trata de una localidad próxima a Barcelona sin duda alguna la asistencia del menor a un centro fuera de la localidad en la que reside conllevaría la realización de trayectos de larga duración, teniendo en cuenta las dificultades de circulación que se producen en horas punta como las horas de entrada y salida de los colegios. A ello debe añadirse que tener el colegio en la misma localidad que en la que se reside supone tener más próximos a sus compañeros de colegio, teniendo por tanto más cercano su entorno social y familiar a su centro escolar. Ello supone también mayores facilidades logísticas para sus progenitores las semanas que con ellos conviva. También supone una reducción de los gastos de transporte y una mayor autonomía para el niño a medida que vaya creciendo, al tener más cercano a su domicilio su centro escolar.

También debe tenerse en cuenta que en estos momentos Carlos María ya ha realizado un primer curso del ciclo en el colegio propuesto por su madre, no considerando conveniente para el menor cambiarle en estos momentos de centro escolar. Es mejor que se afiance en este colegio sin perjuicio de lo que pudiera decidirse respecto a otras fases escolares. Finalizada esta primera fase de la enseñanza los progenitores deberían ser capaces de acordar el centro escolar al que asistirá su hijo, valorando para ello la educación que está recibiendo y si esta responde a sus valores e intereses, así como valorar también si el nivel de idiomas que el centro le proporciona responde a las necesidades de su hijo o a las expectativas de sus progenitores para la realización de estudios internacionales. Por todo ello procede confirmar la resolución recurrida y mantener en la madre la elección del centro escolar al que debe acudir el menor Carlos María si bien tan sólo para el primer ciclo escolar, debiendo los progenitores convenir el centro escolar al que asistirá el menor en el siguiente ciclo educativo y en su defecto instar un nuevo procedimiento para resolver la controversia.

Debe señalarse finalmente que siendo importante en la educación de los hijos la elección del centro escolar al que asistan, en su educación y formación influyen también otras muchas circunstancias y entre ellas una de las más importantes es que los padres, aun cuando haya cesado la convivencia entre ellos por la ruptura conyugal o de pareja, mantengan un alto nivel de colaboración en todas las cuestiones que afectan a los menores, sean capaces de pactar los modelos educativos en los respectivos hogares y perciban los hijos que sus progenitores comparten los criterios relativos al ejercicio conjunto de la parentalidad.

Cambio de custodia materna por paterna

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2022

El deseo del menor de 13 años y medio, unido a que la hija mayor de edad ya se trasladó a convivir con el padre hace tiempo sin que tenga relación alguna con la madre, justifica el cambio de la custodia materna por la paterna. El menor llegó a narrar emocionado la reacción que dice tuvo su madre días antes del juicio cuando al preguntarle por sus deseos le dijo que se quería ir a vivir con su padre, ante lo que la madre, en presencia de su pareja, le contestó que en ese caso no volviera por casa. El modelo educativo de la madre con excesiva imposición de normas y reglas y de control no ha dado resultados positivos.

De todas las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer el sistema de guarda y custodia de los menores, una de ellas es la existencia de hermanos, y, en este sentido, el CC supedita el problema al respeto al interés superior de los menores.

...Como hemos expuesto Jacinto en la exploración manifestó su deseo de convivir con el padre y su hermana Dolores. Y se le hizo ver que a la hora de dar su opinión tuviera en cuenta que no es lo mismo una convivencia de fines de semana, en la que predominan relaciones y vivencias de ocio, con la diaria y más cotidiana y que valorase que las quejas hacia su madre por su trato podrían responder a esa circunstancia, al trato diario y a su mayor implicación en sus estudios, mientras que la relación con su padre se produce más en un contexto de ocio y él parece ser más permisivo, pese a lo cual insistió en quería irse con su padre y en que no era verdad que él no le ayude en sus estudios y que también lo hace su hermana, en lo que ella puede.

Los magistrados que presenciamos la exploración percibimos la afectación del menor al hablar de sus deseos de vivir con su padre y hermana y el problema emocional que traslada, llegando al llanto. Nos ha preocupado hondamente y trasmitido sensación de inquietud su estado anímico, llegando a narrar emocionado la reacción que dice tuvo su madre días antes del juicio cuando al preguntarle por sus deseos le dijo que se quería ir a vivir con su padre, ante lo que la madre, en presencia de su pareja, le contestó que en ese caso no volviera por casa.

Se le ve triste y muy quejoso hacia la madre, a quien en el pasado le atribuye acciones de rigor innecesario, tanto verbales como físicas y por el conflicto emocional y de tensión que mantienen ambos progenitores. Estos problemas de mal carácter que el menor ha venido refiriendo en ambas exploraciones, con diferencia de casi un año entre ellas, concuerdan con el informe de la psicóloga forense ratificado en el acto del plenario (acontecimiento 221) al analizar el modelo educacional de la progenitora custodia y en el que se incide en que la madre sigue un modelo educativo muy rígido, caracterizado por su restricción y por el perfeccionismo hipernómico, calificándolo incluso la perito judicial de hostil, con aplicación rígida de las normas, que genera en el menor un sentimiento de verse rechazado y que conduce al distanciamiento, desconsideración o menosprecio. Este modelo educativo contrasta con el que sigue el padre más permisivo y proteccionista, con excesivas concesiones y que viene reforzado por conductas de capricho.

Ninguno de los dos sistemas, y en mayor medida parece que de la progenitora custodia, pues es con quien convive el menor, aparece adecuado visto los malos resultados académicos que tiene el menor y a las dificultades educativos que presenta (desde principio de curso del pasado año tiene dificultades en el rendimiento académico. Le cuesta concentrarse. Tiene dificultades a nivel de comprensión escrita, presen-

ta disgrafía y pobreza de vocabulario y comete muchas faltas de ortografía. Ello se traduce en una baja calidad en la entrega de trabajos y deberes y le cuesta la resolución de problemas de matemáticas. En el primer trimestre suspendió cinco materias - nos remitimos al informe remitido por el IES DIRECCION001 en febrero pasado -, hallándose en estudio por el departamento de orientación si tales dificultades obedecen a problemas emocionales o a su falta de capacidad del menor.

Junto con el informe valoramos la nula relación que la madre mantiene con su hija Dolores desde que en el año 2018 se fue a vivir con el padre por desavenencias entre ambas y que esta le denunció por maltrato y que la madre ha sido condenada por ello. Esta condena precedente y la denuncia de la hija mayor y las consideraciones desfavorables que hace el informe pericial a la hora de comentar el modelo educacional que sigue la madre y su incidencia negativa que el hijo tiene sobre ella, concuerdan con los reproches que el menor dirige a su madre y en las dudas que la personalidad materna nos traslada y en su incidencia negativa sobre el menor y en su grado de autoestima.

Somos conscientes de que el informe psicosocial se inclina por mantener la custodia materna, pero dicha conclusión se basa, no en la falta de capacidad del padre para tener la custodia del hijo ni en una mayor idoneidad de la madre, pues la perito forense no ha apreciado en él, ni tampoco en la madre, al realizar las pruebas psicométricas valores ni variables anormales que desaconsejen en alguno de ellos el ejercicio de la custodia o de la patria potestad o en la presencia en la madre de factores más positivos o rasgos de personalidad negativos en el padre que puedan afectar desfavorablemente al desarrollo del menor, sino en lo acordado por ambos padre en el convenio regulador suscrito en fecha 19 de junio de 2014, aprobado por sentencia de 22 de septiembre de ese año (procedimiento de modificación de medidas 582/14) al atribuir la custodia a la madre con un régimen de visitas al padre y con entregas a realizar través del Punto de Encuentro y porque ante el conflicto interpersonal existente entre los padres descarta acudir a un sistema de custodia compartida, dando a entender que esta sería el mejor sistema pero que esa situación de conflicto interparental lo impide.

Por dicho motivo entendió la perito forense que habría de ser mantenida la custodia de la madre, sobre todo porque apreció en el menor una actitud errática y equívoca, dirigida a agradar a cada progenitor, de manera que en función de con cuál de ellos hubiera estado conviviendo más recientemente manifestaba su deseo de custodia y que se movía en su decisión ante un conflicto de lealtades - actitud que esta Sala, ciertamente en una sola exploración, no constató ni se desprende de la exploración llevada a cabo un año antes -, recomendado por ello que se trabaje en intentar solucionar, por ser prioritario, el grave conflicto personal existente entre los progenitores y su falta comunicación a través del abordaje de un proceso de mediación y de terapia, así como en que la madre y la hija, por el bien de la familia, deberían de retomar su relación y vinculación, incidiendo en la necesidad de que en el proceso familiar se siguiera una mediación y que el menor recibiera ayuda psicológica por los servicios sociales a fin de tratar sus carencias emocionales.

Nosotros formamos convicción de que aunque es verdad que existen aspectos que cuestionan la atribución de la guardia y custodia al padre en favor de la madre, pues este ha tenido problemas para llevar a cabo el intercambio con los hijos en el punto de encuentro debido a compromisos laborales y viajes fuera de la Isla de Mallorca que por su trabajo se ha visto obligado a realizar y que seguramente seguirá teniendo visto lo informado por los técnicos del punto de encuentro (ver informe de diciembre pasado), de modo que el menor en esas ocasiones tendrá que quedare al cuidado de su hermana y de sus abuelos, y a su deseo de que la recogida del menor la pudieran verificar en su lugar sus abuelos o su hermana, precisamente motivado por estas ausencias, pero no porque el padre no quiera o no pueda tener la custodia de su hijo y es la madre la que se ha implicado más en las dificultades educativas del menor al mantener reuniones con su tutora y educadores y ayudar al menor en sus tareas, mientras que cuando el menor asiste al colegio después de estar con su padre lo hace cansado, desconcentrado y sin haber concluidos sus tareas, sin embargo y aunque está en estudio si los malos resultados académicos de menor responden a un problema emocional por el conflicto entre sus padres o falta de capacidad; nos preocupa especialmente el aspecto emocional de menor, la tristeza que emana y trasmite y observan sus educadores, su resultados académicos negativos, así como sus quejas al respecto del carácter estricto de su madre hacia él, llegando a referir que ella le ha estriado del pelo y que a veces le grita y le trata mal, que podrían desembocar en un futuro en un conflicto con su madre como el que llevó a su hermana a abandonar el domicilio en el 2018, lo que puede influir negativamente en el desarrollo de su personalidad, pues de facto la perito judicial destaca que el menor percibe la actitud educadora de su madre como de menosprecio y maltrato, lo que conduce al distanciamiento del menor, más aún cuando se halla en puertas de la adolescencia, aunque la madre actúe así con buenas intenciones y preocupada por el bienestar del menor y por solucionar sus malos resultados académicos, y por eso creemos que debe darse al menor la oportunidad de que, como desea, conviva con su padre y su hermana, con la que se halla muy unido, y porque

consideramos que los beneficios del menor de convivir con su hermana y con su padre son mayores que el de hacerlo solo con la madre o al menos no le va a perjudicar más, sin que la convivencia con el padre se perciba como negativa.

Las mismas quejas que vierte la hermana del menor Dolores, en cuanto al carácter de la madre y conductas de maltrato, inciden en que un cambio de custodia del hijo a favor del padre puede ser bueno para el menor y para que su estado emocional mejore o al menos ello debe ser explorado por el bien del Jacinto.

En atención a que la voluntad manifestada por el menor se sustenta no en un capricho, sino en su deseo reiterado y expresado de convivir con su hermana, que se ha marchado a vivir con el padre por desavenencias con la madre, en que sus demandas se apoyan en las quejas que el menor vierte respecto al carácter de su madre y a su modelo educativo, así como en acciones de maltrato, aunque se hayan producido en el pasado, que apuntan a una personalidad estricta de la progenitora custodia, si bien recientemente la madre habría advertido al menor que si se va a vivir con el padre no volviera a su casa, en coincidencia con el contenido del informe pericial y teniendo en cuenta que éste no expresa inidoneidad del padre para ostentar la custodia del hijo, sino que se limita a señalar que ha de mantenerse la custodia materna porque así se convino entre las partes en un anterior convenio regulador, suscrito hace casi ocho años, y porque el sistema de custodia compartida se presenta inviable, considerando que lo relevante para el interés de menor es resolver el conflicto que hay entra ambos progenitores, si bien este no depende de él; nos llevan a concluir que el beneficio e interés del menor pasa por un cambio de custodia a favor del padre con el objeto de que ambos hermanos puedan convivir juntos y verificar de este modo si el cambio en la custodia permite a menor solucionar sus problemas emocionales y de tristeza.

No es que la Sala al formar convicción de que procede un cambio de custodia haya prescindido del resultado de la prueba pericial, sino que hemos sometido sus conclusiones, más dirigidas a descartar una custodia compartida que ninguno de los progenitores quiere, ni tampoco el menor, basadas en mantener el régimen de custodia acordado en el año 2014, esto es, cuando el menor contaba con 4 años de edad y cuando han transcurrido entre entonces y ahora casi ocho años, al resultado de otras probanzas, tales como las manifestaciones realizadas por el menor y por su hermana y al deseo manifestado por ambos de convivir juntos y a las propias consideraciones que hace el perito judicial al tratar el modelo educativo de la madre y la incidencia emocional negativa que dicho modelo provoca en el menor, que nos llevan a discrepar de dicho informe, pues si bien los informes periciales han de ser tomados en consideración a la hora de determinar cual es el beneficio del menor, la valoración que de los mismos ha de hacerse es semejante al de cualquier otro dictamen de peritos, sometido a la crítica jurídica del tribunal y por tanto evaluable conforme a las reglas de la sana crítica.

Creemos que hemos justificado suficientemente las razones por las que convenimos apartarnos de la conclusión pericial al decidir modificar el cambio de custodia.

La defensa de la madre insiste en que el padre no reside en la Isla. Ello no es cierto. Se ausenta en ocasiones por motivos laborales - trabaja en una empresa que se dedica a realizar trabajos de pintura en embarcaciones de recreo -, tal y como pone de manifiesto el Punto de Encuentro y precisamente por eso motivo en determinadas ocasiones no ha podido cumplir el régimen de visitas. De ello en absoluto se deduce que el padre no quiera la custodia del menor, ni tampoco que el incumplimiento sea grave o reiterado pues en tal caso la parte apelada hubiera solicitado la ejecución forzosa del régimen de visitas, a no ser, claro esta, que la parte apelada en realidad no esté interesada en las visitas y en salvaguardar el interés del menor para relacionarse con su padre y hermana, sino en poner de manifiesto los traslados del padre por motivos de trabajo para cuestionar la custodia que éste reclama del hijo.

Comprendemos que la madre pueda estar preocupada por la desatención en que pueda quedar el hijo en esas ocasiones de ausencia, pero Jacinto tiene 13 años de edad y el padre cuenta con el apoyo de los abuelos del menor y este dispone de la ayuda de su hermana Dolores que reside en la vivienda del padre y estudia en la universidad.

Ya hemos dicho que el modelo educativo de la madre con excesiva imposición de normas y reglas y de control no ha dado resultados positivos, a pesar de que ella aduce la nula implicación del padre en los problemas educativos del menor -si bien este justifica el no acudir a las reuniones con los educadores para no coincidir con la ex pareja, aunque nada le impide hacerlo por separado y confía en que esta problemática quedará solucionada con el cambio de sistema de guarda- y no creemos que el cambio de custodia pueda representar en este aspecto un mayor perjuicio para el menor.

Las consideraciones expuestas nos han de conducir a la estimación del recurso estudiado y a concluir que procede modificar el sistema de guardia y custodia del menor Jacinto para atribuirlo al padre recurrente.

Régimen de visitas con los abuelos

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

Con base en los cambios de domicilio de la madre (actualmente reside en San Sebastián), se acuerda fijar a favor de los abuelos paternos (que residen en Palma de Mallorca, al igual que los abuelos maternos) un régimen de visitas consistente en el segundo fin de semana de cada mes, desde el viernes por la tarde al domingo por la tarde, viajando el menor a Palma y desarrollándose las pernoctas en el domicilio de los abuelos paternos; así como una quincena del periodo vacacional de Verano (bien en julio, bien en agosto), comunicando los demandantes la quincena elegida a la progenitora custodia con un mes de antelación, viajando también la menor a Palma, desarrollándose las pernoctas en el domicilio de los abuelos paternos, y debiendo en ambos supuestos, las partes, actores y demandada, sufragar el coste del traslado del menor por mitades partes. Igualmente se acuerdan videollamadas.

