REVISTA

Abogados de Familia

115
JUNIO 2022

DERECHOS DEL MENOR, VIOLENCIA E INCONSTITUCIONALIDAD: ¿LA CLAVE ESTÁ EN EUROPA?

CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS ACTUALMENTE

UNA REALIDAD INVISIBILIZADA

DIVORCIO Y VIOLENCIA

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

UNA REALIDAD INVISIBILIZADA
Lola López-Muelas Vicente

07 Artículo Doctrinal

Derechos del menor, violencia e insconstitucionalidad ¿La clave está en Europa?

Javier Carrascosa González

29 Opinión

Divorcio y Violencia
Magdalena Entrenas

33 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

44 Sentencias Comentadas

Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Alimentos. Pensión compensatoria. Compensación por el trabajo para la casa. Cuestiones procesales. Regímenes económicos matrimoniales. Uniones de Hecho. Protección de menores. Sucesiones

86 Casos Prácticos

87 Noticias

111 Novedades Bibliográficas

113 El rincón de Paco

COMO DECÍAMOS AYER...

EDITORIAL

UNA REALIDAD INVISIBILIZADA

Escribir una editorial para nuestra revista estando ya muy próximas las ansiadas vacaciones, después de un duro año de trabajo y tras haber sobrevivido a las circunstancias tan penosas que nos rodean como las secuelas de una pandemia y la grave crisis originada por la guerra, no es tarea fácil.

Sin embargo, queridos compañeros, me gustaría transmitiros ilusión para seguir luchando en nuestra labor de mejorar el derecho de familia al que tanto amamos y debemos. Y es que nos queda tanto por hacer…

Si por algo podremos estar satisfechos, siempre será ese granito de arena que nosotros hayamos puesto para la construcción de un mejor derecho de familia y la ayuda para la formación de grandes especialistas en esta ardua y difícil materia. Y digo, especialmente, ardua, por la dificultad que conlleva el armonizar los sentimientos y los conocimientos jurídicos, porque si de algo se caracteriza nuestra especialidad es por la combinación de lo emocional y lo jurídico.

Y en esa labor de mejorar el derecho de familia sabéis que siempre

ha estado al frente la AEAFA. Pero esta vez me vais a permitir que destaque también la labor de otra asociación a la que tanto quiero y en la que la AEAFA ha sido estrecha colaboradora: AIJUDEFA (Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia).

La principal misión de AIJUDEFA también es mejorar el derecho de familia, pero esta vez en un ámbito internacional. Esa fue la ilusión con la que los fundadores iniciamos este maravilloso proyecto del que me honro haber sido su primera presidenta, no solo por la categoría jurídica de los profesionales que la componen, sino, ante todo, humana.

Este año, AIJUDEFA organizó su Tercer Congreso Internacional en Sevilla, España. Congreso que, después de no pocos problemas, resultó ser todo un éxito gracias a la labor de equipo de toda la junta directiva y, por supuesto, a todo el resto de ponentes y participantes (más de 150 de 27 diferentes jurisdicciones).

Y ahora, aprovechando este artículo, me gustaría compartir con todos vosotros un breve resumen del aprendizaje que nos llevamos todos lo que tuvimos la suerte de estar allí y vivir ese gran evento.

Hemos tratado, entre otros temas, la forma y el procedimiento para evaluar y determinar el interés superior del menor. El derecho del niño a ser escuchado se desarrolla a través de un proceso y podemos seguir unas pautas que conllevan un itinerario para que esa escucha sea efectiva, adaptándola también a los niños, niñas y adolescentes con una discapacidad intelectual y psicosocial. Nos han alertado de la diferencia entre escuchar y tomar en cuenta. En definitiva, el interés superior del niño es un concepto dinámico y todos los operadores jurídicos deberían conocer estas reglas básicas que vienen establecidas en la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño, a fin de poder dotar de sentido y contenido este concepto.

Nos hemos adentrado en algunos de los desafíos del derecho de familia y hemos tratado temas como la gestación por subrogación, analizando no solo las diferentes posturas de los distintos Estados, sino el debate filosófico, bioético y jurídico que conlleva, así como la triada a conciliar entre el componente genético, el gestacional y el volitivo o socioafectivo, difícil tema que genera numerosas polémicas en nuestra sociedad, donde se discute ampliar los contornos de los vínculos familiares más allá del parentesco introduciendo la socio afectividad.

Nos han hablado del mundo de las monedas virtuales en los procesos de separación y divorcio, y hemos descubierto, al menos algunos de nosotros entre las que me incluyo, que existen empresas que ofrecen servicios para descubrir si alguna de las partes tiene inversiones de este tipo ya que no existen registros centrales de monedas virtuales y ello da lugar a mucho fraude.

Hemos podido conocer el contenido de un testamento vital y su escasez de regulación jurídica, entrando a analizar un difícil caso de sucesión y su diferente tratamiento en distintas jurisdicciones, analizando las pensiones en los diferentes países y su extinción en hijos mayores de edad, y, por supuesto, no puedo olvidar uno de los temas que más me apasionan, como es la sustracción internacional de menores, abarcando en este congreso el diferente concepto de residencia habitual con el análisis de distintos casos reales.

Sé que me dejo muchos temas en el tintero que hemos tratado en estos tres intensos dias, pero me es imposible en un breve articulo resumir todo lo aprendido y vivido en este fabuloso congreso aunque no puedo dejar de mencionar la conferencia de clausura, la cual

me inspiró para el título de este artículo, y que nos dejó a todos impactados por el gran desconocimiento que tenemos de un grave problema de carácter mundial que nos concierne a todos como sociedad y no solo a los operadores jurídicos, el abuso sexual infantil.

Ahora sé distinguir entre el término pornografía infantil y MASI, Material de abuso sexual infantil (imágenes y videos que muestran situaciones de abuso y explotación de víctimas menores de edad.). El término Masi es más adecuado porque describe la naturaleza de este tipo de imágenes. Este tipo de violencia sexual conlleva, lógicamente, un desequilibrio de poder ya que el agresor se encuentra en un situación superior de control sobre la víctima, supone involucrar a un niño en actividades sexuales que no está capacitado para comprender, para las cuales no tiene el desarrollo suficiente y no está capacitado para consentir.

El aumento considerable de casos (un 72%) en los últimos años, siendo los más vulnerables los niños/as de 7 a 13 años, y, entre ellos, sigue destacando la vulnerabilidad de las niñas, con un 93 % de los casos, nos puede dar una idea de que el abuso sexual infantil es un importante problema universal con efectos graves para toda la vida, por lo que es necesario mayor información y la aplicación de las medidas de prevención por parte de la familia y los gobiernos.

Y ahí está también nuestra labor y nuestro reto como profesionales dedicados a esta materia, en la lucha por un mejor derecho de familia, en el que lógicamente, se incluye la lucha por la mejora de los derechos de la infancia, la cual precisa de una mayor protección debido a la vulnerabilidad de su naturaleza.

Y con este reto me despido de todos vosotros deseando que descanséis estas vacaciones que ya llegan pero rogándoos que no dejéis de apoyar la labor que realizan asociaciones como AEAFA y AIJUDEFA, participando en nuestros congresos y conferencias, formándoos como especialistas y, ante todo, librando esta dura batalla que desde hace años hemos asumido como primordial en nuestra labor profesional, una mejor sociedad a través de un mejor derecho de familia.

Lola López-Muelas Vicente
Vocal de la AEAFA

ARTÍCULO DOCTRINAL

DERECHOS DEL MENOR, VIOLENCIA E INCONSTITUCIONALIDAD: ¿LA CLAVE ESTÁ EN EUROPA?

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional Privado (Universidad de Murcia)

SUMARIO

I. La regla general y la regla excepcional del art. 94.4 CC.
II. Vulneración del art. 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.
III. Vulneración del art. 9 y del art. 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.
IV. Vulneración del art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
V. La hora de la acción ha llegado. En defensa del derecho del menor a relacionarse con sus padres.
1. Cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo.
2. Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos.
VI. Soluciones inviables.
VII. Vulneración de la presunción de inocencia.
VIII. Reflexiones finales.

I. LA REGLA GENERAL Y LA REGLA EXCEPCIONAL DEL ART. 94.4 CC.

1. El art. 94.4 CC establece lo siguiente: "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial".

La redacción transcrita es fruto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 junio 2021) y entró en vigor el día 3 de septiembre de 2021.

2. En frecuentes supuestos se ha suscitado la aplicación de este párrafo cuarto del art. 94 CC. Así ha sucedido en el caso ya mega famoso del Auto dictado por la magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Móstoles, en Madrid, en cuya virtud se ha elevado cuestión de inconstitucionalidad del precepto ante el Tribunal Constitucional. En un procedimiento contemplado en el art. 158 CC, el padre solicitó, en un régimen de custodia compartida, que se suspendiera la custodia de la madre con el hijo común. Se basaba para ello en que el hijo había sido víctima de maltrato por la madre, que le habría causado una contusión en el pómulo. Se incoaron diligencias previas, sin que el juzgado penal hubiera adoptado ningún tipo de medida cautelar. Tampoco constaba archivo o sobreseimiento del proceso penal. A partir de ello, se plantea la aplicación del 94.4 CC para eliminar la custodia compartida, la estancia y la visita del otro progenitor. El objetivo es claro: interrumpir todo contacto entre madre e hijo.

3. El art. 94.4 CC contiene una regla general y una regla excepcional. La regla general consiste en que el juez no debe acordar un régimen de visita o estancia, y si existiera, deberá suspenderlo, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. En esta regla, el juez no tiene margen alguno. En presencia de esta circunstancia, el juez debe, directamente, no acordar ningún régimen de visita o estancia o, si existe, deberá suspenderlo. Es una regla automática. En la misma, el juez no tiene ningún poder de valoración discrecional del caso concreto. En presencia de esta circunstancia, el juez debe, directamente, no acordar ningún régimen de visita o estancia o, si existe, deberá suspenderlo. Es una regla puramente mecánica, que no permite al juez valorar los datos del caso concreto del que se trate. Y es la regla general.

La regla excepcional consiste en lo siguiente. El juez podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia pero siempre que (i) lo motive y lo base en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y (ii) lleve a cabo una previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

4. Los operadores jurídicos se han planteado si las dos reglas contenidas en el art. 94.4 CC vulneran la Constitución española de 27 diciembre 12978 y si son también contrarias a las normas recogidas en los convenios internacionales firmados por España y que contienen determinados derechos de los menores. Abróchense los cinturones, juristas especializados en Derecho de Familia, porque vamos a despegar.

II. VULNERACIÓN DEL ART. 10 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 27 DICIEMBRE 1978.

5. El artículo 10 de la Constitución española establece: "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España").

6. Puede decirse que la redacción actual del art. 94.4 CC vulnera el citado art. 10 CE 1978, ya que infringe el derecho del menor al libre desarrollo de su personalidad. En efecto, el libre desarrollo de la personalidad del menor comprende el derecho del mismo a relacionarse con sus padres. Este derecho a relacionarse con am-

bos padres está intrínsecamente conectado con desarrollo afectivo y educativo que los padres proporcionan al menor. Ambos padres contribuyen por igual, cada uno con sus roles y con sus diferentes aportaciones, a la formación de su personalidad. Si la regla general es que este derecho se suspende o no se permite (art. 94.4 CC) debe decirse que la regla general no sintoniza bien con el art. 10 CE 1978. En otras palabras menos cautelosas puede decirse, directamente, que el art. 94.4 CC es contrario al art. 10 CE 1978.

III. VULNERACIÓN DEL ART. 9 Y DEL ART. 3 DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

7. El art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño (CDN) hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990) indica que: "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". El texto en lengua inglesa resulta más indicativo, más preciso y más adecuado, pues la traducción al castellano no es del todo exacta. Dice así la versión del precepto en la lengua de Shakespeare: "1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child".

8. Pues bien el art. 94.4 CC también vulnera lo establecido en el citado art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989. Además, con arreglo al art. 10.2 CE 1978, como antes se ha visto, el derecho del menor al libre desarrollo de su personalidad debe ser interpretado "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

9. La Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 constituye una pieza clave y fundamental del Derecho mundial de los menores. Tras la ratificación de Somalia en 2015, son ya 196 los Estados partes en esta convención. Sólo los EE.UU. no han ratificado este texto legal y ello por varias razones.

En primer lugar, porque algunos juristas norteamericanos opinan que la Convención otorga derechos a los niños y ello, se dice, podría perjudicar los derechos de los padres a decidir en relación con la vida de sus hijos. En particular, se dice también que la convención obliga a escolarizar a los niño y ello comportaría perjuicios para la "escuela en casa" ("homeschooling"), una práctica muy arraigada en ciertas zonas y poblaciones de los EE.UU. En los EE.UU. está permitido que los niños no vayan al colegio y sigan planes de educación en sus casas, aprobados por sus padres. En definitiva, los niños no van al colegio y sus padres guían su educación en su casa.