No está en el presente caso en discusión el régimen de visitas que los abuelos paternos deben tener con su nieto Juan Francisco. La cuestión controvertida es cómo materializarlas al existir un inconveniente de notable dificultad, ya que la madre se trasladó permanentemente con el niño a Murcia, ciudad en la que residían junto con la pareja de la apelada, hasta que se han trasladado a San Sebastián, según expone la representación procesal de la Sra. Leonor en escrito presentado a este Tribunal, de fecha 21 de octubre de 2.021.

No obstante este último traslado de residencia de la madre con el niño, al que más adelante haremos mención, destacaremos ahora las apreciaciones del juzgador cuando analiza el contacto que han tenido los actores con su nieto en Mallorca, debiéndose destacar la tranquilidad en que se han desarrollado las escasas visitas que han efectuado con su nieto Juan Francisco, especialmente cuando acudió a verles con motivo de su cuarto cumpleaños. Ello pone de manifiesto que esta relación, aunque no haya sido prolija, muestra normalidad y, desde luego, no hay prueba en autos para considerar que los abuelos paternos se hayan desentendido de su nieto o que no tengan interés en relacionarse con él.

Nos parece igualmente significativo el contenido del escrito de fecha 9 de diciembre de 2.020 de la representación procesal de los actores, en el que dan cuenta de los hechos nuevos acontecidos desde la primera vista judicial, que tuvo lugar el 11 de febrero del mismo año y en el que detallan las visitas de que han disfrutado con su nieto, incluso algunas con pernocta y en el domicilio de los apelados, así como los pagos que han venido efectuando a la Sra. Leonor para la manutención de Juan Francisco, reconocidos por ella misma, aunque también manifiestan que dejaron de hacerlo, y resaltamos también la sentencia absolutoria -por retirada de las denuncias existentes- nº 104/2.020, de 7 de septiembre, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma de Mallorca. Comprobamos a través del reportaje fotográfico facilitado que Juan Francisco mantiene una buena relación con sus abuelos paternos, viéndosele contento y relajado.

Otro elemento para tener en consideración es el traslado de la Sra. Leonor a Murcia junto con su hijo Juan Francisco, donde residían en la vivienda de su actual pareja, tal como expone en su escrito de fecha 16 de febrero de 2.021. Todo ello en un contexto caracterizado por una difícil relación en-

tre los litigantes que incrementa la dificultad para acordar lo más conveniente para Juan Francisco. Como ya hemos dicho, la Sra. Leonor se ha trasladado con su hijo y actual pareja a San Sebastián, pero no se justifica de forma específica la razón de ese traslado, pues tan solo se efectúa una mención genérica a motivos laborales de la pareja de la Sra. Leonor. Sin embargo, este último traslado, como a continuación expondremos, no altera nuestra decisión de desestimar el recurso de apelación.

En efecto, el contenido del escrito de recurso está lejos de mostrar un error del juzgador en la valoración de la prueba; más bien la recurrente pretende imponer su propia valoración de los elementos probatorios.

El juez de primera instancia explica perfectamente las razones por las que decide que sea Juan Francisco quien viaje a Palma de Mallorca en lugar de sus abuelos paternos a Murcia, criterio que compartimos. Se trata además de una decisión avalada por la psicóloga forense y en línea con lo solicitado por el Ministerio Fiscal.

En relación con los interrogantes que se hace la apelante en el escrito de recurso, diremos que resulta cuando menos exagerado calificar de "largo viaje" el desplazamiento entre Palma de Mallorca y Murcia y aunque más engorroso, tampoco lo es entre Palma de Mallorca y San Sebastián. Juan Francisco conoce poco a sus abuelos paternos y precisamente se adopta el régimen de visitas con los mismos, desplazándose el niño a Mallorca, para fomentar esa relación y vínculo afectivo, que no dudamos favorecerá el adecuado desarrollo psicoemocional del menor, sin olvidar que la psicóloga forense, en la tercera conclusión de su dictamen que ratificó en juicio, indicó la necesidad de establecer visitas con los abuelos paternos dada la inexistente relación y ausencia de vínculo emocional con los mismos.

A diferencia de lo que manifiesta la recurrente, el desplazamiento del niño a Palma de Mallorca para visitas a sus abuelos paternos no resulta más gravoso para el niño y para su madre que el que lo hagan éstos a San Sebastián. No olvidemos que el traslado primero a Murcia y ahora a San Sebastián de la Sra. Leonor, se producen en ambos casos con base en unas manifestaciones que no han quedado acreditadas. Es decir, si bien es perfectamente libre la recurrente de vivir donde quiera, no consideramos que se haya visto obligada a dejar Mallorca por la actitud mostrada para con ella por los actores del litigio, sin olvidar que la familia de origen de D.ª Leonor reside en la isla. Tampoco ha probado que tenga ni en Murcia primero ni ahora en San Sebastián mejores condiciones para su trabajo.

Por estas razones, no podemos concluir que estos cambios de residencia de la recurrente con su hijo hayan sido producidos más que por una decisión libremente adoptada, no como consecuencia de un comportamiento de los Sres. Adrian - Nuria que le hayan abocado a ello, (no desde luego el último traslado) de manera que no pueden ser obligados los abuelos paternos a desplazarse a San Sebastián si quieren visitar a su nieto Juan Francisco.

Tampoco concordamos con la apelante cuando manifiesta en su recurso que las apreciaciones de la psicóloga interviniente en la vista celebrada no fueron valoradas de forma pericial, no pasando de ser meras impresiones subjetivas de la profesional cuando se le dijo que el niño había tenido visitas con sus abuelos paternos. Y es que la psicóloga declara con base en un informe ya realizado por ella y ante la existencia de unos hechos que desconocía; sin embargo, ubicar las visitas del menor con sus abuelos paternos en Mallorca supone para Juan Francisco situar la relación con sus abuelos paternos en el entorno familiar conocido para él que es la vivienda de éstos, pues allí ha desarrollado Juan Francisco esa relación.

Por último, evitar la interferencia en la vida cotidiana del menor en un contexto en el que la madre del mismo vive en San Sebastián y los abuelos paternos en Mallorca (como los maternos), supondría no dar lugar a esta relación, porque también en San Sebastián se produciría esa alteración, máxime si las visitas se realizaran en el Punto de Encuentro Familiar. Y no ha considerado la perito que tal interferencia perjudique a Juan Francisco cuando, conociendo que vivía el niño con su madre en Murcia, siguió recomendando las visitas en Mallorca, criterio que es perfectamente trasladable al momento actual de residencia en San Sebastián.

En definitiva, se trata, en interés del menor, de consolidar la relación de éste con sus abuelos paternos, pudiéndose considerar entorno seguro la vivienda de los abuelos con base en el dictamen pericial psicológico y las apreciaciones de la psicóloga en la vista y en las fotografías aportadas, en las que ya hemos dicho que vemos a Juan Francisco contento y relajado, lo que hace innecesario un régimen de visitas supervisado.

Es ciertamente incómodo el traslado, pero lo es para todas las partes en litigio. No conocemos los horarios de trabajo de la Sra. Leonor que quedarían afectados por la medida porque no los ha proporcionado, ni sabemos su situación económica al no existir tampoco prueba de la misma, de

manera que las alegaciones en este aspecto deben ser igualmente rechazadas. En este sentido, aunque resulte igualmente notorio que San Sebastián es una ciudad más cara que Murcia y que las conexiones de vuelos son más difíciles que con Murcia, la Sra. Leonor ha adoptado una nueva decisión de traslado, no justificada, en un contexto en el que la sentencia apelada se pretende ejecutar, y es muy libre de hacerlo, aunque debe pechar con las consecuencias que derivan de ello, sin tratar de trasladarlas a los abuelos paternos.

En lo que respecta a la extensión de las vacaciones de verano, recordaremos en primer lugar que nos hallamos en el ámbito de un régimen de visitas entre abuelos paternos y nietos, es decir, una cuestión de orden público, de modo que el juzgador no está vinculado por las peticiones de las partes.

El Ministerio Fiscal sí interesó, en beneficio del menor, las visitas en periodo vacacional veraniego, si bien el juzgador consideró más adecuado establecer una quincena seguida que los fines de semana instados por aquél. En cualquier caso, al trasladarle el recurso de apelación el Ministerio Fiscal ha instado la confirmación de la sentencia. Y la Sala también considera más conveniente para Juan Francisco, que en periodo vacacional estival pueda tener un tiempo que suponga una mayor consolidación del vínculo con sus abuelos paternos, que entendemos se conseguirá en mayor medida si ese tiempo es continuado.

Vivienda familiar

Modificación del pacto atribuyendo el uso "hasta que los hijos sean independientes económicamente"

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 2021

En el convenio regulador del divorcio se acordó la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa, a quien se había otorgado la guarda y custodia de los hijos, «hasta que los hijos sean independientes económicamente». La falta de determinación de límite temporal de la atribución una vez los hijos son mayores de edad determina la apreciación de la modificación sustancial de circunstancias que justifica la petición de la parte actora, y por tanto se fija un limite temporal de un año.

La parte demandante y apelante funda su petición en el cambio de criterio del Tribunal Supremo acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son mayores de edad.

Es doctrina fijada por el Tribunal Supremo desde la sentencia 5 de septiembre de 2011 y reiterada en sentencias de 30 de marzo y 14 de noviembre de 2012, 12 de febrero de 2014, 29 de mayo de 2015, 17 de marzo y 25 de octubre de 2016 que:

«... la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3 º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección...».

«...La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria

de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

En el convenio regulador del divorcio se acordó la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa, a quien se había otorgado la guarda y custodia de los hijos, «hasta que los hijos sean independientes económicamente». La falta de determinación de límite temporal de la atribución una vez los hijos son mayores de edad determina la apreciación de la modificación sustancial de circunstancias que justifica la petición de la parte actora. Es procedente fijar un límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar, para lo que se debe tener en cuenta cuál era la voluntad que se refleja en el convenio inicialmente aprobado entre las partes, de no poner a la atribución del uso de forma inmediata a la mayoría de edad de los hijos. Es por ello que se estima procedente acordar que la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre perdurará hasta transcurrido un año desde la fecha de esta resolución.

Pensión alimenticia

Gastos por universidad privada

AP PALENCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021

La elección de la universidad privada no es consecuencia de un designio libre de su hija sino del propio sistema de acceso a los estudios universitarios públicos en cuanto está restringido a una determinada nota de corte que, en el caso de la hija, no ha sido lograda, lo que le obliga a realizar sus estudios en la universidad privada salmantina, cuyo precio de matrícula tampoco es especialmente elevado para una institución y unos estudios como los que ha elegido la joven. En esta situación no parece lógico restringir su derecho a formarse en aquellos estudios de su elección cuando la alternativa buscada es la única posible dado que no ha podido acceder al sistema público; como tampoco es lógico entender que debiera hacerlo por medio del sistema a distancia de la UNED pues el complemento de formación personal que tiene la enseñanza presencial y la propia vida universitaria no puede negarse a quien todavía se está iniciando en la vida personal y social.

Por la representación de la demandante, D.ª Mercedes, se interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 12 de abril de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palencia que desestimó su demanda de modificación de medidas adoptadas en el anterior proceso de divorcio y referidas al importe de la pensión de alimentos debida a los hijos menores por el padre demandado.

En dicho recurso se insiste que se dan hechos objetivos que determinan la necesidad de una modificación de la cuantía de aquella pensión en lo referente a su hija mayor pues ha pasado a realizar estudios universitarios fuera de la localidad de su residencia con el consiguiente incremento del

gasto. En el recurso se ha reducido lo pretendido inicialmente para pasar a solicitar únicamente un incremento de la pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de la hija mayor, incremento que determinaría una cuantía de 498 euros mensuales que se considera proporcionada a los nuevos gastos que tiene que afrontar como consecuencia de los estudios universitarios iniciados.

Por su parte, el demandado, se opone a la pretensión contraria por entender no debidamente justificados los gastos ni su cuantía, careciendo, además, de recursos para hacer frente al incremento solicitado.

Tres cuestiones deben ser resueltas en el presente supuesto: primero, si estamos ante un gasto de naturaleza alimenticia; segundo, si teniendo ese carácter, debe ser considerado en el caso concreto como necesario o procedente por no existir alternativa válida en las circunstancias en que se produce; y, por último, de considerarlo necesario, la repercusión que su existencia ha de tener en la cuantía de la pensión de alimentos que el padre abona en favor de su hija alimentista.

Al tratarse de un alimentista mayor de edad la discusión que se plantea ya no puede ser entre la distinción de gastos ordinarios o extraordinarios, en los términos en que se recogen en el convenio regulador previsto inicialmente para cuando los hijos eran menores de edad, sino sobre la necesidad del gasto y la procedencia de su conceptuación como alimento en los términos del art. 142 CC.

La consideración del gasto educativo como alimento de obligado pago del alimentante, aunque el alimentista sea mayor de edad, no ofrece duda al concurrir las circunstancias que dispone el art. 142 CC: “los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”. Estamos ante una joven de 18 años que ha terminado el ciclo formativo propio de su edad y desea continuar estudios universitarios de Psicología.

La necesidad de ese gasto, desde el punto de vista del derecho a la educación de la joven Trinidad, hija de los litigantes, no ofrece duda en la medida en que se encuentra en la progresión lógica de sus estudios como proceso formativo personal y laboral.

La cuestión es si puede conceptuarse como alimento debido en atención a las características del centro de formación y del lugar en que se encuentra pues se trata de una universidad privada (... de DIRECCION001) con sede en la ciudad de Salamanca, lo que obliga, además, a los correspondientes gastos de residencia y desplazamiento.

Esa procedencia del gasto, dada la forma en que se produce, es cuestionada por la parte apelada en la medida en que supone un gasto muy superior al que se produciría de formarse en una universidad pública que, como en el caso de Valladolid, permitiese además continuar con la residencia en Palencia. En definitiva, lo que se discute no es el gasto mismo o su procedencia sino que se discute la alternativa elegida cuando existirían alternativas más económicas.

Ciertamente no le falta razón al demandado, hoy apelado, pero la realidad es que la elección de la universidad privada no es consecuencia de un designio libre de su hija sino que es consecuencia del propio sistema de acceso a los estudios universitarios públicos en cuanto está restringido a una determinada nota de corte que, en el caso de Trinidad, no ha sido lograda, lo que le obliga a realizar sus estudios en la universidad privada salmantina, cuya precio de matrícula tampoco es especialmente elevado para una institución y unos estudios como los que ha elegido la joven. En esta situación no parece lógico restringir su derecho a formarse en aquellos estudios de su elección cuando la alternativa buscada es la única posible dado que no ha podido acceder al sistema público; como tampoco es lógico entender que debiera hacerlo por medio del sistema a distancia de la UNED pues el complemento de formación personal que tiene la enseñanza presencial y la propia vida universitaria no puede negarse a quien todavía se está iniciando en la vida personal y social. Por todo ello consideramos que la necesidad y procedencia del gasto que supone la formación universitaria de Trinidad debe ser considerado como alimento, necesario y proporcional, a los efectos de la obligación del padre a contribuir a su pago.

La cuestión que queda es la cuantía de esa obligación. En este punto hemos de recordar que la cuantía de los alimentos ha de ser proporcional “al caudal o medios de quien los da y a la necesidad de quien los recibe” (art. 146 CC) y que cuando la obligación recaiga sobre dos o más personas “se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo” (art. 145 CC).

Pues bien, el padre demandado contribuye a las necesidades de Trinidad con una pensión de aproximadamente 210 euros mensuales, además de unos 40 euros mensuales en que cuantifica su

contribución a otros gastos escolares o asimilados.

Por su parte, la madre demandante reclama en esta instancia una pensión alimenticia por importe de 498 euros, entendiendo que esa cuantía permitiría establecer una línea proporcional entre la aportación de cada progenitor a los gastos que la hija precisa hacer para cubrir su estancia y educación en Salamanca y que cuantifica en 996 euros mensuales.