En segundo lugar, también se dice que la ratificación de la Convención por los EE.UU. podría hacer que las competencias para regular la educación y, en general, la vida de los menores, pasarían al Gobierno Federal de dicho país. Ello no encaja con el deseo de muchos States norteamericanos de conservar esta competencia.

En tercer lugar, finalmente algunos especialistas han subrayado que mediante esta ratificación, los EE.UU. renuncian a su soberanía regulativa de la vida de los menores y que el incumplimiento de la Convención en los EE.UU. podría comportar responsabilidad internacional de este país.

10. La Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre no constituye un mero conjunto de pautas de buen comportamiento para los Estados y nada más. Todo lo contrario: sus normas son Derecho aplicable e imperativo en todos los Estados que la han ratificado. La Convención se aplica a todo niño "sujeto a la jurisdicción de los Estados partes" (art. 2), expresión polémica, y pésima traducción al castellano del idioma francés, que deja poco claro, cierto es, a qué niños alcanza la convención. Una interpretación amplia es deseable y conveniente, de modo que puede afirmarse que la convención se aplica a todo niño respecto del que las autoridades judiciales y administrativas de un Estado parte deban tomar decisiones legales, con independencia de que el niño sea nacional de ese Estado y/o resida legal y/o habitualmente en dicho país.

11. La cuestión más polémica sobre esta Convención es su posible "aplicabilidad directa". Para que los particulares puedan invocar la convención directamente ante las autoridades públicas y ante otros particulares, se exigen varios requisitos. Primero: la Convención debe haber sido incorporada al Derecho interno, algo

indudable en el caso español. Segundo: el contenido del tratado debe ser suficientemente preciso para no necesitar una legislación interna de desarrollo, lo cual, salvo ciertas disposiciones concretas, parece también verificarse. Tercero: la Convención debe contener "derechos de los individuos" y no sólo y exclusivamente "obligaciones para los Estados partes". Este aspecto es muy controvertido: muchos preceptos de la convención están claramente dirigidos a los Estados, -ad ex.: "los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento..." (art. 14.1)-, pero otros reconocen derechos directamente a los menores -ad ex.: "el niño [...] tendrá derecho a mantener [...] relaciones personales y contactos directos con ambos padres" (art. 10.2)-. El resultado ha sido una tempestuosa polémica sobre la (in)aplicabilidad directa de esta Convención. Ello ha sido muy notable en Francia: la Cour de Cassation optó en los años noventa del pasado siglo por la "no aplicabilidad directa de la Convención" (sentencia de la cour de Cassation de Francia de 10 marzo 1993, Bulletin, 1993, I, n° 103, p. 69), mientras que el Conseil d'État del vecino país admitió la "aplicabilidad directa" de algunos preceptos de la Convención. Es por ello que la doctrina más atrevida afirmaba que éste era un "tratado maltratado" por la Cour de Cassation ("un traité maltraité") (C. NEIRINCK / P.M. MARTIN, "Un traité bien maltraité", JCP La Semaine Juridique, 1993, ed. G. n° 3677). Sin embargo, la Cour de Cassation francesa reflexionó y cambió el criterio en Francia. La sentencias Cour de cassation Francia de 13 julio 2005 (Bulletin, 2005, I, n° 334, p. 276), de 18 mayo 2005 (Bulletin, 2005, I, n° 212, p. 180) de 14 junio 2005 (Bulletin, 2005, I, n° 245, p. 207) y de 22 noviembre 2005 (Bulletin, 2005, I, n° 434, p. 364) aceptan la aplicabilidad directa de ciertos preceptos de la convención, como el art. 3.1 (interés superior del niño) y art. 12.2 (audiencia al menor). En España la cuestión no parece grave. En efecto, el art. 3.1 LOPJM indica que "[l]os menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social", con lo que debe estimarse que los preceptos de la convención que recogen "derechos del menor" son directamente aplicables en España.

12. La redacción actual del art. 94.4 CC vulnera este citado art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.

En efecto, el art. 94.4 CC obliga al juez a eliminar el derecho del menor a relacionarse con sus padres sin que pueda el juez de ningún modo analizar las circunstancias del caso concreto. Por ello, infringe también el derecho del menor al libre desarrollo de su personalidad. En efecto, el art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 indica que este derecho del menor existe de modo directo e inmediato por obra y gracia de dicha convención internacional, esto es, por disposición legal, ope legis. Acto seguido afirma el art. 94.4 CC que tal derecho se puede de restringir por una autoridad administrativa o judicial si el contacto del menor con sus padres es necesario en el interés superior del niño. Tal restricción puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres. Es decir que el art. 94.4 CC subvierte el orden aplicativo trazado por el art. 9 CDN 1989. Por tanto, el art. 94 CC vulnera el precepto de la convención y es, por ello, inaplicable en España, pues una norma española de producción interna no puede regular una cuestión en un sentido contrario a lo establecido en normas internacionales (art. 96.1 CE 1978). Un derecho del menor que es un derecho constitucional e internacional no se puede suspender ni eliminar ni restringir por disposición legal y luego que juez levante dicha prohibición (= que es lo que dice el art. 94 CC). Es cierto que el diablo se esconde en los detalles, como dice el viejo y acertado proverbio. Por ello, hay que recordarle al legislador español que no es lo mismo que la regla general, de interpretación expansiva, sea un derecho del menor a relacionarse con sus padres y que la regla excepcional sea que tal derecho se pueda restringir o eliminar por la autoridad judicial (= que es lo que indica el art. 9 CDN) que al revés (= que es lo que recoge el art. 94.4 CC). En matemáticas el orden los factores no latera el producto. En Derecho, por el contrario, cambiar el orden de los factores, de las reglas, lo altera todo. Porque el Derecho no es aritmética. Es un arte, el arte de lo bueno y justo, ars boni et aequi, en sabia y certera definición de Celso (Celso hijo, en Digesto 1,1, 1). Porque decidir si un niño tiene contacto con sus padres o no lo tiene no es cuestión de matemáticas, sino de Justicia.

13. El art. 94.4 CC se opone frontalmente al art. 9 CDN porque la regla general que contiene el precepto del Código Civil es automática y mecánica. Basta con que un progenitor haya sido acusado, incluso falsamente, de haber atentado "contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos", para que el juez se vea obligado a eliminar o suspender el

derecho del menor a relacionarse con sus padres. El juez no debe motivar la suspensión o eliminación de tal derecho ni puede valorar y calibrar las circunstancias del caso concreto. Por el contrario, según el art. 94.4 CC, para mantener este derecho constitucional del menor, resulta preciso que el juez motive su decisión y tenga presentes los elementos de la situación y además requiera los informes precisos para una "evaluación de la situación de la relación paternofilial".

14. Por otro lado, el art. 94.4 CC vulnera igualmente el art. 3.1 CDN 1989. En efecto, en la medida en la que la regla general recogida en el art. 94.4 CC impide valorar el interés del menor en el caso concreto. El art. 3.1 CNY 1989 impone una "monitorización del Derecho español", lo que significa que el resultado de la aplicación del art. 94.4 CC debe ser acorde con el interés de menor. En caso contrario, esta disposición legal no puede aplicarse. Así lo establece también el artículo 2 LOPJM 1/1996 (Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en BOE núm. 15 de 17 enero 1996): "En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Por tanto, el juez que conoce del caso debe tener la máxima libertad para poder limitar o no el contacto de un padre / madre con su hijo. El art. 3.1 CDN exige una "plena libertad de decisión del juez", precisamente, para satisfacer el interés del menor. Así, por ejemplo, si ambos progenitores solicitan el mismo día la aplicación de la regla general del art. 94.4 CC, resultará que al día siguiente el menor podría tener que ser enviado a un hospicio o a servicios sociales, pues el precepto legal citado impide que tenga contacto alguno con sus padres. Ello no sintoniza bien con el "interés del menor", pues el juez no ha podido valorar los datos de caso concreto para dejar claro si el contacto del menor con sus padres le perjudica o no.

IV. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

15. El art. 94.4 CC vulnera, igualmente, el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), hecho por el Consejo de Europa en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979). Este precepto recoge el derecho de toda persona, incluidos, naturalmente, los menores, al "respeto de su vida privada y familiar". La vida familiar incluye el derecho del menor a relacionarse con sus padres. Las restricciones a este derecho (= "injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho") sólo se admite si (a) dicha ingerencia está prevista por la ley y (b) es necesaria para la protección del menor.

16. Numerosa jurisprudencia del TEDH ha reafirmado la existencia, en el art. 8 CEDH, del derecho del niño a relacionarse con sus padres. Aquí se destacan algunos ejemplos indicativos de dichos pronunciamientos del TEDH.

17. La STEDH 24 marzo 1988, Olsson contra Suecia [texto en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57788] se enfrentó a un caso en el que los padres, demandantes ante el TEDH, se quejaron sobre la legislación sueca en materia de atención a la infancia y la práctica de los tribunales suecos. Sus hijos habían sido dados en acogimiento y algunos de ellos fueron colocados a gran distancia del hogar de los padres.

El TEDH no les dio la razón en cuando a la adopción de estas medidas de acogimiento de los menores. Es cierto que la colocación de los menores en hogares de acogida son "injerencias" en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. Ahora bien, estas injerencias están permitidas por la Ley y son conformes con el art. 8 CEDH incluso aunque ofrezcan una amplia discrecionalidad a las autoridades públicas, siempre que éstas motiven de modo adecuado la adopción de tales medidas. En suma, las injerencias de las autoridades públicas que persiguen objetivos legítimos de protección de la salud o la moral y de protección de los derechos y libertades de los demás (los niños), son legítimas y no vulneran el citado art. 8 CEDH. Esas medidas que privan a los menores del contacto con sus padres, deben adoptarse por las autoridades estatales de forma razonable, cuidadosa y con buena fe, y además deben estar justificadas por razones "pertinentes y suficientes". El TEDH constató que los demandantes habían participado en el proceso de toma de decisiones, visto en su conjunto, en un grado suficiente para proporcionar la necesaria protección de sus intereses. Las decisiones de las autoridades suecas de acoger a los niños y de rechazar las peticiones de los demandantes de poner fin a la acogida se basaron en informes sociales respaldados por declaraciones de personas que conocían bien los antecedentes. Los tribunales suecos pudieron formarse su propia impresión del caso y sus sentencias no fueron revocadas en apelación. Las autoridades suecas disponían de un margen razonable,

teniendo en cuenta su margen de apreciación, para decidir que la acogida de los menores era necesaria y también tenían razones suficientes para pensar que la decisión de acogida debía permanecer en vigor. Por estas razones, el TEDH concluyó que, en este caso, no se había producido una vulneración del art. 8 CEDH.

Ahora bien, el TEDH constató aunque la decisión de colocar a los menores en acogimiento era correcta y encajaba bien en el art. 8 CEDH, resulta que no lo fue la decisión de ejecutar tal acogimiento. En efecto, varios menores fueron colocados a gran distancia del hogar de sus padres, de manera que éstos tenían un difícil e irregular acceso a tales menores. En tal sentido, las medidas adoptadas en aplicación de la decisión de acogimiento no estaban respaldadas por razones suficientes que las justificaran como proporcionadas al objetivo legítimo perseguido y por lo tanto, no eran "necesarias", pues de modo injustificado, conducían a restringir la relación de los menores con sus padres.

18. La STEDH 7 agosto 1996 Johansen vs. Noruega [texto en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-9567] trató sobre la acogida de una niña por parte de servicios públicos noruegos. Al privarse a la madre del contacto con la menor, sí existió una "injerencia en el derecho de la madre demandante al respeto de su vida familiar con su hija". El TEDH constató que esta medida tenía una base en el Derecho noruego y que era necesaria para la protección de objetivos legítimos, la protección de la salud de la hija, y que, por tanto, eran restricciones "necesarias en una sociedad democrática". En efecto, la decisión de acogimiento en cuestión se basó en razones pertinentes y suficientes a efectos del art. 8.2 CEDH y se apoyaron en evaluaciones minuciosas y detalladas realizadas por expertos designados por las autoridades nacionales competentes y el tribunal actuó dentro de su margen de apreciación. Las medidas en cuestión fueron especialmente importantes ya que privaron totalmente a la madre de su vida familiar con la menor, al eliminar su derecho de visita a la menor. Dicha privación sólo puede implementarse en circunstancias excepcionales y sólo pueden justificarse si están motivadas por una exigencia imperativa relativa al interés superior del niño.

Sin embargo, en este caso, las autoridades noruegas denegaron posteriormente la visita de la madre a la hija en el hogar de acogida. El TEDH estimó que esta segunda decisión no estuvo suficientemente justificada a los efectos del art. 8.2 CEDH, ya que no se había demostrado que la medida (la denegación de la visita) correspondiera a una exigencia imperativa en interés de la niña, por lo que las autoridades noruegas habían sobrepasado su margen de apreciación.