Dejando sentado que los nuevos gastos de Trinidad obligan a una elevación de la pensión que recibe de su padre dado el cambio de circunstancias que supone (y, por tanto, a la estimación del recurso), sin embargo, olvida la demandante que la proporción que establece no puede ser solo en función del importe del nuevo gasto sino también de la capacidad económica de cada obligado conforme al citado art. 145 CC y, en eso, hay diferencia pues frente a unos ingresos de 2.500 euros mensuales aproximados que percibe la declarante en catorce pagas salariales, el demandado ingresa una pensión de 1.633 euros en catorce pagas mensuales. Es verdad que ambos hacen frente a distintos gastos personales (el demandado, además, a los 210 euros al mes en concepto de pensión en favor del otro hijo y la demandante a préstamos personales y derivados de la liquidación de gananciales), pero, en todo caso, la contribución a los nuevos gastos no puede ser considerada en plano de igualdad para cada progenitor, como se hace en el recurso, sino en proporción a sus respectivos ingresos. Esto obliga a considerar que de los 996 euros presupuestados como nueva evaluación de los gastos mensuales a los que ha de hacer frente Trinidad, un 60% han de correr a cargo de la madre y un 40% a cargo del padre, o lo que es lo mismo, 597 euros a cargo de la madre y 399 euros a cargo del padre, cantidad que ya incluiría los 210 euros mensuales que estaba abonando como alimentos a favor de Trinidad pues en el cálculo que se efectúa en el escrito de recurso se incluye también la comida, ropa y demás gastos cotidianos que formaban parte hasta ahora de la pensión alimenticia que recibía la joven.

En definitiva, procede estimar parcialmente el recurso de apelación y establecer en 399 euros el importe de la pensión de alimentos que deberá satisfacer el demandado en favor de su hija desde la fecha de interposición de la demanda (art. 148 CC), debiendo descontarse, respecto de la fecha actual, los abonos que haya venido haciendo hasta la fecha conforme a la pensión que estaba vigente.

Pensión compensatoria

Extinción de la pensión a instancia de la acreedora

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2021

Se extingue la pensión compensatoria ante la renuncia de la esposa para poder optar a solicitar las pensiones y ayudas públicas que puedan corresponderle, dado que nunca llegó a percibirla. Esta renuncia no resulta contraria al orden público ni al interés general, resultando legítimo que pueda obtener la demandante las ayudas que puedan corresponderle en atención a su situación económica.

La parte demandante interpuso demanda de modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio dictada en fecha 11 de febrero de 2012. Interesa la extinción de la pensión compensatoria fijada a su favor.

El motivo de la renuncia es poder optar a solicitar las pensiones y ayudas públicas que puedan corresponderle sin que conste como ingreso una pensión compensatoria que nunca ha percibido.

La demanda ha sido desestimada en primera instancia al no haberse acreditado acerca del impago, dado que no ha demostrado haber intentado la ejecución de sentencia. Si nunca se le hubiera abonado estima que lo lógico hubiera sido que hu-

biera interesado la ejecución forzosa. Es por ello que aprecia que los motivos de la renuncia se revelan como defraudatorios de la normativa que regula la concesión de ayudas sociales y contrarias al orden público, con perjuicio para el interés general.

Frente a esta resolución ha interpuesto recurso de apelación la parte demandante, que alega error en la valoración de la prueba al considerar que, dado que la parte demandada no ha negado los hechos alegados en la demanda, debe considerarse probado que en la sentencia de divorcio se estableció una pensión compensatoria, que desde hace años la demandante no sabe donde vive el demandado y que nunca ha cobrado la pensión compensatoria.

Reitera el motivo de su petición, la imposibilidad de optar a ayudas que le corresponderían por su situación económica por figurar como perceptora de una pensión compensatoria que no cobra.

Dispone el artículo 6.2 del Código Civil que la renuncia a los derechos reconocidos por la ley tan solo será válida cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

La pensión compensatoria a la que se pretende renunciar fu acordada en sentencia dictada en fecha 11 de febrero de 2012. Al procedimiento de divorcio ya no acudió el demandado. En la sentencia ya se indica que el demandado continuaba con su actividad en Italia. Se entiende así la dificultad de la demandada para poder reclamar el cobro de la pensión compensatoria establecida a su favor. También se expresa en la sentencia la situación económica que tenía la demandante en el momento del divorcio, con unos ingresos limitados debido a las enfermedades que padece.

Las dificultades para el emplazamiento del demandado, que finalmente ha tenido que ser citado por edictos, muestran también la falta de relación de la demandante con él y los problemas que puede encontrarse para poder hacer efectiva la pensión compensatoria establecida en la sentencia.

Es por todo ello que considera este tribunal que la renuncia a la pensión compensatoria no resulta contraria al orden público ni al interés general, resultando legítimo que pueda obtener la demandante las ayudas que puedan corresponderle en atención a su situación económica.

El recurso debe ser estimado, revocada la sentencia dictada en primera instancia y dictarse nueva sentencia por la que, con estimación de la demanda, se declara la extinción de la pensión compensatoria establecida en favor de la demandante en la sentencia de divorcio dictada en fecha 11 de febrero de 2012.

Cuestiones procesales

Competencia internacional

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2021

La competencia internacional para conocer de un divorcio en el que la esposa e hija residen en Inglaterra y el esposo en España, es de los Juzgados y Tribunales de Inglaterra al aplicarse el Reglamento Europeo 2201/2003 conforme a lo que dispone el art. 67 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea.

El actor, demandado en el incidente de declinatoria por falta de competencia internacional formulado por su esposa residente junto con la hija menor común en Gran Bretaña, denuncia por medio del presente recurso de apelación el error en el que a su juicio habría incurrido el Juzgado al valorar la prueba obrante en la causa y concluir que fue en ese Estado, y no en el nuestro, en el que radicó el último domicilio común del matrimonio.

Revisadas las actuaciones conforme al art. 456.1 LECivil el recurso ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª.- La normativa aplicable para la determinación de la competencia judicial en un supuesto como el presente, divorcio con medidas atinentes a un menor, en el que existen elementos de extranjería y en el que la litispendencia se inició el 11 de marzo de 2.020, no es objeto de controversia por las partes.

El ACUERDO sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Bruselas y Londres el día 24 de enero de 2.020 -publicado el 31 de enero de 2.020 en el diario oficial de la Unión Europea y en vigor a partir del 1/2/20-, prevé un período transitorio -con posibilidad de prórroga- hasta el 31 de diciembre de 2.020 (arts. 126 y 132).

El TÍTULO VI del referido ACUERDO se dedica a la COOPERACIÓN JUDICIAL EN CURSO EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL y en su art. 67 leemos lo siguiente: "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación conexa entre las autoridades centrales. 1.- En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 del Reglamento (UE) n.o 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (73), el artículo 19 del Reglamento (CE) n.o 2201/2003 o los artículos 12 y 13 del Reglamento (CE) n.o 4/2009 del Consejo (74), se aplicarán los actos o disposiciones siguientes: (...) c) las disposiciones en materia de competencia judicial del Reglamento (CE) nº 2201/2003 ".

En definitiva, durante el período transitorio en el que se plantea el litigio, se tomará en consideración el REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. A esta norma, conocida como Reglamento Bruselas II bis, nos referiremos a lo largo de esta resolución.

2ª.- Partiendo de esta normativa, tal como anticipamos, la decisión del Juzgado de declinar el conocimiento del asunto por falta de competencia internacional resulta a nuestro juicio acertada:

2.1.- Conforme al art. 3.1.a) del Reglamento la competencia para el conocimiento del divorcio corresponde a los tribunales en cuyo territorio radicara la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí. Frente a la tesis del apelante según la cual ese lugar sería L' DIRECCION000, negando tajantemente que hubiera fijado en Inglaterra su residencia habitual, la Sala constata que aunque pudiera mantener su domicilio en España como lo demostrarían los documentos que aporta en la declinatoria, lo cierto es que los indicios de que residió en Reino Unido junto con su esposa e hija son muy sólidos.

La demandante incidental no solo aportó la primera hoja de un contrato arrendaticio sobre un inmueble situado en DIRECCION002 (Inglaterra) firmado el 25/5/19 por ella en el ejercicio de la potestad doméstica incluyendo a su marido como inquilino (folio 45), sino que trajo a la causa otros instrumentos referidos a éste y de gran trascendencia para la vida diaria de un extranjero en Reino Unido: permiso de residencia (folios 46/47), número de afiliación al sistema público de salud (folio 48) y apertura de cuenta bancaria en una entidad inglesa (folio 49).

Destacar además que en relación a estas dos entidades, servicio de salud, y banco, el Sr. Victoriano facilitó como su domicilio precisamente el referido inmueble en DIRECCION002, lo que nos permite inferir que hasta su definitiva vuelta a España residió en él a lo largo del año 2.019 junto con su esposa e hija que permanecen ahí.

La documentación aportada por el apelante y consistente en contrato de arrendamiento junto a la Sra. Coro con la que convivió junto al hijo común, Imanol solo evidencian dicha convivencia en julio de 2017 pero no acredita la residencia del demandante en España en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda. Los consumos energéticos correspondientes a mayo de 2020 hacen referencia al inmueble en el que reside la Sra. Coro y el vínculo existente entre ambos puede justificar la posesión de tales documentos por el Sr. Victoriano, de la misma forma que la declaración de IRPF conjunta respecto del ejercicio 2019 no desvirtúa los documentos antes aludidos en los que evidenciaba su voluntad de residir en el Reino Unido.

Por todo ello, considerándose que el último lugar de la residencia habitual de los cónyuges fue el Reino Unido, lugar en el que todavía permanece la demandada y que no queda acreditado que el apelante, demandante en el divorcio, residiera en España en los seis meses anteriores a la presentación de la demanda, la aplicación del art 3 del re-

glamento (CE) 2201/2003 determina la competencia de los tribunales ingleses para el conocimiento de la pretensión de divorcio ejercitada.

2.2.- Y en relación a la responsabilidad parental, el art. 2.7 de la norma de continua referencia la define como: "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita". Estos efectos, custodia y régimen de visitas, son postulados por el Sr. Victoriano en su demanda de divorcio y sobre los que por tanto se deberá pronunciar el Tribunal que conozca del mismo (art. 1.1.b y 1.2.a).

El artº 8.1 del reglamento establece que los órganos jurisdiccionales de un estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

Admite el actor en su demanda (folio 13), que la hija común del matrimonio, Sonsoles es menor de edad -nació el NUM000 /15- y marchó de España con su madre para fijar su residencia en Inglaterra (hecho 4º.II de la demanda). A la vista del documento al folio 45, consistente en el contrato locaticio de la vivienda de la Sra. Mariola en ese lugar, podemos afirmar que el cambio de residencia se produjo, cuando menos, en el mes de mayo de 2.019 teniendo entrada la demanda en el siguiente año 2.020.

Por tanto, también son competentes los tribunales ingleses para conocer de la pretensión dirigida a la regulación de la responsabilidad parental de la hija común de los litigantes.

2.3.- En último lugar y respecto a la obligación de alimentos, el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos establece

En su artículo 3:

Disposiciones generales

Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros:

a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o

b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o

c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o

d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

Por tanto, habiéndose declarado la competencia de los Tribunales del Reino Unido para conocer de la acción de responsabilidad parental, de conformidad con lo dispuesto en el artº 3 d) del reglamento 4/2009, procede igualmente declarar la competencia de los mismos para conocer de la acción respecto de los alimentos de la menor.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Acuerdos para reducir la cuantía de la pensión

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 9 DE JULIO DE 2021

No puede identificarse un acuerdo temporal sobre inexigibilidad de las sumas recogidas en la sentencia con una modificación definitiva del importe, que es lo alegado por el ejecutado. De la documentación se desprende que ambos cruzaron comunicaciones en las que, por un lado, se hacía saber su mala situación económica, y, por el otro, a la vista de ello, se asumía una rebaja de la suma a pagar, pero sin que en ningún caso constase de manera clara, terminante y expresa que se produciría de forma definitiva, ni que se pactase con carácter definitivo el nuevo importe de la pensión alimenticia.

Validez del acuerdo entre las partes sobre la modificación del importe de la pensión de alimentos. El primer motivo del recurso se centró en el pronunciamiento del auto relativo a la validez del acuerdo alcanzado entre las partes sobre la rebaja a la suma de 1000 euros del importe de la pensión alimenticia.

Al respecto el auto apelado argumentó que el supuesto acuerdo, no reconocido de contrario, en virtud del cual se había rebajado la pensión a la suma de 1000 euros, y que se abonarían en doce mensualidades, y no en catorce, carecería de validez en cuanto que sería contrario a los intereses de los alimentistas.

Lo primero que debe destacarse es que no puede identificarse un acuerdo temporal sobre inexigibilidad de las sumas recogidas en la sentencia con una modificación definitiva del importe, que es lo alegado por el ejecutado. De la documentación se desprende que ambos cruzaron comunicaciones en las que, por un lado, se hacía saber su mala situación económica, y, por el otro, a la vista de ello, se asumía una rebaja de la suma a pagar, pero sin que en ningún caso constase de manera clara, terminante y expresa que se produciría de forma definitiva, ni que se pactase con carácter definitivo el nuevo importe de la pensión alimenticia. En todo caso, como bien señala el auto impugnado, la validez de la modificación del importe de la pensión, en tanto en cuanto están afectados intereses de menores, hubiera precisado de la intervención del Ministerio Fiscal y de la pertinente resolución judicial aprobatoria del pacto alcanzado entre ellos.

La jurisprudencia invocada por ambas partes en sentido opuesto es clara en el sentido de otorgar la eficacia y validez de un contrato vinculante entre las partes al acuerdo no aprobado judicialmente, pero ineficaz en aquellos aspectos relativos a las pensiones alimenticias de los menores al precisar de la intervención del Ministerio Fiscal y la pertinente resolución judicial. En efecto, el T. Supremo, en sentencia de 22 de abril de 1997, ya señalaba que a estos efectos es esencial determinar cuál es la naturaleza jurídica del convenio regulador, cuando no ha obtenido la aprobación judicial. “En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como conditio iuris, determinante de su eficacia jurídica”.

En consecuencia, no puede desplegar efectos en este proceso ese supuesto acuerdo, tampoco asumido de contrario, por lo que se desestima este motivo de recurso.

No hay incumplimiento de las comunicaciones

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2021

Se estima la oposición a la ejecución y se acuerda el archivo del procedimiento dado que la sentencia no establecía un sistema de comunicaciones telefónicas o audiovisuales, por lo que mal podía incumplirse el mismo por el padre. La madre tiene una actitud sobreprotectora con los hijos y evidencia una desconfianza al cuidado que pueda ejercer el padre, aunque para alcanzar esa conclusión materna no hay base ninguna. Probablemente si la madre trabajara la confianza y el respeto hacia el rol paterno no existiría la problemática que plantea, porque se está ejerciendo un sistema de guarda compartida y por lo tanto, deben respetarse los espacios de ambos progenitores para que los hijos puedan llegar a asumir, con normalidad, que ahora tienen dos núcleos familiares y en los dos pueden desarrollar la seguridad y confianza necesaria para su equilibrado desarrollo psicoemocional.

El 23 de junio de 2020 la Sra. Mariana solicitó la ejecución forzosa de la sentencia de divorcio de 21 de enero de 2020, dado que el padre no estaba facilitando el acceso a las comunicaciones telefónicas o por videollamada entre madre e hijos, cuando los tenía consigo, infringiendo el acuerdo de los Jueces de Familia de Barcelona en relación con el estado de alarma.

El Sr. León se opuso a que se despachara ejecución por cuanto la sentencia de divorcio no contenía un mandato de comunicación en horarios concretos.

Se despachó ejecución por auto de 28 de septiembre de 2020 requiriendo al Sr. Leon para que cumpliera con el régimen de visitas, a lo que se opuso éste porque a) ejerce junto con la madre la guarda compartida, b) desde que se dictó sentencia se ha cumplido el sistema de convivencia; c) la madre interfiere y mantiene una actitud obsesiva llamándole hasta 27 veces en un día.

Dicha oposición fue impugnada por la ejecutante y finalmente se dictó la resolución recurrida que estimaba totalmente la oposición formulada por el Sr. Leon.

Frente a esta resolución ha presentado recurso de apelación la ejecutante, reiterando sus alegaciones de demanda y se ha opuesto la parte contraria.

Los pronunciamientos de las sentencias de familia tratan de establecer un marco posible de cara a una organización de las relaciones de los miembros de la familia, especialmente las de los hijos, cuando los progenitores dejan de convivir, pero precisamente porque las familias son organizaciones dinámicas, y las personas se desarrollan y evolucionan, y suceden situaciones imprevisibles, dicho marco debe ser flexible para que pueda adaptarse a la vida en cambio de todos los interesados. Por ello mismo, las sentencias de familia que dibujan el marco dentro del que desarrollar la responsabilidad parental, no pueden ni deben describir y regular hasta el más mínimo detalle de las relaciones futuras, bastando con que incorporen los pronunciamientos sobre las instituciones básicas, las cuales ya incluyen determinados deberes y derechos a los que debe sujetarse la actividad de las partes para que la función parental pueda desarrollarse, con su finalidad propia.

La recurrente considera que existe una errónea valoración de la prueba y ello no resulta en absoluto del análisis realizado en esta alzada. Lo que se advierte es que la sentencia no establecía un sistema de comunicaciones telefónicas o audiovisuales, por lo que mal podía incumplirse el mismo por el padre; y que la madre tiene una actitud sobreprotectora con los hijos y evidencia una desconfianza al cuidado que pueda ejercer el padre, aunque para alcanzar esa conclusión materna no hay base ninguna. Probablemente si la Sra. Mariana trabajara la confianza y el respeto hacia el rol paterno no existiría la problemática que plantea, porque se está ejerciendo un sistema de guarda compartida y por lo tanto, deben respetarse los espacios de ambos progenitores para que los hijos puedan llegar a asumir, con normalidad, que ahora tienen dos núcleos familiares y en los dos pueden desarrollar

la seguridad y confianza necesaria para su equilibrado desarrollo psicoemocional.

Por otra parte durante el periodo de confinamiento por razón de la pandemia, los progenitores que hacen vidas separadas han sufrido de forma diversa las tensiones que ello ha propiciado y la falta de comunicación fluida con sus hijos, pero no cabe considerar, en este caso, que ello sea debido a una negativa cerril del otro progenitor. A ambos les era exigible cierta flexibilidad y sobre todo comprensión hacia la situación que se estaba viviendo y a la incapacidad de unos niños de cinco años de mantener la atención a una llamada y una correcta comunicación verbal, sin imagen o con imagen, si les interfiere la actividad que estuvieran realizando en ese momento.

De los documentos aportados no se evidencia que tras la sentencia de 21 de enero de 2020 se haya incumplido por el padre el régimen de estancias y convivencia y, como bien se dice en la resolución recurrida, sobran todas las referencias a situaciones anteriores a la sentencia pues no estaban reguladas. Y no podía incumplir un concreto sistema de comunicaciones porque no estaba establecido.

Finalmente, que se despache ejecución no equivale a que se haya constatado el incumplimiento que se alega en la demanda, sino únicamente que se concede cierta verosimilitud a lo alegado, verosimilitud que puede diluirse a la vista de las alegaciones de la parte contraria, como así ha ocurrido en este caso. En el presente caso la demanda de ejecución no determinaba acciones concretas después de sentencia y mezclaba acciones anteriores, cuando no existía regulación del sistema de guarda, con otras que hubieran sido debidas a virtud del auto de medidas provisionales previas, que quedó sin efecto y era necesario, a fin de otorgar una verdadera tutela efectiva, en fase de ejecución, poder someter la cuestión a contradicción, para lo que era necesario despachar ejecución.

En definitiva, como ya se deriva de lo dicho hasta ahora, la resolución de instancia responde con exquisita corrección a la situación constatada tras las alegaciones de las partes y la prueba documental existente, y no existiendo incumplimiento alguno por parte del Sr. Leon, sino un exceso de celo que revierte en una limitación del rol paterno y cierta “patrimonialización” de los hijos por parte de la madre, dicha resolución debe confirmarse.

Regímenes económicos matrimoniales

Obras con dinero ganancial en vivienda privativa

AP ZAMORA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021

No procede reconocer derecho de crédito de la sociedad de gananciales por obras de reparación del tejado y cambio de ventanas de una vivienda privativa que se utilizó por la familia, dado que se trata obras tendentes a corregir los desperfectos que el paso del tiempo y el tipo de materiales empleado en la construcción del inmueble provocan en el mismo, siendo por ello gastos de administración ordinaria a cargo de la sociedad de gananciales conforme a lo dispuesto en el art. 1362-3º CC, y no de mejora.

Es cierto, tal y como mantiene la parte apelante en su escrito de recurso, que el examen de lo actuado refleja que la parte actora D.ª Zaida, reclamaba en su demanda de división de herencia fuera incluida con carácter ganancial la vivienda sita en Peleas de Abajo, variando tal reclamación en los trámites posteriores únicamente en el sentido de que si bien, reconoce el carácter privativo de la vivienda, reclama el valor de lo construido obrante el matrimonio, tal y como resulta del visionado del acto de juicio, siendo el ahora apelante el que se refiere expresamente a los conceptos concedidos en la resolución recurrida, reparación de tejado y cambio de ventanas, motivo por el que a pesar de lo alegado por la parte apelante es necesario entrar a resolver sobre dichos extremos.

Pues bien, respecto a los mismos no se va a compartir la decisión adoptada por el Juez a quo, pues esta Sala entiende que dichos gastos no pueden calificarse de mejoras en el sentido de suponer un incremento del valor del inmueble en sí mismo, pues dichas obras de reparación del tejado y cambio de ventanas se entienden de carácter necesario para la conservación y mantenimiento en condiciones esenciales de habitabilidad del inmueble, toda vez que en otro caso y de no proceder al arreglo y sustitución del tejado en caso de goteras y filtraciones por agua de lluvia, e igualmente, a la sustitución y cambio de las ventanas antiguas por otras que cumplan las necesidades de habitabilidad de la vivienda que constituía el domicilio familiar, podría comportar la ruina del inmueble dada la antigüedad del mismo. Se trata de obras tendentes a corregir los desperfectos que el paso del tiempo y el tipo de materiales empleado en la construcción del inmueble provocan en el mismo, y por ello de obras necesarias para la conservación y la habitabilidad del inmueble dado el carácter esencial de dichos elementos constructivos, siendo por ello gastos de administración ordinaria a cargo de la sociedad de gananciales conforme a lo dispuesto en el art. 1362-3º C.C., y por lo tanto, no procede incluir en el activo el importe de dichas obras como mejoras de la vivienda, al no poder otorgarles la naturaleza de obras de mejora.

Se estima en este sentido el recurso interpuesto excluyendo del activo de la sociedad de gananciales dicho concepto.

Nulidad de cesión del uso y disfrute en un contrato de compraventa en favor de los vendedores

AP LEÓN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2021

Dado que tras la venta el inmueble pasaba a ser propiedad de la sociedad de gananciales, se declara la nulidad de una de las cláusulas de la compraventa en la que se cedía el uso y disfrute del inmueble en favor de los vendedores, dado que tratándose de una cesión gratuita, era necesario el consentimiento expreso o tácito de ambos cónyuges.

Resumen y cuestiones litigiosas planteadas en la alzada.

Se ejercita en el escrito de demanda una acción de nulidad de la cláusula sexta del contrato de compraventa de fecha 29 de diciembre de 2014, de cesión gratuita de uso y disfrute del bien inmueble objeto de venta, por falta de consentimiento del cónyuge adquirente y cedente del uso vitalicio.

La sentencia de instancia estima sustancialmente la acción de nulidad ejercitada por falta de consentimiento en la cesión gratuita del uso del bien inmueble.

La parte demandada recurrente solicita que se revoquen los pronunciamientos de la sentencia de instancia y se desestime la demanda. Alega la existencia de consentimiento tácito de la demandante que conocía el contenido de la escritura pública de compraventa con reserva de dominio, la anulabilidad del negocio que admite convalidación por el transcurso del tiempo, que la nulidad en su caso afectaría al negocio jurídico en conjunto y no solamente a una de las cláusulas de la compraventa y el error en la calificación jurídica de la cesión de uso que no es un usufructo vitalicio y que implica un acto de mera administración, con las consecuencias inherentes a dicha calificación. Finalmente considera que no existe una estimación total de la demanda, con el resultado que implica en cuanto a la imposición de Costas.

Compraventa y negocio jurídico de Cesión de uso.

La acción ejercitada en la demanda tiene su fundamento en la existencia de dos negocios jurídicos diferenciados en la escritura Notarial de Compraventa: por una parte, la compraventa y, por otra, el usufructo vitalicio gratuito (cesión de uso y disfrute). En la demanda se pide únicamente la nulidad de la cesión de uso. La decisión sobre la cuestión controvertida exige en primer lugar concretar si el negocio jurídico de cesión puede separarse de la compraventa pues además este pronunciamiento implicará la calificación de la cesión como negocio gratuito u oneroso si está vinculado a la compraventa.

Es decir, la calificación jurídica del negocio jurídico en discusión (cesión de uso) y fundamentalmente su carácter oneroso o gratuito depende de la interpretación conjunta del contrato y de la vinculación de la cláusula sexta cuya nulidad se solicita con el negocio jurídico de compraventa. Si se trata de dos negocios jurídicos independientes podrá declararse la nulidad de la cesión, pero si el negocio es unívoco la petición de nulidad debería abarcar el conjunto negocial, incluyendo la compraventa.

En el escrito de contestación los cesionarios afirman que el acuerdo de venta estaba condicionado a la cesión de uso de la vivienda a su favor. La cláusula Sexta establece lo siguiente: “CESION DE USO Y DISFRUTE: Don Hilario consiente desde esta fecha que el uso y disfrute de la finca que ha adquirido sea para los esposos D.ª Santiaga y DON Gervasio, ahora con carácter simultaneo y al fallecimiento de cualquiera de ellos por el que sobreviva, sin contraprestación alguna. Los cesionarios aceptan la cesión agradecidos”.

La valoración conjunta de las pruebas practicadas impone la distinción de la cesión respecto del negocio jurídico de compraventa. En primer lugar, los vendedores no son todos los que resultan beneficiados con la cesión de uso, únicamente una de las herederas vendedoras que tiene una participación de una cuarta parte en el inmueble. En segundo lugar, no se alega ni existe prueba de ningún tipo que permita entender que la venta se encontraba condicionada a la cesión y que el precio de

la compra del inmueble ha sido inferior al precio de mercado. En tercer lugar, la declaración testifical de otra de las vendedoras D.ª Clara, heredera y hermana de la cesionaria, en la contestación a las preguntas que se le formulan afirma que no existió vinculación entre la venta y la cesión. Esta testigo declara que se trataba de la herencia de sus padres en la que se adjudicó una cuarta parte de la vivienda rural y vende su parte junto con su hermana. El comprador fue su sobrino Hilario y especifica que se ofreció la casa a otros miembros de la familia y que nadie se encontraba interesado, mientras el comprador ya usaba el inmueble con su familia y su hija pequeña y fue el único interesado en la adquisición. Concreta que no se puso ninguna condición para la venta del inmueble y que ni siquiera se enteró de la cesión gratuita del uso a favor de su hermana en el momento de firmar la escritura de venta como tampoco se enteraron el resto de los herederos que acudieron a firmar la escritura de venta. La casa se utilizaba no solo por los compradores sino también por el resto de la familia que acudían como invitados después de la venta y también hacían uso de la casa.

Todas las circunstancias antes descritas muestran la separación de los negocios jurídicos que se incluyen en una misma escritura pública de compraventa. Nada hace suponer que la venta estuvo condicionada a la cesión gratuita del uso, no existe ningún indicio de la vinculación negocial y los intervinientes en ambos negocios son distintos. No existe ninguna explicación que justifique la cesión solo a favor de una de las vendedoras que es titular de una cuarta parte de la propiedad. Nada explica la condición que se dice se impone a la venta y el resto de los herederos (al menos la testigo) desconocen que la propiedad se gravaba en el mismo acto. Partiendo de la diferenciación de la cesión de uso respecto de la venta, se analizará seguidamente su naturaleza onerosa o gratuita y los requisitos para su validez.

Calificación jurídica del negocio de Cesión. Usufructo vitalicio.

Considera la parte recurrente que la cesión es un mero acto de administración y no de disposición. En la escritura se establece una cesión del uso y disfrute de la finca recién adquirida para la sociedad de gananciales en beneficio de los codemandados con carácter simultaneo y al fallecimiento de cualquiera de ellos por el que sobreviva, sin contraprestación alguna.

La calificación jurídica adecuada a la cesión de uso efectuada en la escritura de compraventa es la de usufructo vitalicio por su propia naturaleza ya que el uso se establece con carácter vitalicio, sobre todo en un supuesto que se mantiene en el ámbito familiar.

Nulidad del Negocio Jurídico por falta de consentimiento del cónyuge. Acto a título gratuito.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que son nulos los actos jurídicos de disposición a título gratuito sobre bienes comunes en los que falta el consentimiento. Como dice la STS de 22 de diciembre de 1992:

"Si bien es cierto que los actos dispositivos de bienes gananciales requieren el consentimiento de ambos cónyuges (arts. 1.375 y 1.377 del Código Civil), también lo es que la disposición a título oneroso de alguno de dichos bienes por uno sólo de los cónyuges (sea el marido o la mujer), sin concurrir el consentimiento del otro, no es un acto radicalmente nulo, sino meramente anulable, que puede ser anulado a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos, según establece el párrafo 1.° del art. 1.322 del Código Civil, por contraposición a los actos dispositivos a título gratuito, cuya nulidad radical o absoluta declaran expresamente el párrafo 2.º del citado precepto y el art. 1.378 del mismo Cuerpo legal, y como así lo tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 5 de mayo de 1986, 20 de febrero de 1988, 26 de junio de 1989, 7 de junio de 1990, 20 de junio y 25 de noviembre de 1991, entre otras)".

En este caso, se ha cedido el uso vitalicio del inmueble vendido y podría defenderse el carácter oneroso si la cesión estuviera vinculada con la venta. Pero como ya se analizaba en anteriores fundamentos jurídicos no existe ningún indicio de la vinculación contractual. La cesión del uso no consta que tenga un contenido económico ni está implícita en el precio de venta. En estas circunstancias y en la relación familiar existente entre el cedente y los cesionarios (sobrino y sus tíos) no puede aplicarse la presunción de onerosidad, sino que toda la prueba practicada indica que se trata de una cesión gratuita de uso. Por tanto, era necesario el consentimiento de la demandante pues la propiedad cedida se adquiría previamente para la sociedad de gananciales y con posterioridad, en el mismo acto, se cede el uso del inmueble a una de las vendedoras, tía del comprador, y a su marido.

Consentimiento tácito de la esposa del cedente.

Es cierto que la cesión de uso, como acto de disposición a título gratuito de un inmueble, en este caso de naturaleza ganancial, requiere para su va-

lidez el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, tal requisito, artículo 1375 Código Civil, no requiere que su concurrencia sea expresa, sino que dicho consentimiento "uxoris", también puede ser tácito y presunto, como reiteradamente afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 5 mayo 1986 y 31 diciembre 1987), y además puede ser anterior o posterior al negocio, e incluso puede ser inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo asimismo el silencio como revelador del consentimiento. Se añade por la jurisprudencia que cabe deducirlo también de la no oposición a los actos dispositivos constándole los mismos, de la ausencia de perjuicio o fraude en el actuar del cónyuge y de la inexistencia en su actuación de indicio alguno que permita afirmar su disentimiento (sentencias de 11 octubre 1990 y 20 junio 1991).

En el caso objeto de análisis en esta segunda instancia, cabe afirmar que no se aprecia ninguna conducta de la demandante que pueda interpretarse como de aceptación de la cesión de uso del inmueble en beneficio de los tíos del marido. No concurre consentimiento expreso y no se puede inferir un consentimiento tácito a la liberalidad de la cesión que debería resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad de la esposa del cedente.

Tampoco existe ningún acto posterior que permita deducir una voluntad inequívoca que implique la aceptación de la cesión gratuita de uso ni un comportamiento de la actora de apoyo a la liberalidad suscrita en el contrato por su marido. Ninguna de las actuaciones en las que la parte demandada fundamenta el consentimiento tácito (facilitar un número de cuenta para hacer transferencias de pagos de facturas pendientes, atrasos de luz y gastos de la vivienda) tiene la trascendencia jurídica requerida. En definitiva, el recurso debe ser desestimado.

Uniones de hecho

Desahucio por precario

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2021

Es procedente la acción de desahucio por precario interpuesta por una sociedad mercantil contra la demandada, aunque tuviese atribuido el uso judicialmente y aunque la empresa propietaria del inmueble pertenezca a la sociedad familiar de quien fue su pareja sentimental. No concurre la excepción de falta de listisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el hijo menor de edad.