19. La STEDH 16 septiembre 1999, Buscemi vs. Italia se enfrentó a un caso en el que, tras la separación del demandante de su novia, el Tribunal de Menores de Turín concedió la custodia de su hija a la madre. Posteriormente, la madre entregó la niña al padre, quien solicitó al tribunal que se le transfiriera la custodia legal de la niña. El tribunal decidió internar a la niña en un hogar para niños, con visitas para la madre una vez a la semana y para el padre una vez al mes. El tribunal también nombró a dos peritos, uno psicólogo y otro neuropsiquiatra, para determinar a qué progenitor debía atribuirse la custodia del niño. Uno de los peritos ejercía una actividad secundaria como comerciante ambulante. El demandante, padre de la menor, recurrió la decisión de internar al niño en un hogar infantil. El tribunal desestimó su solicitud basándose, entre otras cosas, en que la niña se había estabilizado desde que se encontraba en el hogar infantil y había expresado su deseo de volver con su madre. El Tribunal de Menores volvió a conceder la custodia a la madre y otorgó al demandante un régimen de visitas mensual estrictamente supervisado. El TEDH estimó que no se vulneró el art. 8 CEDH 1950, pues la restricción al derecho del padre a relacionarse con menor y viceversa estaba objetivamente justificada por razón de salud y protección del hijo, ya que se observó que dicho contacto podía poner al niño en situación inestabilidad psicológica.

20. La STEDH 19 septiembre 2000, Gnahoré vs. France, tuvo como objeto el caso de un padre de tres hijos que fue separado de uno de sus hijos al detectarse que éste había sido ingresado como paciente externo en un hospital. Se sospechaba que las lesiones que presentaba podrían haber sido causadas por malos tratos por parte del padre. Éste fue acusado de agresión dolosa a un menor de quince años. El juez de menores ordenó el internamiento del menor y prohibió todo contacto con su padre. La sala especial de menores del tribunal de apelación recomendó, no obstante, que se fomentara el contacto entre el demandante y su hijo, siempre que el demandante mantuviera la calma. El juez de instrucción dictó un auto de sobreseimiento de la causa contra el demandante por falta de pruebas. El demandante solicitó que se revisara el acogimiento de su hijo a la luz de la desestimación de los cargos. Sin embargo, la sala confirmó la colocación del niño y la suspensión del contacto. El TEDH indicó que el internamiento del menor y las restricciones de los contactos entre padre e hijo, constituían una injerencia en el derecho del demandante al respeto de su vida familiar. Ahora bien, estas medidas fueron acordadas con arreglo a la ley y se adoptaron para proteger los intereses

del menor. Por tanto, la injerencia perseguía el objetivo legítimo de proteger los derechos y las libertades de los demás. En cuanto a las medidas adoptadas antes del auto de sobreseimiento de la acusación, el interés primordial del niño de ser protegido de un padre sospechoso de tal delito, justificaba la adopción de la ruptura de los contactos entre padre e hijo y encajaba con el art. 8 CEDH. En lo que respecta a la continuación del acogimiento del niño después de la desestimación de la acusación, los tribunales basaron sus decisiones en razones -como la incapacidad del padre para criar al niño- que parecían pertinentes y sus decisiones reflejaban una preocupación por actuar en el interés superior del niño, preocupación que había llevado al juez de menores no sólo a seguir las recomendaciones de los expertos, sino también, en particular, a reunirse con el demandante. Por lo tanto, teniendo en cuenta su margen de apreciación, las autoridades habían tenido motivos razonables para considerar que era necesario que continuara el acogimiento del menor. El Tribunal observó que padre e hijo habían estado separados durante más de ocho años, período durante el cual el contacto entre ellos había sido muy esporádico. Por tanto, la reconstrucción de la unidad familiar resultaría ahora, con toda probabilidad, demasiado perturbadora para el niño. En otras palabras, una situación que sólo debía ser temporal se había convertido en una situación a largo plazo, creando así un obstáculo para la reanudación del contacto entre padre e hijo.

21. La STEDH 17 abril 2012, Horych vs. Polonia, trató un caso estrella, el relativo a un padre en prisión que solicitaba mantener el contacto con sus hijas, tanto a nivel de comunicación directa con ellas como el contacto físico con las menores, lo que no siempre es fácil cuando una persona es un delincuente peligroso que está encarcelado, como era el caso. El padre se quejaba de que las autoridades no garantizaban las condiciones satisfactorias para los encuentros con sus hijas y, en segundo lugar, se quejaba también del régimen específico de visitas, que en la mayoría de las ocasiones excluía su contacto físico directo con los visitantes y, por último, del horario de visitas de la prisión. El TEDH señaló que “las visitas de los niños [...] en prisión requieren medidas especiales y pueden estar sujetas a condiciones específicas dependiendo de su edad, los posibles efectos sobre su estado emocional o su bienestar, y las circunstancias personales de la persona visitada”. El TEDH señaló también que “las obligaciones positivas del Estado conforme al artículo 8 [...] incluyen el deber de establecer condiciones adecuadas, lo más libres de tensiones posible para los visitantes, para la recepción de las visitas de sus hijos, prestando atención a las consecuencias prácticas de la privación de libertad”. El TEHD señaló que “la detención, al igual que cualquier otra medida de privación de libertad de una persona, conlleva limitaciones inherentes a su vida privada y familiar. Sin embargo, es parte esencial del derecho del detenido al respeto de su vida familiar que las autoridades le permitan o, si es necesario, le ayuden a mantener el contacto con su familia cercana”. No se trata de que un preso, o un detenido, pierda sus derechos en virtud del Convenio por el mero hecho de su condición; una persona conserva sus derechos en virtud del Convenio mientras está detenida, por lo que cualquier restricción de esos derechos debe estar justificada en cada caso concreto. Esta justificación puede derivarse, entre otras cosas, de las consecuencias necesarias e inevitables del encarcelamiento o de un vínculo adecuado entre la restricción y las circunstancias del detenido en cuestión. Por tanto, en la medida en que sea posible y no exista perjuicio para el menor, los Estados partes deben garantizar el contacto entre padre e hijo incluso cuando el padre está en prisión, siempre con la adopción de las cautelas necesarias para que la visita al padre encarcelado se realice con total seguridad para el menor. El TEDH no halló, en este caso, una justificación convincente para la prohibición continuada y prolongada del contacto directo del demandante con su esposa e hijas. El TEDH observó que las medidas adoptadas no estaban aparentemente relacionadas con ningún temor o riesgo tangible que pudiera legitimar las restricciones de contacto físico. En suma, el TEDH concluyó que las restricciones impuestas por las autoridades al derecho de visita del padre, junto con su continua y prolongada falta de garantía de las condiciones adecuadas para las visitas de sus hijas, no lograron un justo equilibrio entre las exigencias del régimen de “detenido peligroso”, por un lado, y el derecho del demandante al respeto de su vida familiar, por otro y por ello determinó que se había producido una violación del art. 8 CEDH. En este sentido, la STSJ Aragón 8 febrero 2017 [ECLI:ES:TSJAR:2017:35], una sentencia valiente y muy bien fundada estableció que las autoridades públicas tienen el deber de garantizar el contacto del padre con el hijo menor incluso si el padre está en prisión “mientras no lo desaconseje el interés del menor” (https://espacioasesoria.com/regimen-de-visitas-para-progenitor-en-prision). Éstas son sus palabras: “el derecho a la relación entre el padre y su hijo está reconocido en los preceptos mencionados de derecho aragonés, así como en los acuerdos y convenios internacionales de los que el Estado español es parte, como son la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 9.3) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 24.3). Como expresa la STC de 22 de diciembre de 2008 , dicha relación constituye un derecho tanto del progenitor no custodio como del hijo, como manifestación del vínculo que les une y que ha de contribuir al desarrollo de la personalidad y afectividad del menor, relación que solo puede ser limitada o suspendida cuando concurran graves

circunstancias que así lo aconsejen, en interés del menor, o en caso de incumplimiento grave y reiterado de la resolución judicial en que se fije".

22. La STEDH 17 diciembre 2002 Venema vs. Países Bajos, tuvo que resolver un caso complicado. Una menor, hija de padres holandeses, fue hospitalizada. Su madre padecía el síndrome de Munchhausen. Es éste un trastorno psicológico que consiste en la búsqueda compulsiva de atención médica innecesaria por parte del padre en relación con su hijo, al que cree siempre enfermo. El nombre del síndrome deriva de las aventuras del Barón de Munchhausen, libro escrito en 1985 por Rudolf Erich Raspe, en el que dicho barón (Hieronymus Carl Friedrich von Münchhausen) relataba sus fantásticas aventuras, tales como haber bailado en el vientre de una ballena, haber volado hasta la Luna, haber montado sobre una bala de cañón y haber escapado de una ciénaga mediante el muy creíble y científico procedimiento de tirarse de su propia coleta. En este caso, los tribunales indicaron que la separación de la menor de sus padres era necesaria, pues este síndrome perjudicaba, sin duda, la salud del menor. Sin embargo, el TEDH señaló que los médicos habían indicado que era conveniente que las autoridades discutieran el caso con los padres de la niña y esto no se hizo: se decretó la tutela provisional basada en un mero informe obtenido del hospital y de una clínica psiquiátrica infantil. En ningún momento se invitó a los padres a comentar las sospechas que pesaban sobre ellos, ni se les hizo partícipes del proceso. Sólo se les comunicó cuando la niña ya estaba bajo orden de tutela y ya colocada en hogar de acogida y sólo entonces los padres pudieron expresar sus opiniones. El TEDH fue terminante: se había vulnerado el art. 8 CEDH 1950, pues la restricción y eliminación del derecho de los padres a relacionarse con menor y viceversa no se hizo correctamente.

23. La STEDH 18 junio 2013, RMS vs. España tuvo que ver con un caso realmente difícil en el que se priva a la madre de contacto con su hija por el mero hecho de que carecía de recursos económicos: es un caso de aporofobia por parte de la Administración. Una niña de tres años y diez meses de edad en ese momento, fue separada de su madre a petición de una trabajadora social, después de que la demandante hubiera acudido al departamento de servicios sociales en busca de ayuda económica debido a su difícil situación. Dos días después, el departamento provincial competente dictó una resolución provisional en la que se declaraba el abandono de la niña. La madre fue informada de que el departamento había asumido la tutela de su hija y que ésta había sido ingresada en un hogar infantil. Posteriormente la menor fue entregada a una familia de acogida. El TEDH estimó que la decisión de colocar a la niña en un hogar y las posteriores decisiones de retirar el derecho de contacto de la demandante de forma completa y permanente y de trasladar a la niña a otro hogar se habían tomado sobre la base de un mero informe del trabajador social de octubre de 2005. Sin embargo, este informe debería haber ido seguido rápidamente de una evaluación detallada de la situación de la menor y de su relación con sus padres, de acuerdo con las normas vigentes. Se trató, en realidad, de la emisión automática de una orden de tutela y la declaración de abandono de la niña, sobre la base del supuesto estado de salud de la niña, de su supuesta falta de apego emocional a su madre y de la afirmación de que la conducta violenta de ésta durante las visitas de contacto estaba perturbando la estabilidad y el desarrollo de la niña. Sin embargo, el tribunal español no fundamentó las razones aducidas. No se tuvo en cuenta el hecho de que la niña era muy pequeña cuando fue separada de su madre, ni el vínculo emocional existente entre madre e hija, ni el tiempo transcurrido desde su separación y las consecuencias que ésta tuvo para ambas. La orden de tutela se dictó debido a la difícil situación económica de la demandante en aquel momento, sin tener en cuenta los cambios posteriores en sus circunstancias. La madre se enfrentó simplemente a una escasez de fondos, una situación que las autoridades nacionales podrían haber ayudado a remediar por medios distintos a la ruptura completa de la familia, que es una medida de último recurso que sólo se aplica en los casos más graves. La función de las autoridades de asistencia social es precisamente ayudar a las personas en situación precaria a encontrar formas de superar sus dificultades. Los tribunales se negaron a tener en cuenta la modificación de la situación económica de la demandante que ésta pretendía invocar para recurrir la declaración de abandono de su hija, limitándose a mantener la declaración adoptada por las autoridades administrativas. La madre se había visto obligada a demostrar que era una buena madre para su hija. Cuando presentó pruebas a tal efecto, los tribunales competentes consideraron, sin ningún argumento que lo justificara, que eran insuficientes para superar la opinión de las autoridades administrativas, que entretanto había sido confirmada por una decisión judicial. Los tribunales españoles no habían realizado esfuerzos adecuados y efectivos para garantizar el derecho de la madre a vivir con su hija y, por tanto, habían violado su derecho al respeto de su vida privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH. España fue condenada a pagar 30.000 euros a la madre en concepto de daños no pecuniarios.