En relación con la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al haberse concedido la representación y defensa únicamente a la demandada y no a su hija, las propias razones expuestas en la sentencia - Fundamento Primero-, que esta Sala comparte y da aquí por reproducidas, son suficientes para que no puedan tener acogida tal excepción procesal toda vez que si bien el auto dictado por el Juzgado de Familia en el procedimiento de Medidas Provisionales nº 81/2020 atribuye el uso y disfrute de la vivienda también a la hija de la demandada, sin embargo esta, además de progenitora y de tener atribuida la patria potestad, tiene también la guarda y custodia de la menor, de cinco años de edad en la actualidad -nació en NUM001 de 2016- por lo que actúa como representante legal de la misma de tal manera, como se dice en la sentencia, "que cuando actúa lo hace por ella misma y por la persona que tiene bajo su guarda y custodia, sin que lo que alegue o actúe pueda ser diferente a la que pudiera decir o actuar su hija menor de edad, que en ningún caso puede obrar por sí misma, sin que en el presente caso se estime la existencia de intereses contrapuestos entre ambas".

No desvirtúa esta argumentación las alegaciones de la demandada en el recurso, pues el hecho de que la patria potestad la tenga compartida con el padre, don Serafin, que es además socio y administrador de la sociedad propietaria del inmueble que ejercita la acción de desahucio por precario, no altera la patria potestad de la madre ni la representación legal de esta en la defensa de los derechos de la menor, que en este supuesto no entrarían en contradicción con los de la madre; sin olvidar, como acertadamente señala juzgador de instancia, que en el supuesto de desahucio en precario no es necesario dirigir la acción contra todos y cada uno de los miembros que componen la unidad familiar al ser la condición de precarista de los ocupantes lo que determina el lanzamiento de los mismos; en este sentido la STS de 13 de octubre de 2010 señala que "... en el presente caso, en el que se ejercita una acción de desahucio por precario, resulte innecesario demandar a todos y cada uno de los que habitan en la vivienda de forma más o menos estable, sino a quien se irroga la titularidad de la posesión, siendo las consecuencias de la sentencia en relación con los demás miembros de la familia un efecto reflejo...", lo que en definitiva nos lleva a desestimar también este motivo de impugnación.

En relación con los motivos de impugnación de la sentencia para justificar la inexistencia de la situación de precario, debemos recordar que la nueva regulación del juicio verbal de desahucio por precario en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, lo configura como un procedimiento que presenta todas las características del juicio declarativo, por lo que ha perdido en cierta medida el carácter sumario que tenía anteriormente, y esa esencia declarativa permite sin duda entrar en el conocimiento de todo lo relativo a la eficacia y naturaleza del título justificativo de la posesión del demandado, pero al mismo tiempo, el limitado ámbito de conocimiento que necesariamente impone el objeto del proceso y la causa de pedir inherente a la acción ejercitada constriñen la oposición y el consiguiente debate de fondo a la posible existencia de un título legítimo que ampare al demandado en su posesión. Sentado lo cual, es oportuno recordar en este momento brevemente los requisitos o presupuestos que la jurisprudencia exige para que la acción ejercitada en este procedimiento especial sea eficaz: a) por parte de la actora, la posesión real de la finca por cualquier título que le dé derecho a disfrutarla; b) y por la parte demandada, la condición de precarista; figura un tanto compleja, cuyos perfiles han sido delimitados por la doctrina en el sentido de considerarla como ocupación de un inmueble sin otro título que la mera tolerancia o condescendencia del dueño o de quien tenga derecho a poseer, con ausencia de pago de renta o merced, o de título alguno que justifique dicha posesión o que el mismo haya perdido su validez, por lo que el demandado en precario, para enervar la nación deducida contra él, deberá acreditar la existencia de un título del que resulte a primera vista, cuando menos, dudoso el derecho del actor para recuperarla.

Asimismo debemos recordar que la atribución del uso de la vivienda en el procedimiento del juzgado de familia, y lógicamente en los supuestos de medidas provisionales en un caso de parejas de hecho, no genera por sí misma un derecho originario, nuevo y que sea oponible "erga omnes", sino que, como decíamos en las sentencias de 27 de noviembre de 2008 y 18 de mayo de 2015, "frente a terceros extraños a dicho procedimiento sólo podrán oponerse facultades que ya se tenían previamente y que válidamente hayan de subsistir a la atribución judicial, que no hace sino concentrar en uno de los cónyuges los derechos que previamente ostentaban en el matrimonio y los que válidamente puedan subsistir a su ruptura", por lo que en una situación de precario la atribución judicial del uso del inmueble a los actuales ocupantes no puede enervar el derecho del propietario a recuperar su posesión. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 21 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1994.

Partiendo de estas consideraciones, no cuestionado que la actora sea "formalmente al menos" la propietaria del inmueble objeto del desahucio, y con ello su legitimación para el ejercicio de la acción y constatado en principio - "apariencia formal" - la existencia del contrato de arrendamiento concertado con don Serafin, socio de aquella e hijo de la administradora de la misma, D.ª Nicolasa, con fecha 1 de marzo de 2016, en los términos que constan en el documento 2 de los aportados por la demanda, en el que, entre otros extremos, figura una duración de un año, prorrogable por periodos anuales, y una renta de 450 euros, así como la extinción del mismo por expiración del término contractual una vez transcurrida la prórroga establecida, que concluyó el 1 de marzo de 2019, con la oportuna comunicación de no prorrogar el arrendamiento, como consta en los documentos aportados, y con ello, en principio, la existencia del derecho a poseer de la demandante y la consiguiente situación de precario de las ocupantes de la vivienda al haberse extinguido el título que justificaba su derecho a poseer, la cuestión a debatir se centra básicamente en determinar si referido contrato es ficticio y ha sido formalizado con la finalidad de constituir un título hábil para justificar una posesion no oponible a un tercero ajeno a la resolución judicial del juzgado

de familia en el que se atribuye el uso de la vivienda a la demandada, cuando el arrendatario es asimismo socio y administrador de la sociedad, como se alega por la demandada para justificar que esta no tiene el carácter de un verdadero tercero al que no pueda afectar la atribución de la vivienda a de la demandada y a su hija; que son las razones alegadas por la recurrente para justificar su oposición al desahucio.

En relación con lo alegado por la demandada conviene recordar que mientras no resulte efectivamente desvirtuada la existencia o causa de un contrato, debe prevalecer la naturaleza y contenido del contrato que aparece "en los documentos" cuya inexistencia o ineficacia se invoca, máxime cuando, como asimismo señala la jurisprudencia, los motivos que los contratantes hayan tenido al expresar su voluntad no afectan en principio a la causa principal del contrato; sin olvidar que la institución del "fraude" en derecho para impedir que una actuación con apariencia legal pueda ser eficazmente utilizada para efectuar actos contrarios a la realización de la justicia, y por tanto que prevalezcan las maniobras o estratagemas jurídicas tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por la ley, constituye un remedio "extraordinario" del que no deben hacer uso los tribunales más que en casos notorios (o patentes y manifiestos, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1964), pues no puede determinarse por meras presunciones, especialmente si se refiere a un negocio jurídico en principio válido y con causa cierta, al que asiste la presunción legal de su existencia y licitud que a su favor establece el artículo 1.277 del Código Civil.

Sobre esta cuestión debemos asimismo precisar que efectivamente, como se indica por la actora, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a los fines pretendidos por la demandada no fue alegada en el escrito de contestación a la demanda, y es reiterada la doctrina jurisprudencial (STS de 30 de enero de 2007, 18 de diciembre de 2014 o 3 de febrero de 2016, entre otras) que impide introducir en segunda instancia cuestiones nuevas - "pendente apellatione nihil innovetur" -, considerándose como tales las que pudieron ser aducidas y no lo fueron por las partes en sus escritos iniciales alegatorios (demanda, contestación, oposición), pues ello modifica extemporáneamente el objeto de la controversia generando indefensión al litigante adverso y vulnerando principios que rigen el proceso civil como son los de preclusión procesal (artículo 400 LEC), la prohibición de la "mutatio libelli" (artículo 412 LEC), así como los de contradicción e igualdad de las partes.

Aplicados estos criterios al caso que nos ocupa, aunque admitamos el debate de dicha alegación teniendo en cuenta que en la contestación a la demanda sí se alega por la demandada que referido contrato de arrendamiento ha sido sustituido por uno verbal tácito, con lo que parece cuestionar su vigencia, y en la fase de conclusiones de la Vista sí aludía a una simulación, la demandada no sólo no acredita con la rotundidad necesaria que se trate de un contrato ficticio o simulado a los fines de conseguir un desahucio o crear un título oponible a la atribución de la vivienda efectuada por el juzgado de familia, sino que por el contrario, a la " apariencia formal" de la existencia del contrato que se infiere del documento aportado, se añade que don Serafin ha abonado efectivamente las rentas desde la fecha del contrato -1 de marzo de 2016 -; que el arrendamiento se suscribió cuando existía una buena relación de este con la demandada, como se infiere de la convivencia entre ambos e incluso del hecho de tener una hija en común; que la sociedad tiene arrendadas otras viviendas, sin que desvirtúe su realidad el hecho de que fuese un contrato con una renta baja teniendo en cuenta que la vivienda pertenece a lo que pudiéramos llamar la "sociedad familiar" de don Serafin, de la que éste es administrador y socio, como admitió en el acto de la Vista, circunstancias que pueden justificar este carácter beneficioso del contrato, cuya existencia y validez, insistimos, no resulta desvirtuada de contrario, pues, como decíamos no puede basarse en meras presunciones sino en hechos patentes o manifiestos que aquí no se acreditan.

Acreditados estos extremos, es decir, la existencia del contrato de arrendamiento, la extinción del mismo por denegación de la prórroga y consiguiente expiración del término contractual, y con ello la inexistencia o extinción del título para amparar la posesión pretendida por la demandada, que no paga renta o merced alguna, y en consecuencia la situación de precario de acuerdo con los criterios que exponíamos, no desvirtúan los razonamientos de la sentencia el último de los motivos de impugnación relativo a la sustracción o robo del buró -fax enviado por la actora comunicando a la demandada la no renovación del contrato contenida en el documento 7 de los aportados con la demanda, pues no sólo no se acredita la efectiva sustracción del documento, sino que además, como razonablemente señala el juzgador de instancia, no tendría sentido que don Serafin sustrajese una comunicación de interés para la mercantil propietaria de la vivienda y por tanto para el mismo, como socio y administrador de aquella.

Los gastos extraordinarios que fijan en la Sentencia ¿tienen también efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la demanda?

Si los gastos extraordinarios han de considerarse gasto necesario para atender las necesidades de los hijos menores de edad, están implícitos en el concepto mismo de alimentos, y la reclamación de estos puede abarcar los que se hayan devengado desde la fecha de la interposición de la demanda, al ser de aplicación lo dispuesto en el art. 148 del CC. Si bien no es una cuestión que haya sido resuelta por el Tribunal Supremo, sí existe doctrina de las Audiencias Provinciales en este sentido, como son la AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de octubre de 2021 y AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 23 de septiembre de 2019.

XXIX EDICIÓN JORNADAS CENTRALES AEAFA

El reencuentro más esperado de la Abogacía de Familia

Las Jornadas Centrales de la AEAFA se consolidan como el mayor congreso mundial de juristas especializados en Derecho de Familia en lengua española

Destacó la enorme presencia de magistrados de Familia

La música del dúo Sool Funky Mode supuso una bocanada de aire fresco para el reencuentro de abogados, magistrados y fiscales tras dos años sin congresos presenciales

La Junta Directiva distinguió con el reconocimiento "*Amiga de la AEAFA*" a la Magistrada Carmen Delgado Echevarría

El Premio José Corrales recayó en la abogada María José Valverde Martínez por su artículo "*Acuerdos prematrimoniales: entre el Código Civil y el Tribunal Supremo*"

Las XXIX Jornadas Centrales de Derecho de Familia de la AEAFA celebradas los días 4 y 5 de marzo en el hotel Meliá Castilla fueron un rotundo éxito, tanto por la calidad de las ponencias como por el formato dinámico del congreso. Más de 520 juristas se dieron citan en este reencuentro, cifra que hubiera sido mayor de no ser por la restricción de aforo condicionada por la pandemia que obligó a establecer una lista de espera. Así, y tras dos años sin convención presencial por culpa de la pandemia, estas jornadas se consolidan como el mayor encuentro mundial de juristas especializados en Derecho de Familia en lengua española.

Como elemento novedoso, en 2022 los asistentes disfrutaron con una intervención inesperada: el dúo Sool Funky Mode, compuesto por la cantante Nieves Merino y el guitarrista Vicente Marín. Su música levantó de los asientos a los asistentes entre ponencia y ponencia.

Las jornadas, que contaron con una amplia representación de magistrados de Familia, arrancaron con la inauguración a cargo de la presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, Victoria Ortega, la directora General del Servicio Público de Justicia, Maria dels Àngels García Vidal, la vicepresidenta de la AEAFA, María Pérez Galván, y la Presidenta de la AEAFA, María Dolores Lozano.

A continuación, las intervenciones de los ponentes en la mañana del viernes fueron presentadas por María Dolores Lozano y el vocal de la AEAFA Ramon Quintano

MESA DEL SUPREMO. El contenido y la determinación del principio del interés del menor.

José Luis Seoane Spiegelberg
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Modera: Carmen López Rendo, tesorera de la AEAFA

En su intervención, Seoane hizo especial énfasis en el interés superior del menor como principio superior indeterminado que la doctrina ha venido relacionando "bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; o simplemente con la protección de sus derechos fundamentales" (SSTS 76/2015, de 17 de febrero; 416/2015, de 20 de julio; 170/2016, de 17 de marzo; 93/2018, de 20 de febrero y 705/2021, de 19 de octubre).

Asimismo, también repasó el interés superior del menor como principio de aplicación preferente. A modo de ejemplo, indicó que "el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ); 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004 , de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero FJ 7, 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6). De igual forma, la STS 438/2021, de 22 de junio".

El magistrado el Supremo apuntó que el interés superior del niño "obliga pues a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6 y 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6)".

MESA DEL SUPREMO: La protección de las personas con discapacidad

María Ángeles Parra Lucán

Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Modera: Óscar Martínez Miguel, vocal de la AEAFA.

La magistrada centró su intervención en la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Parra Lucán, en alusión a las medidas voluntarias de apoyo, recordó que habrá que estar "a lo dispuesto por la persona en previsión de su discapacidad (art. 255 Cc.: ámbito personal o patrimonial, alcance de las facultades, forma de ejercicio, etc.). Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias (art. 255.IV Cc.)".

En este sentido, incidió en que si existe una medida judicial de apoyo, "el juez habrá determinado en su resolución los actos para los que la persona requiera asistencia del curador o, excepcionalmente, su representación. Los párrafos 2 a 4 del art. 269 Cc. Establecen que la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249".

Asimismo, señaló que cuando el curador ejerza funciones representativas, el juez puede determinar que para determinados actos deberá solicitar autorización judicial, con el fin de comprobar la necesidad del acto, y el art. 287 Cc. incluye una enumeración de actos personales o patrimoniales que considera de mayor trascendencia y que siempre van a requerir autorización del juez, que deberá obtenerse en un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 61 ss. LJV). "Los contratos celebrados sin autorización judicial por los curadores con facultades de representación cuando fuera precisa podrán ser rescindidos siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos (art. 1291.1 Cc.)", dijo.

Reformas legales en guarda, estancias, comunicaciones y atribución del derecho de uso de la vivienda

Margarita Pérez-Salazar Resano*:* Magistrada del juzgado de Primera instancia 10 de Familia y Protección del menor en Pamplona.

Modera: María Pérez Galván, vicepresidenta de la AEA*FA*

La magistrada Margarita Pérez-Salazar hizo hincapié en las cuestiones más controvertidas de las reformas legales introducidas por la Ley Orgánica 8/2021 (protección integral a la infancia y la adolescencia) y la Ley 8/21 (apoyo a las personas con discapacidad). Fue especialmente crítica con los criterios a tener en cuenta en medidas de guarda y custodia y para mantener o suspender las visitas, estancias y comunicaciones.

"En primer lugar me preocupa la dificultad que tenemos para poder valorar cada caso. Lo cierto es que son las mismas que antes de la reforma. El texto legal no nos aporta nada respecto a la posibilidad de trabajar mejor los conflictos familiares. La opción legislativa ha sido la de imponer restricciones de una manera genérica en lugar de centrar el punto de mira en cómo mejorar la valoración de cada caso concreto. Mientras no contemos con medios suficientes y adecuados y mientras no tengamos profesionales especializados, tanto para fijar medidas de guarda y estancias como para suspenderlas, seguiremos resolviendo sin poder dar una respuesta a cada caso con las suficientes garantías. Existe una descoordinación legislativa, las unidades de valoración integral forense no están en todas partes y las posibilidades de control de las medidas a adoptar son pobres. A ello se une que no contamos con medios de apoyo en los Tribunales para poder gestionar mejor los conflictos familiares", dijo.

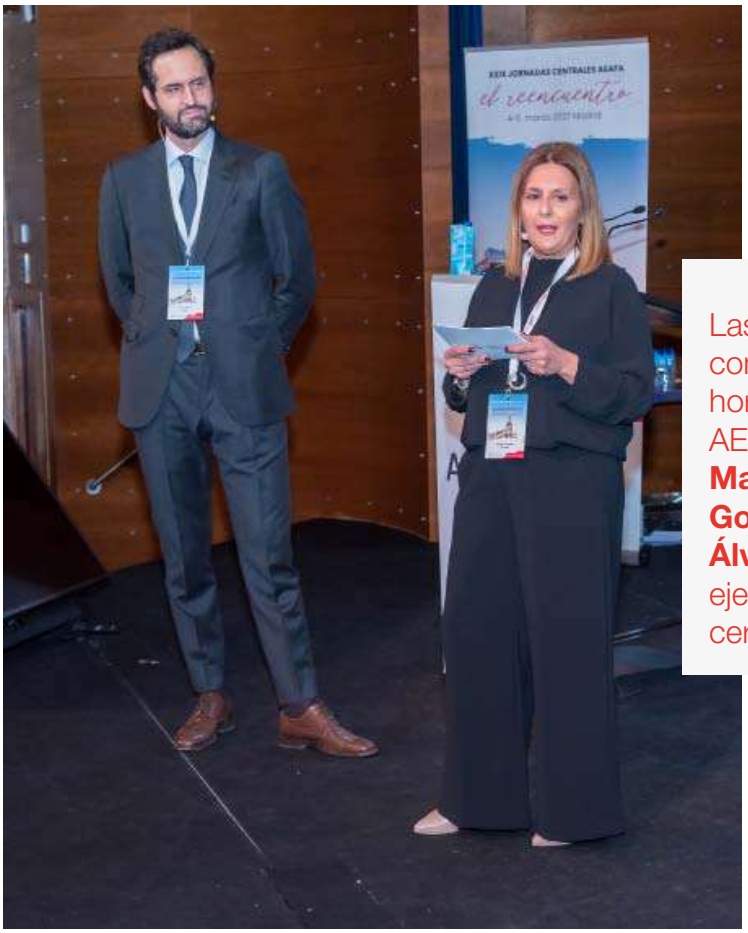
Asimismo, expresó su preocupación respecto al riesgo que se deriva de la suspensión automática de las estancias, visitas y comunicaciones: "Cuando estas medidas se adoptan de manera indiscriminada, puede producirse un efecto muy adverso y es que se incremente la frustración y la rabia en el progenitor que se ve privado de sus hijos y ello puede ser un germen de nuevos y más graves episodios de violencia".

"Me preocupa también que en los juzgados de violencia se limiten o se reduzcan las órdenes de protección precisamente por la consecuen-

cia tan relevante que tiene su adopción en las relaciones del investigado con sus hijos. Sería deseable que una medida de tanta trascendencia incluyera al menos la posterior valoración de los profesionales que intervienen en estos casos, como son los puntos de encuentro familiar que podrían aportar datos que nos ayudaran a mantener la relación con los hijos o a suspenderla. La intervención de los puntos de encuentro en los casos de violencia es muy relevante y numerosa y lo cierto es que no hay un control judicial suficiente sobre los casos derivados a estos servicios de apoyo", añadió.

Pérez-Salazar abogó por mejorar la información que se da a todos los implicados sobre las consecuencias legales que se derivan de las denuncias por violencia y de las propias demandas de medidas por ruptura porque, en muchos casos, ambos progenitores desconocen realmente lo que puede acontecer a lo largo de los procesos civiles y penales en esta materia. Creo que en este punto el papel de los abogados resulta esencial.

Al tiempo, abogó por reflexionar sobre las víctimas. "¿Qué hacemos con ellas?", se preguntó. "Porque lo cierto es que cuando acuden a los tribunales depositan su confianza en ellos y las dejamos muy solas. Las posibilidades de intervención con ellas están francamente limitadas por la Ley. La escucha, la información, el acompañamiento real y efectivo y el atender a sus necesidades y deseos son puntos relevantes en los que estamos fallando. La víctima se siente a menudo ignorada por el sistema penal que impone penas y restricciones que afectan directamente a su vida y en el que no se siente ni escuchada ni atendida. La tutela de las instituciones consigue en muchos casos que la víctima permanezca en su rol de persona victimizada sin poder ni autoridad para conducir su propia vida", manifestó.



Las ponencias de la tarde comenzaron a las 16.30 horas y los vocales de la AEAFA **María José Sánchez González y Álvaro Iraizoz Reclusa** ejercieron de maestros de ceremonia.

Nuevo reglamento europeo sobre regímenes matrimoniales

Andrés Rodríguez Benot*:* Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide

Modera: María Dolores López-Muelas, vocal de la AEAFA

El catedrático Andrés Rodríguez Benot analizó las implicaciones de dos reglamentos europeos en materia de regímenes matrimoniales: El 2016/1103, que se aplica a los regímenes económicos matrimoniales, y el 2016/1104, cuya incidencia afecta sobre todo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, siempre que en ambos casos se produzcan "repercusiones transfronterizas".

La institución del régimen económico del matrimonio resulta "una de las más complejas jurídicamente tanto en el plano interno como en el internacional", incidió. En primer lugar, por su transversalidad, que la vincula a otras instituciones como son, entre otras, los derechos reales (en orden a la naturaleza de los bienes de los cónyuges, de carácter privativo o común), el Derecho de Familia (pues se desarrolla como consecuencia de la celebración, existencia o disolución de un matrimonio), el Derecho de obligaciones (cuando en su reglamentación interviene la voluntad de las partes mediante acuerdos o capitulaciones), el Derecho registral (pues el acceso del régimen a los registros públicos es previsto en numerosos Estados) o el Derecho de sucesiones (por cuanto si un causante estuviera casado sería preciso coordinar la liquidación de la sociedad conyugal con la de su herencia).

En segundo lugar, por la complejidad de esta figura que deriva de la tradicional y complicada distinción entre las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, que ha venido teniendo reflejo en la configuración de las normas de Derecho internacional privado por los diferentes legisladores.

Y por último, por la variedad de efectos que el régimen produce, bien ad intra (esto es, entre los cónyuges) o ad extra (es decir, respecto de terceros). "A fin de superar estos inconvenientes, el Reglamento 2016/1103 plausiblemente incorpora una definición de regímenes económicos matrimoniales, entendiendo por tales el "conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros,

como resultado del matrimonio o de su disolución" (infra)", aclaró el catedrático de Derecho Internacional.

Merece destacar de la ponencia de Rodríguez Benot su análisis sobre las uniones registradas. "Casi todo son problemas", reconoció. Y advirtió que conforme al espíritu y a la letra del Reglamento 2016/1104, dependerían de los ordenamientos estatales las siguientes cuestiones:

La existencia y el "contenido real" de las uniones de hecho registradas (considerandos 21 y 17), pues en el concepto y naturaleza de esta figura el Reglamento apenas exige que se trate de una unión "registrada" (artículo 3.1.a); el concepto y naturaleza del registro (considerandos 16 y 28).

Los principios y requisitos para la inscripción registral.

Las autoridades competentes para practicar las inscripciones (considerando 29 y artículos 2, 3.2, 63 y 64).

"En España carecemos de un registro ad hoc de regímenes económicos matrimoniales o de efectos patrimoniales de las uniones registradas a diferencia de otros países europeos. La creación del mismo resolvería muchas dificultades, aunque las modificaciones introducidas en el Registro Civil por el artículo 60 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, palían en gran medida esas dificultades (al menos en lo que concierne a los matrimonios). En nuestro sistema, como es bien sabido, todas esas cuestiones tienen un tratamiento fragmentario o atomizado por la ausencia de normativa estatal y la proliferación de legislaciones de las Comunidades Autónomas", detalló.

La pensión de alimentos en la guarda y custodia compartida. Disyuntivas prácticas

Kepa Ayerra Michelena*:* doctor y abogado especializado en Derecho de Familia

Modera: Beatriz de Pablo, vocal de la AEAFA

Kepa Ayerra Michelena inició su intervención recordando que la Ley 15/2005 introdujo la guarda y custodia compartida en nuestro ordenamiento. Concretamente se recoge en el nuevo artículo 92 del Código Civil. "La regulación de la guarda y custodia compartida ha sido sin duda una de las cuestiones de la reforma que mayor eco social y jurídico ha generado. Con anterioridad a la reforma, la guarda y custodia compartida no era una figura ajena al panorama teórico del Derecho español, ni tampoco a la aplicación práctica de la misma, aunque era excepcional, en los Juzgados, Tribunales y demás operadores jurídicos", incidió el jurista.

A continuación, Ayerra Michelena analizó la enorme casuística relativa a la a con-

tribución de ambos progenitores a los alimentos de sus hijos. Su ponencia, apoyada en vídeos de casos habituales que llegan a los despachos de los abogados de Familia, resultó amena y práctica.

El jurista vasco abogó por "la apertura de una cuenta corriente -mancomunada o solidaria- en la que ambos progenitores puedan constatar que cada euro que abonan va destinado al levantamiento de los gastos de sus hijos. Así se elimina en gran parte la sensación de los progenitores de que están pagando más dinero del que les corresponde. La domiciliación de los gastos permite que esta sensación no tenga cobertura, dado que puedes ver todos los movimientos de la cuenta, tus ingresos y los cargos de cada uno de los gastos de los hijos", precisó.

"Por mi experiencia, la insatisfacción por el pago de una pensión considerada excesiva, o la insatisfacción por recibir una pensión considera insuficiente, sea o no cierta esta circunstancia, es uno de los problemas que más rencor genera entre los progenitores, y estos sentimientos siempre derivan, como he dicho, en malas consecuencias para los menores", dijo.

Kepa Ayerra también describió los gastos que con más habitualidad se incardinan en los gastos de mera convivencia, y por tanto, no se abonan vía cuenta corriente, sino cada cónyuge afronta los suyos (con independencia de la posibilidad de fijar una pensión para ello). Estos fundamentalmente son: el gasto de vivienda, el gasto de suministros de dicha vivienda (gas, luz,calefacción, teléfono, wifi, etc…) y la comida de los menores. La ropa es un cuarto gasto que en ocasiones se suele incluir dentro de los de mera convivencia, y en otras ocasiones se pagan desde la cuenta corriente.

Por último, incidió en la "gran trampa" que ha escondido la pensión de alimentos en custodia compartida desde la introducción de esta figura en el Código Civil. "La fórmula habitual que estamos analizando, que se generalizó con bastante rapidez, encierra una 'trampa': Los gastos de mera convivencia se abonan al 50% (cada uno paga los suyos) y los de no convivencia en el porcentaje que corresponda, imaginemos el 70-30%", ejemplifica.

"La trampa estriba en que el gasto de vivienda puede suponer el gasto más relevante que pueden tener los progenitores. Si los gastos no de convivencia son bajos (porque el menor va a un colegio público, no hay transporte escolar al vivir cerca del colegio, etc.), en muchas ocasiones los de mera convivencia (vivienda, suministros, comida) suponen la mayor parte de los desembolsos. Por lo tanto, la trampa afectaría aún más al que gana menos dinero, dado que la mayor parte de las cargas los abonaría al 50%", explica.

El sábado comenzó con uno de los juristas más queridos por los asociados de la AEAFA, el magistrado de Córdoba **Antonio Javier Pérez Martín**, autor de Los Libros Azules, una colección imprescindible para los especialistas en Derecho de Familia. La presentación del ponente corrió a cargo de los vocales **María Dolores López-Muelas** y **Óscar Martínez**.

Se inadmite… Empezamos mal

Antonio Javier Pérez Martín*:* Magistrado de Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Córdoba y autor de Los Libros Azules

Modera: Inmaculada Marín, Secretaria de Organización de la AEAFA

Antonio Javier Pérez Martín recordó a la audiencia que, aunque lo normal es que las demandas se admitan a trámite, "a veces nos vemos sorprendidos con un auto de inadmisión que evidentemente trastoca el planteamiento procesal que se hizo en la demanda, y que puede obligarnos a presentar una nueva demanda ante otro juzgado, a ejercitar la acción por otra vía procesal distinta o a que nos tengamos que replantear la acción ejercitada".

A continuación, el magistrado analizó todos los casos que se presentan en la práctica en los que la demanda, la petición de medidas, o solicitud de jurisdicción voluntaria no llegan a fructificar y las razones. El magistrado clasificó en cuatro categorías las causas de inadmisión: por defectos formales, por abuso de derecho o que entrañen fraude procesal, por creación jurisprudencial y por aplicación de criterios particulares, conteniendo argumentos que no se incluyen en ninguna norma legal.

Entro otras cuestiones, el magistrado cordobés prestó atención a los problemas derivados de la acumulación de acciones. "A veces, junto con la demanda o con la reconvención, los cónyuges hacen peticiones respecto a cuestiones distintas a las medidas paterno filiales o medidas de contenido económico entre los cónyuges (pensión compensatoria o compensación por razón del trabajo). En ese momento surge el problema de la indebida acumulación de acciones. En unas ocasiones se inadmite la acumulación

porque el Juzgado de Familia no es competente para resolver la cuestión, y en otras, porque, aun siendo competente, no puede acumularse al procedimiento de divorcio la acción que se ejercita", precisó.

A veces en el suplico de la demanda de separación o divorcio se hacen peticiones en relación a los regímenes económico-matrimoniales. "En relación con la sociedad de gananciales, a parte del pronunciamiento relativo a su disolución, que por otro lado, es un pronunciamiento automático (1392 del CC) y para el que no se necesita petición de parte, en la sentencia no puede incluirse ningún pronunciamiento en relación con la liquidación ya que existe un procedimiento específico (art. 805 y ss de la Lec). Es cierto que en el art. 91 del CC se indica: 'En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con la liquidación del régimen económico'. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta referencia ya aparecía en el art. 91 del CC antes de que entrase en vigor la nueva Lec, y como en tantas otras ocasiones, el legislador no adaptó esta norma tras la reforma procesal", aclaró.

Por tanto, subrayó Javier Pérez Martín, "todas la peticiones que se hagan en relación a la determinación del régimen económico, declaración de carácter ganancial o privativo de los bienes, reclamaciones de cantidad, etc. "serán inadmitidas por una indebida acumulación de acciones".

Al final de su exposición, el magistrado también aprovechó para recordar los numerosos casos en los que se dictan resoluciones no admitiendo a trámite una demanda o petición en materia de familia donde se aducen argumentos que no se incluyen en ninguna norma legal. Por ejemplo, dijo, "existen juzgados que inadmiten a trámite las peticiones de medidas provisionales previas porque entienden que no existe razón de urgencia para su admisión".

En cuanto a las medidas provisionales, algunos juzgados las frenan por razón de acumulación de señalamientos argumentando que se solaparán con la vista principal. "Cuando ni con la demanda ni con la contestación se solicitan medidas provisionales surge la duda de si pueden solicitarse en el curso del procedimiento", incidió. También es frecuente, subrayó, que nos encontremos con autos de inadmisión de medidas paterno filiales solicitadas por progenitores que se encuentran casados.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Las XXIX Jornadas de la AEAFA tituladas ‘El renencuentro’ concluyeron el sábado con las Comunicaciones y el foro abierto.

Mi experiencia al frente del primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España

Tomás Luis Martín Rodríguez: Titular del Juzgado de Instrucción 3 de Las Palmas de Gran Canaria, proyecto piloto del Juzgado de Violencia contra la Infancia y Adolescencia

Los informes de los equipos psicosociales

Sabina Galdeano Bonilla: Abogada especializada en Derecho de Familia

Abogacía colaborativa: una solución alternativa a la crisis familiar

Sonia Alvarez Gómez: Abogada especializada en Derecho de Familia

Foro abierto

Mesa presidida por **Carmen López-Rendo Rodríguez**, Tesorera de la AEAFA, **José Gabriel Ortolá Dinnbier**, abogado especializado en Derecho de Familia y extesorero de la AEAFA y **Carmen Delgado Echevarría** Magistrada, Letrada del Tribunal Constitucional y 'Amiga de la AEAFA 2022'

Clausura

a cargo de **María Pérez Galván**, vicepresidenta de la AEAFA, **Ángela Cerrillos Valedor**, Abogada de Familia y la vicedecanadel Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM), **Begoña Castro Jover**.