24. La STEDH 18 abril 2014, Z.J. vs. Lituania es también relevante. El TEDH subrayó que "el disfrute mutuo

por parte de padres e hijos de la compañía del otro constituye un elemento fundamental de la vida familiar". Además, la relación familiar natural no se extingue por el hecho de que el niño sea acogido en una familia receptora o de acogida. Por ello, el TEDH estima que las decisiones del tribunal que se negaron a devolver a dos de los hijos del demandante a su hogar equivalen a una injerencia en su derecho al respeto de su vida familiar, garantizado por el art. 8 CEDH. El TEDH indicó que "para determinar si la denegación de la custodia y del derecho de visita era necesaria en una sociedad democrática, el tribunal que conoce del caso tiene que considerar si, a la luz del caso en su conjunto, las razones aducidas para justificar esta medida eran pertinentes y suficientes a los efectos del art. 8-2 CEDH". El margen de apreciación que debe concederse a las autoridades nacionales competentes variará en función de la naturaleza de las cuestiones y de la importancia de los intereses en juego. En particular, al decidir sobre la custodia, el TEDH ha reconocido que las autoridades gozan de un amplio margen de apreciación. Sin embargo, es necesario un control más estricto tanto de cualquier otra limitación, como de las restricciones impuestas por dichas autoridades al derecho de visita de los padres, como de cualquier garantía jurídica destinada a asegurar una protección efectiva del derecho de los padres y de los hijos al respeto de su vida familiar. El art. 8 CEDH exige que las autoridades nacionales establezcan un equilibrio justo entre los intereses del niño y los de los padres y que, en el proceso de equilibrio, se conceda especial importancia al interés superior del niño que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el de los padres. En particular, un padre no puede tener derecho, en virtud del art. CEDH, a que se adopten medidas que puedan perjudicar la salud y el desarrollo del niño. El derecho de los padres al contacto con sus hijos ni su contrapartida, la obligación de las autoridades nacionales, son absolutos, ya que la reunión de los padres naturales con los hijos que han vivido durante algún tiempo en una familia de acogida requiere preparación. El proceso de toma de decisiones de las medidas de injerencia debe ser justo y garantizar el debido respeto de los intereses salvaguardados por el art. 8 CEDH.

25. De la jurisprudencia reseñada se extraen varias enseñanzas que merece la pena exponer analíticamente.

Primera: El art. 8 CEDH recoge un derecho subjetivo del menor a relacionarse con sus padres y un derecho subjetivo de los padres a relaciones con sus hijos. Este derecho se integra en el derecho de todos ellos a una "vida familiar". Este derecho de mutua relación entre los miembros de una familia coadyuva al libre desarrollo de la personalidad del menor. Se trata de un "un elemento fundamental de la vida familiar".

Segunda. Los Estados partes deben respetar ese derecho subjetivo y crear las condiciones necesarias y oportunas para que el mismo pueda ser ejercitado por padres e hijos. Así, cuando un padre se halla en prisión, el derecho a relacionarse con sus hijos no desaparece. En tal supuesto, el Estado debe garantizar que el derecho de visita, comunicación y contacto entre padres e hijos se ejercitará en condiciones adecuadas para el menor.

Tercera. El derecho del menor a relacionarse con sus padres sin injerencias indebidas por parte del Estado existe ope legis, esto es, porque así lo establece el art. 8 CEDH. No tiene que ser concedido, otorgado ni autorizado por una autoridad estatal, judicial o administrativa. No puede ser suspendido o eliminado por obra exclusiva de la Ley, sino por una autoridad del Estado que debe valorar, siempre, los datos del caso concreto.

Cuarta. El derecho del menor a relacionarse libremente con sus padres no es absoluto. Se puede restringir por las autoridades judiciales o administrativas de un Estado parte en el Convenio. Para que dicha restricción sea ajustada a la ley, deben cumplir varias exigencias: (a) Las restricciones deben obedecer a razones objetivas que justifican la protección del menor. Por ejemplo, la defensa de la salud física o psíquica del menor o su derecho a recibir una educación adecuada; (b) Dichas razones objetivas deben ser convenientemente probadas, basadas en datos y elementos comprobables por la autoridad judicial; (c) Las "restricciones automáticas" a las relaciones entre padres e hijos, esto es, las restricciones que se establecen por ley sin que la autoridad judicial pueda valorar su conveniencia o inconveniencia son contrarias al art. 8 CEDH; (d) En el proceso de adopción de dichas medidas restrictivas, deben ser conveniente informados y consultados tanto el menor como los padres; (e) La ruptura de la familia es siempre la medida de último recurso que sólo procederá en los casos más graves.

V. LA HORA DE LA ACCIÓN HA LLEGADO. EN DEFENSA DEL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SUS PADRES.

1. Cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo.

26. Frente a un art. 94.4 CC que vulnera lo establecido en el art. 10 CE 1978, en el art. 9 CDN, en el art. 3 CDN y en el art. 8 CEDH 1950, es posible reaccionar con diversas medidas jurídicas y recursos legales.

En primer lugar, es posible solicitar al juez que conoce del caso en el que se debe aplicar el art. 94 CC, que plantee una cuestión de inconstitucionalidad por infracción del art. 10 CE 1978 y arts. 3 y 9 CDN, que presenta un valor de interpretación constitucional del derecho del menor a relacionarse con sus padres (art. 10.2 CE 1978). Con ello se logra un objetivo muy interesante: que la decisión del juez de eliminar o suspender el derecho de custodia o visita o comunicación del menor con sus padres se paralice. Hasta que no se resuelva dicha cuestión de inconstitucionalidad, el menor seguirá en comunicación con sus padres. En efecto, el art. 35.3 LOTC (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en BOE núm. 239, de 5 octubre 1979) establece que "el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión" y "producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión".

En segundo lugar, también es posible recurrir en amparo ante el Tribunal constitucional. Esta opción exige agotar previamente todos los recursos legalmente previstos en vía judicial ordinaria, lo que merma su eficacia práctica en la defensa del derecho del menor a relacionarse con sus padres.

En tercer lugar, cabe también interponer un recurso ante el TEDH, órgano que dispone de su sede oficial en la ciudad francesa de Estrasburgo y basado en la infracción del art. 8 CEDH 1950. El TEDH conoce de demandas individuales interpuestas contra actos de Estados partes en el convenio por haber vulnerado derechos recogidos en el mismo.

2. Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos.

27. La persona que agota todas las vías de recurso previstas en el Derecho nacional de un Estado parte, puede recurrir ante el TEDH y demandar a ese Estado parte por haber incumplido el convenio, en este caso, el art. 8 del mismo. Si dicho demandante gana el caso, el TEDH puede condenar al Estado parte a pagar una indemnización a la persona cuyos derechos se han visto vulnerados.

28. En cuanto a la sentencia española que puede haber vulnerado el art. 8 CEDH en aplicación del art. 94.4 CC, debe decirse que se puede ver afectada de pleno por el art. 5 bis LOPJ. Este precepto, -en redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ (BOE de 22 julio 2015)-, indica: "Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión". Por tanto, la sentencia que suspendió el derecho de comunicación del menor con sus padres, o el derecho de custodia o visita, puede ser anulada pro le Tribunal Supremo en virtud de un recurso de revisión aunque se trate de una sentencia que haya alcanzado el estado de cosa juzgada. Porque la cosa juzgada, queridos amigos y queridas amigas, ya no es lo que era. Y bien está que sea así, pues se trataría, en este caso, de una sentencia injusta dictada en violación de una norma internacional en vigor para España y que protege los derechos humanos, en concreto, el derecho del menor a relacionarse con sus padres.

29. La presentación del recurso ante el TEDH 1950 sigue reglas muy estrictas pero también es cierto que se hallan muy bien explicadas en la página web de dicho tribunal (vid.:https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/spa&c). Es preciso tener presente el art. 47 del Reglamento del TEDH y el Protocolo número 15 del Convenio, que reduce de 6 a 4 meses el plazo para la interposición de las demandas ante el Tribunal tras la última decisión firme dictada por las autoridades internas en el marco del agotamiento de los recursos internos. Este nuevo plazo de cuatro meses entró en vigor el 1 febrero 2022. Una demanda presentada correctamente según lo especificado en el Reglamento del Tribunal, será examinada por éste. Ello no significa que la misma vaya a ser declarada "admisible". En dicho caso, esto es, declarada "admisible", esto es, correctamente fundada en Derecho, será analizada por el Tribunal para su estimación o desestimación.

VI. SOLUCIONES INVIABLES.

30. Oportuno resulta recordar que, aunque se han manejado otras alternativas para combatir la aplicación del injusto art. 94.4 CC, éstas no son viables en Derecho.

31. En primer lugar, no se puede acudir a ninguna instancia internacional por vulneración del art. 9 CDN 1989. La Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 constituye, como se ha indicado, una pieza indispensable del "Derecho mundial de menores", pero no existe un "tribunal mundial de derechos del menor" que haya sido instituido para aplicar esta convención internacional.

32. En segundo lugar, tampoco puede fundarse recurso legal alguno en el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (2007/C 303/01) (DOUE C 303/1 de 14 diciembre 2007). El precepto afirma: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses". La razón estriba en el art. 51 de dicha Carta, injustamente olvidado por algunos pseudo-juristas cuyo nombre es mejor no recordar. Este artículo indica que "las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión". La Unión Europea carece de normas de Derecho civil relativas a los derechos de custodia y visita y al derecho del menor a relacionarse con sus padres. Por tanto, en los casos internos, esto es, en los casos sin elementos extranjeros, la atribución, eliminación o suspensión de la comunicación de los menores con sus padres y de los derechos de custodia y visita, no existen normas de Derecho de la Unión Europea que resulten aplicables. Por lo tanto, el art. 51 de la Carta impide que se pueda alegar una infracción del art. 24.3 de la misma cuando el art. 94.4 CC sea aplicable, pues el art. 94.4 CC no es una disposición legal de Derecho europeo, sino de Derecho español.

La infracción de los derechos individuales recogidos en esta Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (2007/C 303/01) (DOUE C 303/1 de 14 diciembre 2007) sólo puede invocarse cuando un juez (español) aplica Derecho de la Unión Europea pero no cuando aplica Derecho español.

En tal sentido, sí que podrá invocarse el art. 24.3 de la Carta citada en casos en los que un juez español aplica normativa de Derecho europeo, como el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 octubre 2007 [Convenio de Lugano II] (DOUE L 339 de 21 diciembre 2007), el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 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 (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003) (Reglamento Bruselas II-bis) o el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter). En tal supuesto, el juez puede plantear un recurso prejudicial de interpretación ex art. 267 b) TFUE. Esto sólo ocurre en "casos transfronterizos" (= con elementos extranjeros): padres con residencia en distintos Estados, de diferente nacionalidad, etc., como puede apreciarse en el caso objeto de la STJUE 22 diciembre 2010, C-497/10 PPU, Barbara Mercredi vs. Richard Chaffe [ECLI:EU:C:2010:829]. En este caso, el TJUE abordó el supuesto de la Sra. Mercredi, nacida en la isla de Reunión y de nacionalidad francesa, que se trasladó durante el año 2000 a Inglaterra, donde trabajó como miembro de una tripulación de una compañía aérea. Durante varios años vivió con el Sr. Chaffe, nacional británico, y ambos vivieron como pareja no casada. De esa relación nació una niña, Chloé. Los padres se separaron y cuando Chloé tenía dos meses, la Sra. Mercredi y la menor se trasladaron a vivir a la isla de Réunion, que no es mal lugar para vivir. La residencia habitual de la niña, antes de su salida, estaba en Inglaterra. No hubo sustracción ilícita de menores. Los jueces ingleses dictaron una "location order" para averiguar el paradero de la menor. El padre de la menor solicitó a los tribunales ingleses que emitieran una resolución que le permitiera mantener relación con su hija a pesar de que ésta vivía a miles de kilómetros del Reino Unido, en Réunion, en pleno Océano Índico. El TJUE estimó que era de vital importancia garantizar el derecho de la menor lactante a mantener relación con su padrea pesar de que éste residía en el Reino Unido y la menor en Réunion. El TJUE estimó que " ... el presente asunto afecta a una menor, de un año y medio,

que está separada de su padre desde hace más de un año. Dado que la menor afectada está en una edad sensible para su despertar, la prolongación de la situación actual, caracterizada además por la importante distancia que separa la residencia del padre de la de la hija, podría perjudicar gravemente la futura relación de ésta con su padre".

El TJUE carece de competencia para interpretar el CEDH 1950 aunque sí es competente para interpretar la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, como puede apreciarse en la STJUE 10 febrero 2022, C-219/20, Fürstenfeld [sociedad establecida Eslovaquia que desplaza trabajadores a Austria] FD 15). Esta Carta ha recogido, -o mejor dicho, ha copiado y casi literalmente-, los derechos fundamentales de la persona que ya contenía el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950.