PREMIOS Y NOMBRAMIENTOS

La Junta Directiva distinguió con el reconocimiento "**Amiga de la AEAFA**" a la magistrada **Carmen Delgado Echevarría** por su trayectoria profesional e implicación en la mejora del Derecho de Familia. Antes de acceder a su cargo como Letrada del Tribunal Constitucional, ocupó la jefatura de la Sección de Igualdad de Género del Consejo General del Poder Judicial de España. Asimismo, Carmen Delgado Echevarría ha desarrollado su actividad como magistrada titular en juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Fuenlabrada, Talavera de la Reina y Ciudad Real. Su primer destino como jueza fue en los juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Navalcarnero.

El prestigio del **Premio José Corrales** nace del nivel de los artículos ganadores. El de este año ha sido excepcional. Nuestra compañera **María José Valverde Martínez** obtuvo la unanimidad del jurado por su trabajo titulado "Acuerdos prematrimoniales: entre el Código Civil y el Tribunal Supremo". El jurado estuvo compuesto por la vicepresidenta de AEAFA, **María Dolores Lozano**, y los vocales **José Luis Cembrano y Beatriz de Pablo**.

PREMIO JURÍDICO VEGA SALA sobre derecho de familia

Francesc Vega Sala
jurista y abogado

El Letrado Francesc Vega Sala, es miembro fundador de la SCAF y actual Presidente de honor, fue abogado inscrito en todos los Ilustres Colegios de abogados de Cataluña, Profesor en diversas Universidades, Director de la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, uno de los fundadores de la Asociación Española de Abogados de Familia y es un ejemplo para los compañeros y compañeras que se dedican profesionalmente a la abogacía de Familia, de la que es uno de los principales representantes desde una perspectiva de la abogacía moderna, esta tarea ha sido reconocida con varios galardones, como el reconocimiento en el año 2019 por el Consejo de la Abogacía Catalana por su relevante trayectoria personal y profesional en la defensa y el impulso del derecho de familia en Cataluña, y en el año 2020 al serle concedida por el Ministerio de Justicia la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort por su aportación al estudio y desarrollo del Derecho .

Descubrió a los 39 años la profesión de Abogado, a la que llegó indirectamente, al no aprobar el examen de dibujo para acceder a la carrera de arquitectura y matricularse en la Facultad de Derecho para dar satisfacción a sus padres, al tiempo que se licenciaba en Filosofía y Letras por darse satisfacción a sí mismo, lo que le permitió conocer personajes del Grupo de Barcelona como Jordi Folch, Carlos Barral, entre otros

Su primer trabajo Jurídico fue en la organización del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado en el Marco de la Asociación Internacional de Derecho Comparado, que se hizo en Barcelona en 1956, y como les gustó su labor, le llamaron Vicesecretario del instituto de Derecho Comparado, que dependía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Después pasó a trabajar en la Facultad Internacional de enseñanza del derecho comparado, que tenía su sede en Estrasburgo, ambas instituciones estaban dirigidas por Felipe de Solà y Cañizares (Barcelona, 28 de noviembre de 1905 - Estrasburgo, 30 de abril de 1965), que fue un abogado y político, diputado en las Cortes durante la Segunda República, colaborar en estas instituciones hizo que profundizara en el conocimiento del derecho comparado europeo y la práctica de contraponer sistemas jurídicos de varios países.

En la primavera de 1966 decidió dejar el instituto de Derecho Comparado para emprender una nueva etapa, junto con un Abogado de la Rota Romana con despacho en Madrid, el compañero, Jose Ezquerra Borao, con el que abrió un despacho profesional en Barcelona especializado en derecho canónico, donde llevó anulaciones de matrimonios a Tribunales tan dispares como los de Barcelona, Madrid, Roma o Puerto Rico, lo que le permitió viajar a distintos países.

Con la promulgación en 1978 de la Constitución española y la entrada en vigor en 1981 de la Ley del divorcio, las perspectivas jurídicas sobre el Derecho de la persona y de la familia cambiaron, lo que se vio también influido por la posterior entrada en la Unión Europea y la integración de su normativa que, como años antes previó el compañero Vega Sala, implica su armonización.

A esta época, en un primer momento, siendo Decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona José Juan Pintó y Ruiz, promovió la creación de la Sección de Derecho matrimonial y de familia junto con los compañeros Rafael Buxó Borras y Xavier Pérez-Calonge Dumenjó, de la que fue llamado primer Presidente, ya la que se sumó a la junta, pese a no ser abogado, el Juez Eclesiástico Mossèn Jaume Riera Rius, quien acredita un sentido práctico y realista del entorno jurídico y social de la época, ya que permitió que varios compañeros/as pudieran realizar estudios de la licenciatura en Derecho Canónico en la Universidad Pontificia de Salamanca.

En relación a su labor colegial en Barcelona, cabe destacar, siendo Decano de la institución Eugeni Gay Montalvo y Director de la Escuela de

Práctica Jurídica en Joan Bassas i Mariné, la creación y dirección de la "modalidad intensiva" de dicha escuela, en la que se convertían las aulas de la escuela en verdaderos despachos con clientes reales.

De su obra se puede destacar "Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España" o junto a Xavier Pereda Gámez la obra "Derecho de Familia" en Cuadernos de Pedagogía (Wolters Kluwer España).

Su intervención en obras colectivas como Temas candentes de Derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado, coord. por Rafael Rodríguez Chacón; Diez años de Abogados de familia, coord. por Cristina de Andrés Irazazábal y Gloria Hernández Catalán; "Efectos civiles de las resoluciones canónicas a partir de 2001", XXI Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, coord. por Antonio Pérez Ramos; "La eficacia civil en el ordenamiento español de las resoluciones dictadas según el derecho canónico", en Hominum c ausa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al prof. Dr. José María Díaz Moreno, S.J.. coord. por José María Castán Vázquez; Cristina Guzmán Pérez; Teresa María Pérez-Agua López y José María Sánchez García; "Falta de libertad y nulidad de matrimonio" en Laicos en la iglesia, el bien de los cónyuges: XIX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas; La eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas: temática procesal, en Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro: XXI Semana Española de Derecho Canónico; "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia eclesiástica" a Acuerdos Iglesia-Estado español en la última década: su desarrollo y perspectivas.

Es autor de un importante número de artículos publicados en revistas especializadas como la Revista de Derecho de Familia, Revista Jurídica de Cataluña, Manuales de formación continuada del CGPJ, Studia Yuridica, Revista Española de Derecho Canónico, Anuario de derecho civil, El Ciervo "(Revista mensual de pensamiento y cultura) o Economist & Jurist; en la prensa (La Vanguardia o ABC); y ha intervenido de forma habitual como ponente en eventos organizados tanto por entidades vinculadas a la abogacía (Colegios y Asociaciones), como al resto de operadores jurídicos como son la Conselleria de Justicia o el Consejo General del Poder Judicial.

Ha sido un espectador privilegiado en la evolución de la abogacía y en la modernización del Derecho de Familia, donde ha intervenido activamente con una importante labor doctrinal y ha participado en la redacción de nuevas normas donde se favorecieron la igualdad, los derechos de los menores o el reconocimiento de los nuevos modelos de familia, teniendo una especial influencia en las normas de derecho catalán sobre la materia.

Con el espíritu precursor del jurista y abogado Vega Sala y como homenaje a su labor, por medio de un Premio se quiere promover por la SCAF, de la que fue uno de los fundadores, la investigación y el estudio jurídico en Derecho de Familia.

El Premio Jurídico Vega Sala está destinado a la mejor monografía y el mejor artículo inéditos sobre Derecho de Familia.

Bases del concurso

De conformidad con las previsiones acordadas en la Asamblea General de la SCAF y por acuerdo tomado por la Junta ejecutiva de la sociedad se convoca la **Primera Edición del Premio Jurídico Vega Sala sobre derecho de familia** destinado a galardonar la mejor monografía inédita y el mejor artículo sobre cualquier materia relativa al Derecho de familia de acuerdo con las siguientes Bases:

Podrán optar al Premio los abogados/as, los Licenciados/das en Derecho, másteres o grados en Derecho.

No podrán presentarse al Premio los miembros de la Junta de SCAF ni sus familiares, tampoco los trabajadores o colaboradores de la SCAF o de los despachos de los miembros de la Junta, así como tampoco los miembros del Jurado.

La fecha límite de presentación de los trabajos es el **12 de septiembre de 2022**.

Cada concursante sólo podrá presentarse con un único trabajo.

Esta **Primera edición del Premio Jurídico Vega Sala** sobre derecho de familia tiene dos modalidades:

Modalidad A: Premio a la mejor monografía inédita que está galardonada con CINCO MIL EUROS (5000,00 euros).

Modalidad B: Premio al mejor artículo inédito que está galardonada con MIL EUROS (1000,00 euros).

El importe del premio otorgado estará sujeto a las retenciones establecidas por la legislación fiscal

vigente.

Modalidad A: Premio a la mejor monografía inédita.

Las personas interesadas en participar en el concurso en la modalidad de Premio a la mejor monografía inédita tendrán que enviar a la sede de la SCAF, dentro del plazo establecido, la correspondiente solicitud dirigida a la Junta ejecutiva de la SCAF acompañada del trabajo presentado a concurso, por cuadruplicado ejemplar, escrita en cualquier lengua románica y con una extensión mínima equivalente a ciento cincuenta hojas a doble espacio, junto con un resumen (abstract) del trabajo de un máximo de doscientas palabras en catalán o castellano, y con los datos de identificación del autor o autores, complementados con un currículum académico y/o profesional, de la que se podrá solicitar por la SCAF su acreditación.

Igualmente, se acompañará una memoria USB con un ejemplar en formato electrónico de toda la documentación antes citada.

Modalidad B: Premio al mejor artículo.

Las personas interesadas en participar en el concurso en la modalidad de Premio al mejor artículo inédito tendrán que enviar a la sede de la SCAF, dentro del plazo establecido, la correspondiente solicitud dirigida a la Junta ejecutiva acompañada del trabajo presentado a concurso, por cuadruplicado ejemplar, escrita en cualquier lengua románica y con una extensión mínima equivalente a cuarenta hojas a doble espacio, junto con un resumen (abstract) del trabajo de un máximo de doscientas palabras en catalán o castellano, y con los datos de identificación del autor o autores, complementadas con un currículum académico y/o profesional, de la que se podrá solicitar por la SCAF su acreditación.

La Junta ejecutiva de la SCAF nombrará al Jurado del Premio, que estará formado por miembros de la Junta y en su caso, por juristas de reconocido prestigio.

El Jurado, que podrá declarar desierto el Premio en cualquiera de las dos vertientes, se reserva el derecho de hacer mención especial, sin derechos económicos, de alguno de los trabajos no premiados que por su calidad e interés se realicen. dignos. El plazo para la decisión del Jurado podrá ser ampliado cuando el número y extensión de los trabajos presentados a concurso así lo aconsejen.

La decisión del Jurado será notificada por escrito o por correo electrónico a las personas interesadas en un plazo de quince días desde la fecha de la resolución y se hará publicidad mediante la publicación en la página web de la SCAF y en las redes sociales.

La entrega del Premio Jurídico Vega Sala se prevé que se efectuará las Jornadas organizadas anualmente por la SCAF en Barcelona donde el autor deberá concurrir de forma presencial a realizar una exposición del trabajo y recibir el Premio.

La Sociedad catalana de abogados de Familia se reserva los derechos de autor de una primera edición de la monografía y del artículo premiados.

La retribución por la cesión de derechos de autor de esta primera edición estará incluida en el importe del premio.

Pasados seis meses después del otorgamiento del Premio sin que el SCAF haya iniciado la publicación, se entenderá que renuncia a la misma.

En el supuesto de que el trabajo galardonado no sea publicado por la SCAF en el plazo indicado o en ediciones posteriores, los ganadores/as tendrán que incluir en todas las ediciones de una referencia a que la obra ha sido galardonada por la SCAF con el Premio Jurídico Vega Sala sobre derecho de persona y familia otorgado por la Sociedad Catalana de Abogados de Familia.

La participación en este Premio supone la plena aceptación de estas bases.

Barcelona, a 4 de junio de 2021

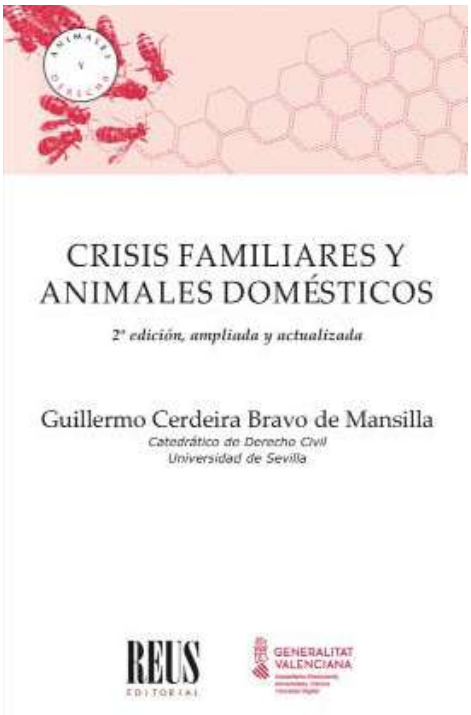
CRISIS FAMILIARES Y ANIMALES DOMÉSTICOS

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

Editorial Reus

2.ª Edición

2022 - 319 pág.



En los últimos años ha surgido una novedosa cuestión muy litigiosa en el foro: tras la ruptura de un matrimonio o de una pareja de hecho, ¿quién se queda con la mascota?

En la presente obra, el lector podrá encontrar diversas soluciones y consejos prácticos tanto para el abogado en la redacción de acuerdos sobre la tenencia y reparto del animal contenidos en el convenio regulador, así como para cuando deba decidir el propio juez si entre los esposos o los convivientes de la pareja ya rota no hay acuerdo; en todo caso, no solo teniendo en cuenta criterios patrimonialistas (según quién sea el dueño del animal doméstico), sino sobre todo en consideración al propio bienestar del animal, en cuanto ser vivo dotado de sensibilidad, según se concibe hoy en la nueva realidad jurídica europea y española.

En esta ocasión, el autor de la obra se adentra, de nuevo, en una novedosa cuestión del Derecho de familia, con una propuesta de solución de presente, y también para el futuro, como ya hiciera en otros de sus trabajos, también publicados por la editorial Reus (como han sido la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la posible inseminación artificial en parejas homosexuales, el divorcio por mutuo acuerdo ante notario, o la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de parejas de hecho; propuestas todas ellas que, finalmente, se han consolidado en la jurisprudencia o en la propia ley).

EL REENCUENTRO. XXIX JORNADAS CENTRALES AEAFA

VARIOS AUTORES

Editorial Sepín

2022 - 252 pág.