33. En tercer lugar, no puede fundarse recurso jurídico alguno en la llamada " Carta Europea de los derechos del niño". Aun con ese florido y ampuloso nombre, ad pompam vel ostentationem, debe subrayarse que esta Carta Europea de Derechos del Niño, que fue aprobada por el Parlamento Europeo en 1992, no es Derecho imperativo ni vinculante para los tribunales de Justicia de los Estados miembros (Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992). Se trata de una mera resolución del Parlamento Europeo, sin valor normativo, en la que se solicita a los Estados miembros de la Unión Europea que se adhieran sin reservas a la Convención sobre los derechos del Niño de 20 noviembre 1989 y, además, enumera diversos principios sobre los derechos de los menores. Esta Carta, pues, no es vinculante para los Estados miembros ni para los tribunales de dichos Estados ni tampoco para los particulares. Es un Derecho indicativo, programático y no vinculante, es puro soft law. Un wishful thinking, Derecho buenista.

VII. VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

34. Es posible también argumentar que el art. 94.4 CC vulnera el art. 24.2 CE 1978 porque se castiga a un progenitor sin mediar un proceso con garantías y sin prueba alguna de su actuación contraria al interés del menor. En efecto, basta con que un padre esté incurso en "un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos", aunque no haya base objetiva alguna para una acusación tan grave y aunque el tribunal penal no haya adoptado media alguna contra el sujeto en cuestión. El art. 94.4 CC vulnera, así, la presunción de inocencia recogida en el art. 24 CE 1978. Ello es suficiente para poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad del art. 94.4 CC y para poder interponer un recurso de amparo con arreglo a los requisitos legales al efecto, Del mismo modo, también se vulnera el art. 6 CEDH, que recoge el "derecho a un proceso justo" y puede recurrirse ante el TEDH (STEDH 7 agosto 1996, Johansen vs. Noruega). El art. 94.4 CC, en efecto, recoge una sanción civil anudada de modo automático a la apertura de un proceso penal sin que la parte pueda haberse defendido y se le priva de su derecho constitucional.

VIII. REFLEXIONES FINALES. EL MARTILLO DE ORO EN LAS MANOS DEL LEGISLADOR.

35. Estas sucintas consideraciones sobre el derecho del menor a relacionarse con sus padres recuerdan a todo jurista el poder de las buenas leyes para hacer Justicia y el peligro de las malas Leyes para causar desafueros. El legislador español ha caído en la "trampa del martillo de oro" (the golden hammer). El legislador tiene la ley en sus manos y piensa que todo problema se resuelve con la ley y que no necesita nada más y mucho menos necesita a los jueces. Cuando un niño tiene un martillo, todo problema le parece un clavo. Incluso si el niño tiene un martillo de oro pensará que puede solventarlo todo con su dorado y contundente instrumento. Y no sabe que el oro es un metal muy bonito y brillante, es un metal noble, es cierto. Sin embargo, el oro es también muy dúctil, por lo que al golpear otro objeto, el martillo de oro se rompe. Eso es lo que le pasa al legislador español que ha elaborado el actual art. 94.4 CC: que ha creído que lo arregla todo con la ley, su particular martillo de oro. Como ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos humanos, las restricciones al derecho de los menores de relacionarse con sus padres se deben implementar por los jueces, que debe tener en cuenta, ponderar, contar y pesar todos los datos, elementos y argumentos para decidir qué es lo mejor para los menores implicados, y no por la ley de forma automática.

36. El poder legislativo necesita al poder judicial para aplicar las leyes y para hacer justicia en los casos concretos, como indica el mismo art. 117.3 CE 1978. Porque el juez desciende al caso concreto, mientras que el legislador, no lo hace ni puede hacerlo. La Ley es siempre general, decía ya hace muchos siglos ARISTÓTELES, y por eso mismo es precisa la equidad, que pondera la fría y mecánica aplicación de las normas

jurídicas escritas. El juez no es sólo la “boca de la Ley”, la bouche de la loi, en famosa expresión de MONTESQUIEU). El juez no es una máquina expendedora de soluciones jurídicas que se limita a subsumir los hechos en las normas jurídicas y asunto terminado.

37. Un Derecho basado en un concreto cuadro de valores se aplica mediante normas, pero no sólo mediante normas. El paisaje jurídico está formado por normas jurídicas aplicadas con ponderación y atención a los particulares implicados. Sólo así el valor representado por el “interés del menor” puede realizarse de modo pleno.

38. El derecho del menor a relacionarse con su padre es un elemento fundamental en el libre desarrollo de su personalidad. Debe ser la regla general, que debe aplicarse de modo extensivo. En términos generales, relacionarse con sus padres es siempre bueno para el menor. El Estado debe hacer todo lo posible para garantizar ese contacto. Sólo de modo excepcional puede verse este derecho para garantizar el interés del menor y sólo puede restringirse cuando exista un peligro concreto y real para salud física, psíquica o moral del menor y tal peligro haya quedado probado de modo indubitado. Sólo si el contacto con sus padres es negativo para el menor entonces podrá restringirlo una autoridad estatal. El contacto entre padres e hijos debe prevalecer siempre “mientras no lo desaconseje el interés del menor”.

39. Los buenos argumentos jurídicos basados en normas y valores constitucionales, bien refrendados por textos legales internacionales, son las mejores armas para defender los derechos de los menores en esta sociedad actual, líquida, veloz y globalizada. Que la Fuerza acompañe a todos los juristas que luchan por los derechos de los menores.

CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS ACTUALMENTE

ROJ: AJPI 22/2022 - ECLI:ES:JPI:2022:22A
ÓRGANO: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 7 DE MÓSTOLES
JUEZ: D.ª NATALIA VELILLA ANTOLÍN

AUTO DE PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Móstoles, a 22 de marzo de 2022

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de octubre de 2021, D. Jose Enrique, representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Anaya García y asistido por la letrada Dª. Lorena Martínez Hernández, presentó solicitud de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda del artículo 158 del Código Civil contra Dª. Carmen. Reclamaba la suspensión del régimen de custodia a favor de la madre del menor Luis Pedro, nacido el NUM000 de 2015. Dicha solicitud recayó en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles y fue registrado con el nº 1006 de 2021.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 8 de octubre de 2021 se admitió a trámite la solicitud y se dio traslado a la parte contraria para oposición, lo cual llevó a efecto mediante escrito de fecha 7 de enero de 2022, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Ana María Galey Zafora y asistida por el Letrado D. Fernando Abascal Fraile, en el sentido de oponerse. En el mismo Decreto se convocó a las partes y al Ministerio Fiscal para la celebración de la comparecencia que tendría lugar el día 11 de enero de 2022.

TERCERO.- El juicio tuvo lugar el día previsto. Las partes ratificaron oralmente sus escritos rectores y se propuso y admitió prueba, que fue practicada, concretamente el interrogatorio de las partes, la documental y la testifical de la tutora escolar del niño durante el curso 2020/2021, la profesora de inglés del menor y la tutora del actual curso escolar. La parte actora mantuvo su petición de suspensión urgente del régimen de custodia a favor de la madre y la parte demandada su petición de desestimación. La representante del Ministerio Fiscal se opuso a la petición de suspensión de la guarda de la madre puesto que no se había acreditado una situación de riesgo sino un hecho puntual que no se había repetido. Consideraba que lo pedido por la parte actora no redundaba en beneficio del menor y apuntaba al hecho de que en sede penal no se había acordado ninguna medida cautelar. No interesaba, por tanto, la suspensión del régimen de guarda y custodia compartida que ambos tenían, sin perjuicio de lo que pudiera dilucidarse en un procedimiento de modificación de medidas definitivas, con más acervo probatorio y con la práctica de la pericial psicosocial, en su caso.

Celebrada la comparecencia, quedaron los autos vistos para dictar la resolución que procediera.

CUARTO.- En el plazo para resolver por auto, esta juzgadora dictó providencia de fecha 17 de enero de 2022 en la que, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la LO/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, daba traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de diez días alegasen lo que consideraran oportuno sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o sobre el fondo de esta, en relación con el artículo 94 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se declaraban como posiblemente infringidos los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución Española.

QUINTO.- Mediante escrito de fecha 31 de enero de 2022, la representación procesal de la parte demandada informó en el sentido de considerar pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en los términos indicados en la providencia, a cuyo tenor me remito.

La representación procesal de la parte actora, mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2022, informó en el sentido de no considerar oportuno el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos interesados en el es-

crito a cuyo tenor me remito.

Finalmente, el Ministerio Fiscal, mediante escrito de 8 de marzo de 2022, ha informado en el sentido de que el artículo 94 CC no impide al juzgador resolver el procedimiento en el sentido que considere más adecuado, atendiendo a la totalidad de la prueba que se haya aportado, por lo que no considera que deba plantearse la cuestión de inconstitucionalidad.

SEXTO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 16 de marzo de 2022, quedaron los autos pendientes de dictar auto por parte de S.Sª.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece que «Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

»Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

»Tres. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.»

En virtud de lo anterior y, dado trámite de alegaciones según establece el anterior precepto, se va a proceder a justificar la pertinencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil según redacción dada por la Ley 8/2021 de 2 de junio.

SEGUNDO.- DE LA NORMA APLICABLE CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CUESTIONA

El supuesto de hecho del procedimiento en el que se plantea esta cuestión de inconstitucionalidad la constituye la solicitud del padre para que se suspenda el régimen de guarda y custodia compartida que ostenta junto con su expareja sobre el hijo común, nacido el NUM000 de 2015. El juzgado de primera instancia nº 7 de Móstoles, en el procedimiento de Guarda, Custodia y Alimentos de hijo menor no matrimonial nº 1129/2016, dictó sentencia de fecha 16 de marzo de 2017 en la que se acordaba, en lo que a medidas personales con el hijo menor se refiere, lo siguiente: «corresponde a ambos progenitores la patria potestad de forma compartida y se establece un régimen de custodia compartida que se desarrollará en defecto de otro acuerdo:

»Por semanas alternas, de lunes a lunes, siendo las entregas a las 17 horas y cuando esté escolarizado el hijo desde la salida del colegio. Corresponde al progenitor con el que no esté en esa semana el menor tenerlo en su compañía los martes y jueves desde las 17 horas y posteriormente desde la salida del colegio hasta las 20 horas. En la semana de estancias con la madre se intentará que coincida con las tardes o días libres del padre

»Corresponde a cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, comprendiendo cada período de vacaciones desde la salida del colegio o en su defecto desde las 17:00 horas del último día lectivo hasta el comienzo de las clases. En caso de desacuerdo sobre el período correspondiente a cada progenitor elegirá la madre los años impares y el padre los pares.

»Las vacaciones de verano comprenderán los meses de julio y agosto y se dividirán en quincenas alternas, en caso de desacuerdo sobre el período correspondiente a cada progenitor elegirá la madre los años impares y el padre los pares, debiendo comunicar al otro progenitor el período elegido con al menos dos meses de antelación al comienzo de su disfrute.

»Pese a no estar escolarizado el menor se seguirá el calendario escolar de la Comunidad de Madrid.

»Pudiendo auxiliarse los progenitores de terceras personas de su confianza en las entregas y recogidas del menor y en los tiempos de estancias con cada progenitor, en la compatibilización de sus obligaciones laborales y familiares.

»Corresponde a ambos progenitores la patria potestad de forma compartida».

Se refería en la solicitud que el menor había sido víctima de un maltrato por parte de la demandada el día 27 de septiembre de 2021, al haberle generado una contusión en el pómulo izquierdo. Por dichos hechos presentó denuncia, que dio lugar a las diligencias previas 1524/2021 seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Móstoles. Continuaba exponiendo narraciones que, según su versión, el menor le habría ido relatando en los últimos meses sobre comportamientos inadecuados de la madre respecto de aquel y manifestaba que en el centro escolar eran conocedores de lo sucedido.

Argumentaba el padre que había contactado con una psicóloga con el fin de que atendiera al menor, así como con los Servicios Sociales de DIRECCION000 para solicitar ayuda, sin que se hubiera procedido a realizar intervención alguna al considerar que no estaban ante un supuesto de desprotección.

La madre oponía que había habido una intervención del juzgado de instrucción que estaba conociendo de la denuncia sin que se hubiera adoptado ninguna medida cautelar, al desestimarse la petición de adopción de suspensión de las comunicaciones y estancias con la madre y alejamiento de esta. Argumentaba que había una prejudicialidad penal que impedía la adopción de medida alguna.

Celebrado el juicio, el Ministerio Fiscal se ha opuesto a la medida solicitada.

No consta en estos momentos que se haya archivado o sobreseído el procedimiento penal iniciado por delito de violencia doméstica seguido contra la demandada, ni que se haya formulado acusación, ni que haya recaído sentencia sobre el fondo.

El artículo 94 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 8/2021 de 2 de junio establece que «la autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

»Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior.

»La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

»No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

»No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior.

»Igualmente, la autoridad judicial podrá reconocer el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, previa audiencia de los progenitores y de quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión, que deberán prestar su consentimiento. La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad».

En el presente caso, es de aplicación lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, por cuanto la progenitora demandada se halla incursa en un proceso penal iniciado por atentar contra la integridad física de su hijo. Por tanto, según la redacción del precepto, procedería suspender el régimen de visita o estancia del menor con la madre, tal y como solicita el progenitor demandante, si bien el juez, tal y como apunta el Ministerio Fiscal, puede motivadamente eludir la aplicación de tal consecuencia jurídica.

Por tanto, tal y como exige el artículo 35 LOTC antes transcrito, se plantea la posible inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, por ser la norma aplicable al caso. Por razones legales, no puede plantearse la inconstitucionalidad de ningún otro párrafo o precepto, dado lo limitado el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

TERCERO.- POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 10.1 CE

El artículo 10.1 CE establece que «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Esta juzgadora considera que el precepto de aplicación (artículo 94 párrafo 4º del Código Civil) vulnera el derecho de los menores al libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden político y de la paz social.

El artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que «los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...). Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (...)».

En el mismo sentido, el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño y el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea reconocen el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el artículo 8 del Convenio Europea de Derechos Humanos, ha insistido en declarar que para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento esencial de la vida familiar (STEDH Caso Olsson contra Suecia de 24 marzo 1988, STEDH Caso Buscemi contra Italia de 16 septiembre 1999, STEDH (Sección 3ª) Caso Gnahore contra Francia de 19 septiembre 2000, STEDH (Sección 2ª) Caso Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos de 17 diciembre 2002, STEDH (Sección 2ª) Caso Errico contra Italia de 24 febrero 2009, STEDH (Sección 3ª) Caso R.M.S. contra España de 18 junio 2013, STEDH (Sección 2ª) Caso Z.J. contra Lituania de 29 abril 2014).

Evidentemente, cuando el trato con un progenitor puede ser pernicioso para el menor, el superior interés de este hace ceder el derecho reconocido en los tratados internacionales y en la propia constitución a relacionarse con su progenitor. El precepto de aplicación no sería -a juicio de esta juzgadora- inconstitucional si no impusiera al juez la obligación de suspender las comunicaciones y estancias con el progenitor incurso en un procedimiento penal por atentar contra la integridad física del menor, como más adelante examinaré, y que no queda satisfactoriamente salvado por la potestad del juez de razonar motivadamente la inaplicación de la norma, eliminando aparentemente su rigor.

Hay que destacar que el libre desarrollo de la personalidad de un menor está íntimamente relacionado con el desarrollo afectivo y educativo que sus padres le proporcionan, contribuyendo estos por igual, cada uno con sus roles y con sus diferentes aportaciones, a la formación de su personalidad. Privarle del contacto automático con uno de ellos sin justificación, atenta contra el derecho del menor.

CUARTO.- POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 CE

El artículo 14 de la Constitución establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

El precepto de aplicación vulnera el derecho a la igualdad de los menores que ven cercenado su derecho a disfrutar de la compañía de sus padres sin justificación alguna y excluyendo o limitando hasta el extremo el control judicial, como veremos más adelante. Los menores tienen derecho a relacionarse en condiciones de igualdad con cada uno de sus progenitores, salvo que el superior interés de estos aconseje la limitación de este derecho con alguno de sus progenitores, lo cual debe ser examinado por el juez con plena libertad de decisión.

QUINTO.- POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24.2 CE Y RELACIÓN CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DEL ARTÍCULO 117 CE

El artículo 24.2 de la Constitución establece que «Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

»La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

Esta juzgadora considera que el precepto de aplicación (el artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil) vulnera el derecho a la presunción de inocencia, al establecer de forma automática una sanción civil a la investigación de un delito. Si bien la privación del derecho a las visitas y estancias con los hijos puede ser acordada como medida cautelar en el procedimiento de instrucción que se siga, en este caso la adopción de la medida cautelar estaría plenamente justificada por obedecer a una decisión judicial libremente tomada atendiendo al juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad tras el examen de los indicios probatorios existentes en la instrucción. Por el contrario, en el caso del artículo 94 párrafo cuarto, no nos hallamos ante una medida cautelar personal de carácter penal sino ante la consecuencia jurídica automática de la aplicación al supuesto de hecho de una norma civil. Dicha consecuencia jurídica tiene índole sancionadora, por privar de un derecho constitucional al investigado (el derecho a relacionarse con su hijo del artículo 39.2 CE), sin atender al principio de presunción de inocencia.

El juez civil, con independencia de lo que se haya actuado en la investigación penal, está obligado a adoptar una consecuencia jurídica automática de índole sancionadora, aplicando la privación de un derecho a la mera investigación, conculcando, en mi opinión, el derecho a la presunción de inocencia.

Si bien es cierto que el precepto, en su parte final establece que «No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial», establece como excepcional el mantenimiento de un derecho reconocido por la Constitución. Es decir, en lugar de reservar al juez la potestad de privar de un derecho constitucional al investigado, la reserva la tiene el legislador.

En lugar de obligar al juez a motivar la privación del derecho, le obliga a razonar el porqué de su mantenimiento. Dicho de otra forma, el juez puede, de forma automática, privar al investigado del derecho a tener comunicaciones y estancias con el hijo por el mero hecho de estar incurso en un proceso penal por atentar contra la integridad física del menor, sin necesidad de más motivación que la remisión al precepto aplicado, que así lo permite. Sin embargo, si de lo que se trata es de mantener el derecho que, por el mero hecho de ser padre/madre e hijo/hija se le reconoce por la Constitución, el precepto obliga a motivar razonadamente la causa de tal decisión.

La STC 128/2002, de 3 de junio resume la doctrina y recuerda que «la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3)», por lo que «la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión -haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley-, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1.)».

Es preciso que en estos procedimientos el canon de razonabilidad, quede reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del art. 39 CE, y en este sentido afirma la STC 138/2014, de 8 de septiembre: «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio de interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos».

En el mismo sentido, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que «En materia de relaciones personales, es el beneficio de los menores el que debe valorarse en cada caso, no un beneficio genérico y difuso, sino que debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor (...)».

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo cuestionado pone en manos del juzgador la posibilidad de practicar todas las pruebas que necesite para adoptar la decisión, parece imponer a este la necesaria realización de un informe de un equipo psicosocial, cuando obliga a una "previa evaluación de la situación paternofilial", inmiscuyéndose de forma inaceptable desde el punto de vista de la independencia judicial recogida en el artículo 117 CE, en la función jurisdiccional. La imprecisión de aquella frase puede hacer que encaje también en ella la mera "evaluación subjetiva" del juzgador, pero no parece que sea esta la finalidad del precepto, sino que parece exigirse al juez un plus probatorio específico (la elaboración de la prueba psicosocial) para poder desechar la aplicación automática de la consecuencia jurídica consistente en la privación del derecho de visitas y comunicaciones con el progenitor investigado.

En el caso de autos, dada la prueba practicada y la naturaleza del proceso -no olvidemos, además, que en los expedientes de jurisdicción voluntaria no es preceptiva la comparecencia con abogado y procurador- la prueba de la que se dispone es documental, testifical e interrogatorio, siendo la "evaluación de la situación paternofilial" el resultado de la valoración probatoria efectuada por la juzgadora conforme a la sana crítica. De la prueba practicada ha quedado acreditada la existencia de un procedimiento judicial penal abierto y donde se ha demostrado indiciariamente la veracidad de un episodio esporádico de posible maltrato. Por tanto, con estos elementos, el precepto cuestionado no parece permitir a la juzgadora adoptar una medida contraria al rigor del precepto. La imposición de un actuar al juez por parte del legislador inmiscuyéndose en su función jurisdiccional, excluye la libre valoración del superior interés del menor y, consecuentemente, lleva a la consolidación de una sanción civil por la mera existencia de una investigación penal, modificando el status jurídico del investigado y privándole de un derecho como si fuera culpable, conculcando, por tanto, su derecho a la presunción de inocencia.

En opinión de esta juzgadora, el legislador pareciera como si en realidad pretendiera apartar a los jueces de la decisión imponiéndoles un automatismo legal en sus decisiones, algo que ya fue reprochado por el Alto Tribunal al que me dirijo en Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, en la que se declaró nulo el inciso «favorable», al considerar que la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal, del art. 92.8 CC era contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE pues limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que este precepto otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial así como que la vinculación del Juez al informe del Fiscal infringe el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues al depender el pronunciamiento judicial de tal dictamen, menoscaba el derecho a obtener una resolución sobre el fondo.

Con el actual precepto, se impone al juez la práctica de determinadas pruebas de forma preceptiva y le obliga a motivar el mantenimiento de un derecho, algo inaudito en nuestra jurisprudencia constitucional.

SEXTO.- POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 39.1 Y 39.2 CE

Los dos primeros párrafos del artículo 39 CE establecen que «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

»2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad».

El artículo 39 CE consagra el principio de superior interés del menor que debe guiar toda actuación judicial. Con la redacción del artículo de aplicación al caso (artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil) se excluye la protección de la familia y el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, institucionalizando un automatismo en la decisión judicial objetivamente contrario al superior interés del menor, que no puede ser valorado. Por ley se elude el control judicial efectivo, por cuanto se deja escaso arbitrio al juez, que debe motivar el mantenimiento del derecho de los integrantes de la familia a relacionarse entre sí en lugar de obligar a motivar su privación. La aplicación del referido precepto contraviene lo establecido en el artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño, el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando el artículo 8 del Convenio Europea de Derechos Humanos, ha insistido en declarar que para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento esencial de la vida familiar (STEDH Caso Olsson contra Suecia de 24 marzo 1988, STEDH Caso Buscemi contra Italia de 16 septiembre 1999, STEDH (Sección 3ª) Caso Gnahore contra Francia de 19 septiembre 2000, STEDH (Sección 2ª) Caso Venema y Venema-Huiting contra Países Bajos de 17 diciembre 2002, STEDH (Sección 2ª) Caso Errico contra Italia de 24 febrero 2009, STEDH (Sección 3ª) Caso R.M.S. contra España de 18 junio 2013, STEDH (Sección 2ª) Caso Z.J. contra Lituania de 29 abril 2014), tal y como se ha dicho en el fundamento jurídico tercero.

SÉPTIMO.- POSIBLE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 81.1 CE

Establece el artículo 81.1 CE «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

Si bien el Código Civil tiene rango de ley ordinaria y la Ley 8/2021 de 2 de junio tiene el mismo rango, al contener el artículo 94 párrafo cuarto una previsión de índole sancionadora que afecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia, debió aprobarse por ley orgánica. No es comprensible que, habiéndose publicado la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, dos días después de la ley que modificó el artículo 94 CC, no se haya incorporado la reforma a esta segunda ley que, además, por la materia, tiene mayor relación con la reforma operada por la ley ordinaria. Carece de sentido que se modifique por ley ordinaria en lugar por ley orgánica si no fuera porque el legislador no contara con mayoría suficiente para la modificación del precepto, lo cual no justifica la elusión del mandato constitucional.

OCTAVO.- En vista de todo lo anterior, cumpliéndose todos los requisitos establecidos en la ley para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y sin perjuicio de la decisión que por el alto tribunal se adopte, procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil por posible vulneración de los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución Española. Procédase conforme a lo establecido en el artículo 35 LOTC.

NOVENO.- El presente auto se dicta transcurrido el plazo de tres días establecido por la ley por la carga de trabajo que soporta este juzgado, de más de un 150% sobre el módulo de salida, según último informe elevado a la inspección del CGPJ.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda elevar CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD al Tribunal Constitucional por posible inconstitucionalidad del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil según redacción dada por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por ser precepto de aplicación al supuesto de autos e imprescindible para la resolución del asunto y por posiblemente vulnerar lo establecido en los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución Española.

Queda en suspenso la decisión sobre el fondo del asunto en tanto no se resuelve la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Elévese al Tribunal Constitucional la presente cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal y las partes.

Contra este auto no cabe recurso alguno (artículo 35 LOTC).

ROJ: AJPI 533/2021 - ECLI:ES:JPI:2021:533A
ÓRGANO: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 16 DE ZARAGOZA
MAGISTRADA-JUEZ: MARIA JOSE MOSEÑE GRACIA

A U T O

En Zaragoza a veintiseis de julio de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. Por Providencia de 8 de abril de 2021 se dio traslado a las partes del procedimiento y al Ministerio Fiscal para que efectuasen alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 80-6 del CDFA habiendo formulado las mismas.

No se han cumplido los plazos de tramitación por causa de la baja laboral de esta juzgadora hasta el día de hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como antecedente debe destacarse que se dictó en sede de Medidas Previas Nº 361/20 Auto de 21 de septiembre de 2020 en el que tras solicitar las partes, una vez expuestas sus respectivas pretensiones los medios probatorios que estimaban oportunos y practicados los admitidos, valorada toda la prueba en su conjunto, se concluyó por esta juzgadora por las razones contenidas en la resolución judicial que debía atribuirse la guarda y custodia de los dos hijos comunes de 8 y 6 años de edad a la progenitora, así como el uso y disfrute de la vivienda familiar a esta pese a ser de propiedad privativa del esposo, establecimiento de un régimen de visitas y estancias de aquellos con el progenitor así como contribución a cargas familiares por parte del mismo.