EL INTERÉS DEL MENOR EN SU APLICACIÓN JUDICIAL. José Luis Seoane Spiegelberg

REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. M.ª Ángeles Parra Lucán

ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES DE FAMILIA EN LAS MEDIDAS DE GUARDA, ESTANCIAS, COMUNICACIONES Y ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. Margarita Pérez-Salazar Resano

LOS REGLAMENTOS EUROPEOS SOBRE CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DE LOS MATRIMONIOS Y DE LAS UNIONES REGISTRADAS: JUSTIFICACIÓN, CARACTERES GENERALES, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES. Andrés Rodríguez Benot

LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN CUSTODIA COMPARTIDA. Kepa Ayerra Michelena

SE INADMITE… EMPEZAMOS MAL. Antonio Javier Pérez Martín

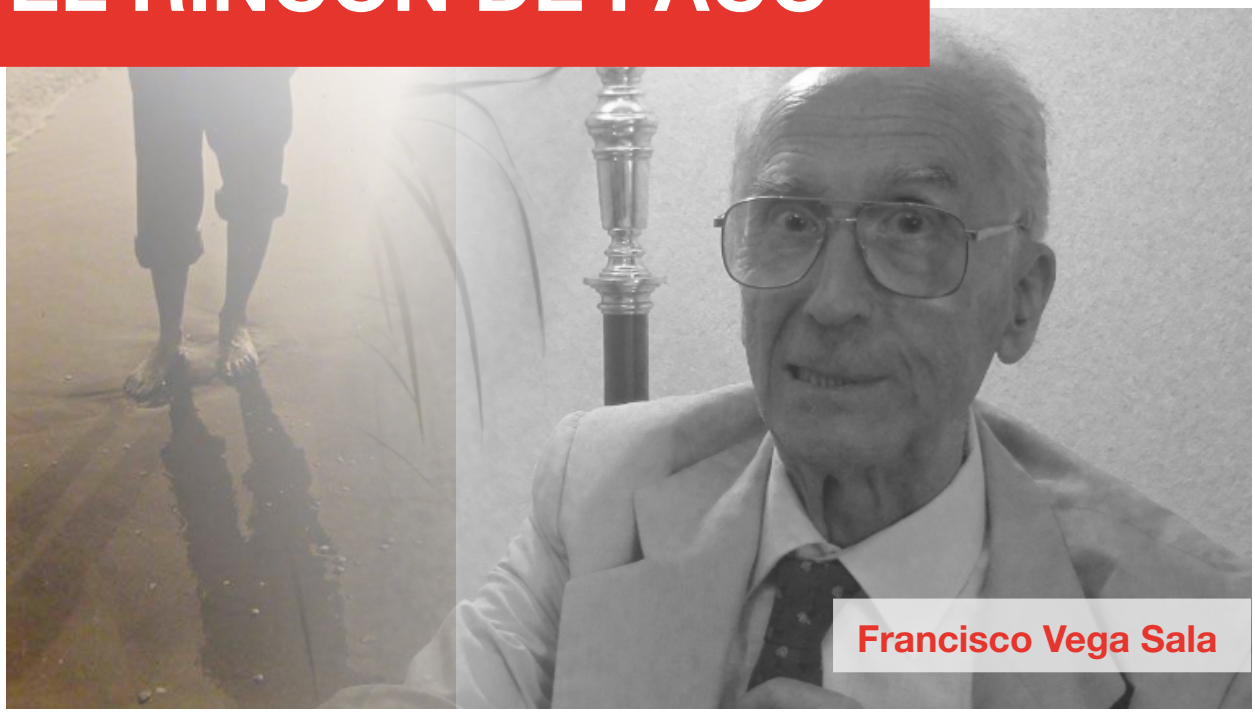
JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA. PREVISIONES DE FUTURO Y CUESTIONES DEL PRESENTE. Tomás Luis Martín Rodríguez

LOS INFORMES DE LOS EQUIPOS PSICOSOCIALES. Sabina Galdeano Bonilla

ABOGACÍA COLABORATIVA: UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA A LA CRISIS FAMILIAR. Sonia Álvarez Gómez

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

EL RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN... ¿EXISTE?

¿De verdad hacía falta poner en el Código Civil un Capítulo V al Título III del Libro IV, es decir, un capítulo para regular el régimen de participación ? De acuerdo que esto no se ha hecho ahora, sino hace cuarenta años (La ley que lo introdujo, que fue la " Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio" se publicó en el BOE de 19 de mayo de 1981), pero esto no justifica esta alegría primaveral de nuestro legislador.

Es decir ¿de verdad hacía falta poner en el Código Civil los artículos 1411 a 1434? Son nada menos veinticuatro artículos y en veinticuatro artículos pueden regularse muchas cosas, así, por ejemplo, el préstamo (18 artículos, del 1740 al 1757), la comunidad de bienes (15 artículos, del 392 al 406), etc.

Poderosas razones debió tener el legislador español de la época para dedicarle tanto espacio al régimen de participación, modificando para ello, el mismísimo Código Civil pero la verdad es que no se me alcanzan cuáles pudieran ser.

Si no estamos confundidos, al entrar en vigor la mencionada ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, el régimen económico matrimonial en el ordenamiento español era, salvo pacto en contrario estipulado en capitulaciones matrimoniales, el de ganan-

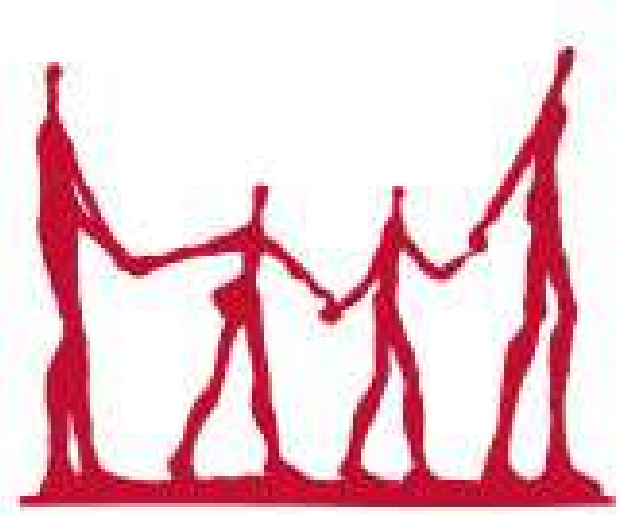
ciales, normativa que queda recogida en el art. 1.316 CC: “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.”

Invito a una copa de cava a los primeros veinticuatro lectores de “El rincón de Paco” (un lector por artículo) que me digan el por qué de estos artículos (1411 a 1434). Su razón de ser, de estar, en el Código Civil.

Si el régimen económico matrimonial era el de gananciales, lo lógico, me parece a mí (pero puedo estar equivocado) es que el CC regulara este régimen, su nacimiento, su aplicación y desarrollo y su extinción y todo esto el CC lo hace (arts.1344 a 1.410). También me parece lógico que el CC diga qué pasa si se extingue el régimen de gananciales, sea por el motivo que sea, pero siga habiendo matrimonio, lo que puede suceder, y esto el CC también lo hace y nos advierte en el art. 1.435 que “Existirá entre los cónyuges separación de bienes:….3º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales…”

Queda, por tanto justificado que en el CC se regule el régimen de gananciales, por ser el legal supletorio, y el de separación por ser el que rige si se extingue el de gananciales pero continua habiendo matrimonio. Lo que no queda justificado, o no me queda justificado, porque se regula el de participación, que es pura y totalmente voluntario. La estructura que nos da el CC es, a mi entender, la siguiente: 1ª) “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales….” (art.1.315), 2º) “A falta de capitulaciones…..el régimen será el de la sociedad de gananciales.” (art. 1.316), 3º) “Existirá entre los cónyuges separación de bienes: …3º. Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales…..” (art. 1.435).

Y aquí pongo punto final a este “Rincón de Paco”. En el próximo les explicaré dónde he encontrado citado el régimen de participación y para qué se le hace servir y creo que coincidiremos, y celebraré mucho que así sea, en que lo que necesitamos es una Escuela de Legislación o un Cuerpo de Legisladores. Los “parlamentos” y los “parlamentarios” que se dediquen a lo suyo, es decir, a promover las leyes, que es una función “política”,pero no a legislar que no es una función política, ni pública, si no técnica.



JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA CÓRDOBA 2022

28 Y 29 DE ABRIL

LUGAR DE CELEBRACIÓN
"Salón Julio Romero de Torres"
del Real Círculo de la Amistad
C/ Alfonso XIII, n.º 14. Córdoba

JUEVES 28 DE ABRIL

16:00 h.
Acreditación y entrega de documentación

16:30 h.
Presentación y apertura
Ilmo. Sr. D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano
Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba

Ilmo. Sr. D. Fernando Sobrón Ostos
Fiscal Jefe de la Fiscalía de Córdoba

Ilmo. Sr. D. Carlos Arias López
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba

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

D.ª Mª Rosario Martos Molero
Abogada. Delegada de la AEAFA en Córdoba

17:00 h.
PONENCIA. Cuestiones controvertidas en materia de pensión de alimentos
D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado de la Sala de Primera Instancia del TSJ de Canarias
Presenta: **D. Manuel Jesús Díaz Lorite**
Abogado y Tesorero de la AEAFA en Córdoba
Modera: **D.ª Carmen Pulgarín Cuadrado**
Abogada y Secretaria de la AEAFA en Córdoba

18:30 h.
PONENCIA. El testamento del empresario y protocolo familiar en empresas familiares
D. Ignacio Gallego Domínguez
Catedrático de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la UCO
Presenta: **D.ª Mª Rosario Martos Molero**
Abogada y Delegada de la AEAFA en Córdoba
Modera: **D. Antonio Marín Entrenas**
Abogado y Vocal de la AEAFA en Córdoba

20:15 h.
Paseo por las Cruces de Mayo

21:45 h.
CENA (opcional). Real Círculo de la Amistad

VIERNES 29 DE ABRIL

10:00 h.
PONENCIA. Ley 8/2021, de 2 de junio, de apoyo a las personas con discapacidad. Una Ley alentada por una revolución ética
D. Fernando Santos Urbaneja
Fiscal. Abogado de Fiscalía de Consumidores y Defensor del Pueblo Andaluz y Delegado Fiscal de Familia de Granada
Presenta: **D.ª Isabel Sarevia González**
Abogada y Vocal de la AEAFA en Córdoba
Modera: **D.ª Lourdes Cano García**
Abogada y Vocal de la AEAFA en Córdoba

11:15 h.
PONENCIA. Reformas legales en guarda, estancias, comunicaciones y atribución del Derecho de uso de la vivienda
D.ª Margarita Pérez Salazar
Magistrada de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Familia y relaciones de Menor de Ampuero (Cantabria)
Presenta: **D.ª Mª Soledad Muñoz Fernández**
Abogada y Vocal de la AEAFA en Córdoba
Modera: **D. Miguel Rodríguez Pino**
Abogado y Vocal de la AEAFA en Córdoba

12.30 h.
Mesa del Tribunal Supremo. Sentencias del ámbito penal en Derecho de familia
D. Juan Ramón Berdugo de la Torre
Magistrado del Tribunal Supremo
Presenta: **D.ª Mª Dolores Azaustre Garrido**
Abogada y Diputada Responsable de la Comisión de Familia del I.C.A. Córdoba
Modera: **D.ª Mª Rosario Martos Molero**
Abogada. Delegada de la AEAFA en Córdoba

17:00 h.
FORO ABIERTO
D. Francisco Salinero Román
Magistrado. Presidente AP Valladolid
D.ª Cristina Ruiz Rodríguez
Psicóloga. Jefa de Estudios de Víctimas de Género y Familia
D.ª M.ª Dolores Lozano Ortiz
Abogada. Presidenta de la AEAFA

20:00 h.
CLAUSURA
D. Carlos Arias López
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba
D.ª M.ª Dolores Lozano Ortiz
Presidenta de la AEAFA
D.ª Mª Rosario Martos Molero
Delegada de la AEAFA en Córdoba

ORGANIZA
AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia
ICACÓRDOBA COLEGIO DE ABOGADOS
libertas ediciones

COLABORAN
LEGIS
sepin
LEFEBVRE
COVAP

I JORNADA DE DERECHO DE FAMILIA

AEAFA & SCAF

IBIZA 2022

5 Y 6 DE MAYO

ORGANIZA
AEAFA • SCAF
ORGANIZACIÓN TÉCNICA
LIBERTAS EDICIONES

LUGAR DE CELEBRACIÓN
HOTEL TORRE DEL MAR IBIZA
Playa den Bossa
Carrer de Carles Roman Ferrer, s/n. 07800 IBIZA

DIRECCIÓN DE LA JORNADA
Dña. Francisca-María Cardona Prats

COMISIÓN COORDINADORA
Dña. María Dolores Lozano Ortiz
Dña. María Antonia Mateu Gelabert
Dña. Mercè Mira i Cortadellas
D. Ramón Quintano Ruiz

JUEVES 5

16:00 h. Acreditación y entrega de documentación

16:30 h. Apertura y presentación de la jornada
Hnble. Sr. D. Vicent Marí Torres
Presidente del Consell Insular de Ibiza
Dña. María Dolores Lozano Ortiz
Presidenta de la AEAFA
Dña. Mercè Mira i Cortadellas
Presidenta de la SCAF
Dña. Francisca-María Cardona Prats
Letrada de ICAIB y miembro de la AEAFA y de la SCAF

17:00 h. La determinación del régimen económico matrimonial. Capitulaciones y régimen legal supletorio
D. Fernando Ramos Gil
Notario

18:30 h. PAUSA

19:00 h. Regímenes económicos y Derecho Internacional (referencia a las parejas de hecho)
D. Federico Garau Sobrino
Catedrático de Derecho Internacional Privado de la UIB

21:45 h. Cena opcional
Hotel Torre del Mar Ibiza

VIERNES 6

10:00 h. La compensación económica en los regímenes de separación de bienes.
Dña. Beatriz Verdera Izquierdo
Catedrática de Derecho Civil de la UIB
Dña. Sonia Álvarez Gómez
Vocal de la Junta de la SCAF
D. Gonzalo Pueyo Puente
Abogado. Presidente de la AEAFA

12:00 h. PAUSA

12:30 h. Derecho de crédito y reintegro en el régimen de separación de bienes.
Dña. Olga Cardona Guash
Profesora de Derecho Civil de la UIB

14:00 h. PAUSA

16:30 h. Otros regímenes económicos matrimoniales.
Dña. Beatriz de Pablo Murillo
Abogada. Vocal de la Junta Directiva de la AEAFA
Dña. María Cristina Chárlez Arán
Abogada

18:00 h. Cuestiones procesales en la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales.
Dña. María Ángeles Parra Lucán
Magistrada del Tribunal Supremo

19:30 h. ¿Es necesario un régimen económico matrimonial?
D. Francisco Vega Sala
Representante de la AEAFA y de la SCAF
Dña. Carmen López-Rendo Rodríguez
Abogada. Tesorera de la AEAFA

20:00 h. CLAUSURA
Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz González
Alcalde del Ayuntamiento de Ibiza

"En el Encuentro con la abogacía especializada en Derecho de Familia y gabinetes técnicos de psicología jurídica del menor y forenses, organizado por el CGPJ en Madrid durante el mes de octubre de 2019, se acordó, por unanimidad, la siguiente conclusión:

"Teniendo en cuenta la evolución de la sociedad se recomienda el estudio de la necesidad y función del régimen económico matrimonial a tratar en futuros encuentros".

A la vista de esta conclusión y permitiéndolo finalmente la situación epidemiológica, la AEAFA y la SCAF se proponen empezar a estudiar la cuestión organizando la presente Jornada."

PATROCINA
Consell d'Eivissa

COLABORAN
ajuntament d'eivissa
LEFEBVRE
sepin
CaixaBank
VCC
PACHIS
Hnos Parrot
Clínica IMIF
AZ Servicios
Espabrok

I JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA
REICAZ & AEAFA
ZARAGOZA,
28 y 29 de Abril de 2022

JUEVES 28 ABRIL

16.30 h - Presentación
"Sobre la especialización del Derecho de Familia". Dª. M. Dolores Lozano Ortiz. Presidenta AEAFA.

17.00 h.- Ejecución en asuntos Derecho de Familia.
D. Alfonso Rivera Forcén. Letrado Administración de Justicia. Juzgado 22 Zaragoza.

18.00 h.- Aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales.
Dª. Carmen López-Rendo Rodriguez. Doctora en derecho. Abogada Tesorera AEAFA.

VIERNES 29 DE ABRIL

9.30 h.- Recurso de casación Foral.
Ilmo. Sr. D. Ignacio Martinez Lasierra. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Pausa.

11.30 h.- Problemática y Régimen de visitas hijos mayores de 12 años.
Mesa redonda:
Sr. D. Felipe Zazurca Gonzalez. Fiscal Jefe Zaragoza Ilmo. Sr. D. Felipe Zazurca Gonzalez.
Dr. D. Rafael Bernad Mainar. Director de grado de Derecho de la Universidad San Jorge. Académico. Academia Aragonesa de legislación y Jurisprudencia).
Dª Beatriz De Pablo Murillo. Vocal AEAFA. Abogada

12.30 h.- Derecho Foral Aragón- Cuestión de Inconstitucionalidad. Interpuesta por el Juzgado de Instancia 16 (Familia).
Ponente. Ilma. Sra. Dª María José Moseñe Gracia- Magistrado. Moderan
D. José Antonio Laguardia Hernando. Letrado de la Administración de Justicia.
D. David Arbues Aisa. Abogado.

16.30 h.- Exposición "Problemática en la filiación"
D. Gabriel Ortola Dinnbier- Abogado AEAFA.

17.15h.- Foro Abierto.
D. Gabriel Ortola Dinnbier. Abogado AEAFA
Dra. Dª Mª Cristina Chárlez Arán.Abogada. Académica (AAJL).

SANTANDER 16 y 17 de junio de 2022
ÁVILA 1 y 2 de julio de 2022