Las circunstancias personales, y muy especialmente, las laborales de los progenitores, el lugar de residencia de la familia hasta el momento de la ruptura, e igualmente por ser sumamente relevantes, las necesidades de los menores, sus peculiaridades, la atención que los mismos requerían en determinadas cuestiones afectantes a su educación y desarrollo, donde y de qué forma recibían la misma y como afectaba ello a su régimen de vida y organización diaria así como su arraigo, ubicación del centro escolar, integración social etc determinaron la adopción de las medidas expuestas.

Sin desconocer los afectos que ambos progenitores sienten por sus hijos se pudo corroborar a su vez las pésimas relaciones entre los mismos lo que por otra parte conllevaba una gran dificultad para decidir y resolver las cuestiones que a estos afectaban.

Como se dice en el proveído en el que se acordó dar traslado a las partes sobre la cuestión de inconstitucionalidad aquí planteada prueba de esas pésimas relaciones era la existencia de un procedimiento abreviado penal en el Juzgado de Instrucción Nº 1 de esta ciudad en el que se dictó Auto de apertura de Juicio Oral en fecha 24 de febrero de 2021 por la comisión, según recoge en el mismo por parte de la Sra Gema de un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar, previsto y penado en el artículo 153-2 y 3 del Código Penal, solicitando el Ministerio Fiscal se le impusiera en concepto de autora, la pena de CINCUENTA Y SIETE (57) días de trabajos en beneficiode la comunidad; y si no lo aceptara, la pena de NUEVE (9)meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y además en cualquiera de los dos casos, además, privación del derecho de tenencia de uso y porte de armas durante DOS (2) AÑOS y conforme al artículo 57 y 48 del Código Penal, la prohibición de comunicar por cualquier medio con el Sr Herminio así como la de acercarse al mismo en un radio de DOSCIENTOS (200) metros, ambas prohibiciones durante DOS (2) AÑOS.

La defensa del demandado Sr Herminio también solicitó condena para la Sra Gema.

Valoradas en el procedimiento principal con toda la prueba obrante las circunstancias concurrentes en ambas partes, las personales y laborales y las necesidades de los propios hijos siendo hecho objetivo que requieren de atención específica en razón a su evolución, crecimiento y formación antes de dictarse sentencia en el procedimiento de guarda y custodia se informó a las partes que la existencia del procedimiento penal, hacía entrar en juego inclusive antes del dictado de sentencia la aplicación del artículo 80-6 del CDFA cuyo redactado es el siguiente;

"No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida,cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género".

Se expuso, ya que ello se considera determinante en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que tras valorar en profundidad la prueba obrante en autos cabía concluir que a esta juzgadora se le suscitaban serias y profundas dudas sobre las medidas a adoptar y en especial en una fundamental, la relativa a la guarda y custodia de los hijos comunes de la que derivaban las demás, sobre la que ninguna capacidad de decisión tenía por aplicación imperativa legal del artículo transcrito al estar incursa la Sra Gema en un procedimiento penal por delitos de los recogidos en el precepto y cuyo tenor, siempre a juicio de quien suscribe, y en aplicación al supuesto concreto, podía suponer una clara colisión con

el interés y el beneficio superior de los menores y en consecuencia con preceptos constitucionales y en su virtud con derechos de los mismos recogidos en la Constitución por lo que podría darse el caso de que el apartado 6 del referido artículo 80 del Código Foral y su aplicación automática, dado que ninguna distinción efectúa en cuanto a gravedad y entidad de las infracciones penales a las que se refiere, se convertía en una especie de cajón de sastre para cualquier conducta sea cual sea, al margen de su entidad, gravedad o contexto en que se produjera siempre que se pudiera incluir en los tipos penales que enumera, y ello en contra, a criterio de quien suscribe, de la bondad de la finalidad que perseguía, como es proteger a los menores, de manera que su aplicación automática y taxativa sin ningún otro margen constriñendo al juzgador a decidir conforme al mismo sin ningún otra consideración a lo que sea mas conveniente en función de la valoración de la prueba podía a la postre causar un importante perjuicio a los hijos comunes de forma que el propio artículo producía el efecto contrario al pretendido cuando se supone que su finalidad es la contraria vulnerando sus derechos recogidos en el texto constitucional y sin posibilidad alguna de que quien juzga pueda pronunciarse pese a ser quien ab initio tiene a su alcance todos los elementos precisos para resolver, es especial la prueba practicada tan importante en derecho de familia, sobre el sistema de custodia individual materna o inclusive compartida decidiendo que es lo mejor y conveniente para los mismos, dejando ello de ser prioritario pasándolo a ser la aplicación se ha dicho automática del párrafo 6º del artículo 80.

El Ministerio Fiscal emitió informe en fecha 21 de abril en el que refiere que; " en relación al juicio de aplicabilidad, y sin entrar en el fondo del asunto la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, es directamente aplicable para la resolución del proceso judicial en que se suscita, en tanto que el texto del citado art.80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón impide la atribución de la guarda y custodia al progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, cuando se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

SEGUNDO. El juicio de relevancia exigido por el Art. 35.2 LOTC "constituye una de las más esenciales condiciones procesales de las cuestiones de inconstitucionalidad en garantía de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, por no versar sobre la norma de cuya validez depende el fallo, único objeto posible de este tipo de procedimientos" (STC 201/2011, de 13de diciembre, FJ 2, por todas).

Es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad aquienes, en principio, corresponde comprobar y exteriorizar la existencia del llamado juicio de relevancia, no estando justificado tal principio cuando "sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo". (STC67/2002, de 21 de marzo de 2002).

La exigencia de justificar "en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión", puede entenderse cumplida ya que el art.80.6 del Código de Derecho Foral Aragonés resultaría de necesaria aplicación para resolver el proceso a quo.

Se trata de una norma cuya aplicación invoca la Magistrada en al trámite de alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad al depender de esta norma el sentido del fallo de la sentencia.

Es por ello que el Ministerio Público considera que concurren los iniciales requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para que el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza, pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La defensa de la Sra Gema en el trámite de alegaciones manifestó que lo más flagrante en este caso es que la aplicación automática del artículo hace que la juzgadora no pueda entrar a valorar absolutamente nada, ni lo solicitado por las partes, ni la prueba obrante en el procedimiento, puesto que su decisión sobre la custodia queda dictada por dicho artículo, ya que solo hay una opción posible, otorgar la misma al progenitor paterno.

Añade que la aplicación automática del mencionado artículo hace que claramente el mismo se vea vulnerado, puesto que la Juzgadora no puede entrar a valorar qué es lo mejor para los hijos comunes y por tanto velar por el cumplimiento de dicho derecho y por tanto, lo que a priori ha sido regulado por el legislador aragonés para proteger a los menores, supone en el caso concreto, que de aplicarse, va a causar un grave perjuicio a los mismos, puesto que como se ha defendido desde el inicio del procedimiento no se ha discutido por la otra parte, lo mejor para los hijos comunes es mantener la custodia a favor de la madre.

La representación del Sr. Herminio expuso que este procedimiento no es el más adecuado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad que pretende la Juzgadora porque el planteamiento de la misma va a prolongar esta situación en el tiempo de forma excesiva, ya que van a pasar años, y el Auto no es suficiente, se va a enquistar la situación y este asunto es excesivamente conflictivo para mantener la situación actual de forma indefinida en el tiempo no estando tampoco definido que se entiende por interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado.. Habiendo transcurrido un periodo de tiempo en el planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad por causas de fuerza mayor se ha dictado recientemente en el interin Sentencia por el Juzgado Penal Nº 8 de esta ciudad el 8 de julio de 2021 en la que se ha condenado a la Sra. Gema por la comisión de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia doméstica del artículo 153.2 y 3 CP, sin la concurrencia decircunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de:-60 días de trabajos en beneficio de la comunidad,-2 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas- 6 meses de prohibición de aproximarse al Sr Herminio a una distancia inferior a 200 metros, cualquiera que sea el lugar donde se encuentre, incluido

su domicilio y lugar de trabajo, y de comunicarse con él por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Los hechos probados a efectos ilustrativos del Tribunal son los siguientes;

"Se declara probado que, el día 16 de agosto de 2020, Herminio acudió aldomicilio de su expareja la acusada Gema, a recoger a sus dos hijos comunes menores de edad, y cuando estos salían del portal salió la acusada Gema, que se acercó a Herminio propinándole un manotazo, al ver que estaba grabando la salida de los niños del portal, que además de tirarle el teléfono al suelo, le causó lesiones en el cuello consistentes en eritema de cara lateral derecha para cuya curación precisó una única asistencia médica y de la que tardó en curar 1 día no impeditivo.

La existencia por tanto de sentencia condenatoria de la progenitora afianza la imposibilidad de poder otorgar a la misma la custodia individual, o si fuera el caso, la custodia compartida de ambos progenitores en virtud del citado artículo 80-6 del CDFA con independencia de si ello sería o no lo mas conveniente para el interés de los hijos comunes quedando directamente excluida y sin posibilidad de valoración como se ha dicho por pate de esta juzgadora aún habiéndose declarado probados los hechos transcritos o inclusive a pesar de los mismos y su relevancia en una decision de tamaña importancia por la simple circunstancia de tratarse de una de las infracciones penales previstas en el precepto y que determinan su directa aplicación.

Como ya se dijo en su momento la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha declarado que las medidas que deben adoptarse al respecto " son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor " (SSTS de 31 de julio de 2009 y 170/2016, de 17 de marzo).

El interés superior del menor se configura como un principio básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las relaciones parentales que recaigan sobre los menores. Es este interés superior del menor un concepto general y abstracto a concretar en cada supuesto sometido a consideración judicial según los específicos factores concurrentes y no puede definirse a priori para cualquier menor, sino que debe ser fijado con relación a un menor determinado y a sus circunstancias socio-familiares.

La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del menor de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el artículo 10-1 de la Constitución en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el artículo 39, al referirse a la protección integral de los hijos.

El interés del menor está centrado en el respeto de sus derechos fundamentales, y, en consecuencia, cualquier actuación debe, como finalidad, evitar su lesión.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011, señala que: " el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales de cada individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad ".

El artículo 76-2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, establece que: " Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos " pero ello en principio podría no garantizarse con la aplicación automática del apartado 6 del artículo 80.

De igual modo debe tenerse en cuenta el orden público familiar basado en los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges (artículos 14 y 32 de la Constitución) y la protección integral de los hijos (artículo 39 de dicho texto legal), que determinan una esfera jurídica de indisponibilidad.

Por lo expuesto,

DISPONGO Plantear al Tribunal Constitucional por los argumentos contenidos en el anterior fundamento jurídico la cuestión de inconstitucionalidad del apartado 6 del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón en relación con los artículos 10-1 y 39-1-2 y 4 de la Constitución Española de conformidad con lo establecido en el artículo Treinta y Cinco Dos de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional con remisión de testimonio de todas las actuaciones.

En tanto se resuelva sobre la misma se mantendrán en vigor las medidas acordadas en el Auto de 21 de septiembre de 2020 quedando en suspenso el dictado de sentencia en el procedimiento principal.

Notifíquese esta resolución contra la que no cabe recurso alguno a las partes y al Ministerio Fiscal.

Así lo acuerda, manda y firma Dª María José Moseñe Gracia, Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza. Doy Fé.

DIVORCIO Y VIOLENCIA

Magdalena Entrenas

Abogada de la AEAFA Córdoba

I. Se cumplieron este verano 40 años de una ley sin precedentes en España. La Ley del Divorcio de 1981 que puso patas arriba el Código Civil gracias al gran político de la transición, Francisco Fernández Ordóñez. Había estado precedida de la Constitución de 1978 y antes, en 1975, de la ley que nos otorgó a las mujeres plena capacidad jurídica y de obrar y terminó con la ignominiosa licencia marital a la que estábamos sometidas. Ahí es nada.

Cuando tras esta conquista llegó el divorcio fue una catarsis, una bomba atómica, la puerta sin retorno a la libertad. “Un tiro en la nuca que acabará con la familia “, clamaba la jerarquía eclesiástica. Pero Fernández Ordóñez, firme y decidido, con una mayoría holgada pero mucho menor de la que ahora sería lógico imaginar, sacó la ley adelante y dijo “no podemos impedir que los matrimonios se rompan, pero si podemos disminuir el sufrimiento de los matrimonios rotos”.

En aquel momento histórico las mujeres pasamos de estar mutiladas en derechos, sometidas en la vida diaria y presas de matrimonios tal vez rotos, a ser personas completas y libres. Y para todos, hombres y mujeres, la ley supuso la posibilidad de zafarse de un matrimonio tóxico o simplemente finito. Antes de 1981 sólo era posible por muerte del otro cónyuge, o por nulidad eclesiástica, así que la Iglesia tenía el monopolio exclusivo de certificar las rupturas con un procedimiento elitista, largo y costoso. Hubo resistencia virulenta de la Iglesia, pero se acabó. Los que tienen un monopolio, ya saben, se resisten al libre mercado.

El matrimonio debía ser civil en un estado declarado aconfesional y podía ser nulo y disuelto por divorcio, además de poderse declarar el cese efectivo de la convivencia de los cónyuges con una separación previa. Eso sí, el sistema descansaba en el concepto de "culpa" y había que probar alguna de las causas tasadas para obtener primero la separación y luego el divorcio.

Pero la clave que marcó el futuro y nuestro presente en lo que trataré en este recorrido hasta hoy, es que por primera vez se puso nombre a la violencia intramatrimonial. Entre las causas de separación estaba la conducta injuriosa o vejatoria, o cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales y como causa incluso directa de divorcio la condena con sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge.

La violencia se visibilizó y ni siquiera por la creencia más sagrada y arraigada podía seguir estando justificado mantener el vínculo matrimonial con quien no solo no te quiere, sino que te veja, te trata sin respeto, te lesiona y hasta puede que un día te mate.

María llegó aquella mañana al despacho temerosa de que la estuviera siguiendo un marido del que ya coleccionaba un rosario de Sentencias condenatorias por golpes y vejaciones. Después de cada Sentencia se veía obligada a volver de nuevo al domicilio, a continuar atada física y económica a aquel hombre y a servirle cada día el plato de comida. Algunas veces se lo tiraba a la cara. Cuando obtuve la Sentencia de divorcio de María, en los inicios de mi carrera profesional, hace 35 años y conseguí una pensión que le permitió ser libre y acabar con el horror que su vida había sido antes de la Ley, entendí que ya no había retorno y que nos quedaba un gran futuro por escribir.

II. A partir de 1981 la Ley del divorcio, ansiada por muchos, fruto del demonio para otros, permitió la disolución del vínculo matrimonial, aunque fuera pasando por una separación previa y hubiera que demostrar el abandono injustificado del hogar, la infidelidad, el alcoholismo, la toxicomanía, las perturbaciones mentales, o cualquier incumplimiento de los deberes conyugales. Eso, o esperar larguísimos periodos de cese de la convivencia conyugal.

Entonces no imaginábamos otra guarda y custodia de los hijos menores que no fuera la exclusiva de uno de los progenitores, con el hándicap de que los menores de 7 años, por imperativo legal, quedaban obligatoriamente al cuidado de la madre. Y de ahí, el uso de la vivienda y fijación de una pensión ineludible.

Esa preferencia materna duró hasta 1990, cuando fue suprimida en una nueva reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El giro que había dado la historia, llevó por efecto del péndulo a una clara discriminación del varón. Recuerdo haber firmado en 1989 en las ramblas de Barcelona una petición de cambio legislativo ante la estampa sorprendente de un grupo de hombres que se manifestaban y clamaban cada día por la pérdida automática de la custodia de los hijos.

Aquella reforma hizo desaparecer la imposición legal, pero la custodia materna siguió siendo la "norma" no escrita dado el modelo familiar imperante, que las mujeres eran las cuidadoras reales de la familia y que una gran mayoría carecía de independencia económica, por falta de incorporación al mercado laboral. Los roles instalados en nuestro ADN durante siglos no podían desaparecer de repente.

Por otro lado el sistema seguía siendo perverso al descansar en el concepto de "culpa", así que para desembarazarse del vínculo matrimonial, ese que hacía sufrir a muchas mujeres y también a los hombres, había que librar una cruenta guerra de "culpas", cuyo resultado nada tenía que ver muchas veces con el interés de los hijos.

Y así estuvimos muchos años, en los que aprendí y comprendí que el maltrato y la perversión en las relaciones de pareja no tenían -no tienen- límite. Que ante los prejuicios de carácter social o psicológico que imperaban, el silencio era la norma. Y que aunque eran las mujeres casi siempre las víctimas de aquel horror, también existían hombres presos del tabú.

Juan era un hombre menudo, de pocas palabras, sencillo. Cada día iba de su casa al trabajo a ganar el jornal para una familia de la que los hijos ya habían volado. A Felisa la describía como una mujer fuerte, que crió a los hijos y nunca trabajó fuera y ahora se había refugiado en un grupo religioso. No le hablaba y no le dejaba entrar en el dormitorio, así que llevaba años durmiendo en un sofá del salón y aunque cada día le preparaba la comida, se la servía en el plato del perro. Un día trajo en uno de sus brazos varios moratones y me confesó turbado y avergonzado que ella, a veces, le pegaba. "Pero no es eso lo peor", me dijo, "lo que no puedo soportar más es que me mire y me diga: no sirves pa'ná, pa'ná, pa'ná " El día que le di su Sentencia, lloramos juntos.

III. Un poco más allá del meridiano de estos 40 años desde la Ley del Divorcio de 1.981, llegó la revolución, la bomba legislativa que dio contenido a la igualdad y a la decidida protección ante las situaciones de violencia. Y así vio la luz la Ley de Medidas de Protección contra la Violencia de Género en el 2004; la nueva Ley de Divorcio, - el exprés - en el 2005, cuando se aprobó la modificación del código civil que también reguló el matrimonio entre personas del mismo sexo y en el 2007 la Ley de Igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Quién hoy eche la vista atrás y cuestione la necesidad - la idoneidad - de estas leyes puede estar ciego, o sencillamente haber sucumbido a las arengas políticas, a la demagogia barata, de los que abanderan la vuelta a un pasado que ya no existe. España ya no es lo que fue y no cabe vuelta atrás. Saberte siempre en la oposición te permite demasiada falacia.

La ley de violencia de género afectó transversalmente el ordenamiento jurídico y la ley del divorcio exprés lo descausalizó. Solo bastaba el deseo de un cónyuge. Dejar de amarse. El acento recayó entonces en la igualdad real de los progenitores para ejercer la guarda y custodia de los hijos comunes. Y así llegó la guarda y custodia compartida y el péndulo una vez más. La custodia compartida por obligación abrió paso a una nueva virulencia en las rupturas. Mujeres que se oponían a ella sin motivo y hombres que la utilizaban con interés meramente espurio.

En este nuevo panorama en la justicia desde el año 2004 da tiempo a ver que así sucede. También que en los Juzgados de Violencia no son víctimas algunas de las que están y que realmente no están todas las que desgraciadamente lo son. El compromiso con la violencia de género y con la verdad debiera ser de todos. Pero no es así. La violencia de género es una lacra, una realidad, un mantra que no se arregla por repetir que existe, o que no, una vergüenza, una desgracia, un auténtico fracaso social cuando son cada vez más jóvenes los hombres - niños a veces - que insultan, agreden y hasta matan a las mujeres - niñas algunas- a las que dicen que amaban.

Virginia no sabía siquiera si quería divorciarse. Si dejar atrás una historia que intuía no había sido la historia romántica con la que soñó. Emilio le controlaba hasta su propio dinero, la callaba en público, le supervisaba la ropa que debía ponerse cada día. El consideraba si era decente, o parecía "una puta". Muchos días la zamarreó y alguno que otro le dio puñetazos. Como cuando llegó bebido de madrugada y quiso obligarla a tener sexo - eso no era amor - y presa del miedo se hizo la dormida. La llamaba "inútil", "loca" y a cada rato "hija de puta". La castigaba, la dejaba fuera de la casa… sencillamente la despreciaba. Aun así, Virginia lloraba mucho creyendo ser ella la culpable de no ser la esposa perfecta. A él lo absolvieron, pero ella por fin cogió fuerzas para seguir su camino.

Porque la justicia a veces es ciega y la balanza depende en ocasiones de factores que no están en los libros… ¿un culpable absuelto o un inocente condenado? No, no es fácil, nadie dijo que lo fuera. Cuando he sido testigo de algún error en la justicia humana, por Dios que eleve recurso de súplica a la divina. Nunca se sabe.

IV. Desde 1981 han pasado como en un chasquido demasiados cambios para una sociedad, tal vez, poco educada. De un extremo a otro sin pasar por la casilla de salida de la educación.

De ser imposible divorciarse, al divorcio exprés; de la guarda y custodia materna a la compartida casi por obligación, aunque los roles no hayan evolucionado; de la violencia soterrada a combatirla con medidas que, porque se cuestionan, generan más violencia. Víctimas, culpables, inocen-

tes, verdugos, según cuando y según como; una prensa - el cuarto poder - que utiliza la violencia como entretenimiento; programas que cosifican a las “hembras” y, a renglón seguido, condenan al “macho” que las cosifica, si de cuotas de audiencia se trata.

Juicios mediáticos tan erróneos como tendenciosos que vulneran los derechos más elementales, de unos y de otros. Víctimas que se estigmatizan y hasta juzgan a veces y verdugos a los que se condena o absuelve, según toca. El juicio en los tribunales es indiferente para todos.

Modelos violentos que se exhiben y aprenden y reproducen por los menores; conceptos como la igualdad de hombres y mujeres que aún hoy se arengan o demonizan desde las políticas de los extremos. (! que mal nos hizo el fin del bipartidismo!). Políticas incorrectas, educación deficiente, efectos rebote.

Reformas que tratan de imponer por real decreto lo que la educación no ha conseguido, vulnerando derechos fundamentales. La violencia existe, pero la presunción de inocencia también.

Joaquín disfrutaba de su único hijo en régimen de guarda y custodia compartida, cumpliendo con esmero. No había mejor padre. Eso sí, no se ponía muy de acuerdo con la ex en la venta de la casa que era de ambos. Un día ella le amenazó con ir a la guardia civil si no le daba el dinero que quería… y como no se lo dio, allí fue. Sacó un audio que atesoraba con premeditación y que muchos meses antes le había grabado, cuidándose ella de lo que decía y provocando que él dijera una frase inconveniente de esas que casi todos hemos dicho en una discusión acalorada. A Joaquín lo condenaron por esa frase, solo por una frase, a la que ella había contestado “a ver si te atreves”. Joaquín tenía ahora que dejar de ver a su niño... ¿Quién reparará el efecto de la pérdida de afecto y del tiempo perdido con los hijos? ¿y si después de suspender hasta las visitas de un padre hubiera luego una Sentencia absolutoria?

La vida, las relaciones humanas son mucho más que cualquier artículo de una ley. Catalogarlas es nefasto porque cada asunto, cada vida, es diferente. Lo que necesitamos son jueces y muchos, implicados en conocer y ahondar en cada asunto y menos leyes y preceptos de un legislador que no acierta a entender que la realidad de las vidas en juego en una sala de vistas es sencillamente poliédrica.

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 2022
Roj: STS 27/2022 - ECLI:ES:TS:2022:27
Nº de Recurso: 3618/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Sin acordar la extinción de la pensión alimenticia a cargo del padre fijada en la Sentencia de divorcio, se considera ajustada a derecho la decisión de suspenderla durante los periodos de tiempo en que el hijo viva en Estados Unidos cursando sus estudios, volviendo a activarse tal pensión en los periodos que regrese a España.

Conforme al art. 90.3 del CC, en su primer inciso: "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges".

En este caso, no se cuestiona la legitimación activa de los padres para instar alimentos a favor de sus hijos mayores de edad, cuestión resuelta por la sentencia 223/2019, de 10 de abril, que reitera la doctrina fijada en las sentencias 147/2019, de 12 de marzo, que recoge a su vez la declarada en la sentencia 483/2017 de 20 de julio, y, por ende, de la madre para pretender el mantenimiento de la fijada en el convenio regulador suscrito, así como la del padre para pretender que se deje judicialmente sin efecto. Tampoco se discute que la convivencia familiar se interpreta por esta sala, en un sentido amplio, siendo factible que se repute existente en

el caso de cambio de residencia por motivo de estudios del hijo (sentencias 156/2017, de 7 de marzo y 291/2020, de 12 de junio).

En relación con el juicio de proporcionalidad, que proclama el art. 146 del CC, es criterio de esta sala que la fijación del quantum de las pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado en casación, salvo que resulte arbitrario o ajeno al canon de razonabilidad (sentencias 30/2019 de 17 de enero y 573/2020, de 4 de noviembre).

Pues bien, en este caso, resulta que el convenio regulador se suscribió con motivo del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, seguido entre las partes, que finalizó por sentencia de 1 de diciembre de 2005, que aprobó el convenio regulador suscrito. En él, se pactó que el padre abonaría, en concepto de alimentos, para sus tres hijos, entonces menores de edad, una cantidad de 600 euros mensuales por cada uno de ellos, con actualización conforme al IPC; pensión que se abonará hasta que los hijos tengan independencia económica.

En ese momento, los hijos de los litigantes recibían enseñanza en el DIRECCION000 de Madrid, cuyos gastos estaban sufragados por la compañía en la que trabajaba el padre, debido al contrato de expatriación del que disfrutaba; no obstante, para el supuesto de que dichas condiciones variasen, el padre se hará cargo de los gastos de escolaridad de sus hijos, en el centro escolar que ambos progenitores acordasen.

Por consiguiente, conforme a dicho convenio, el padre se comprometía a hacerse cargo de los gastos de escolaridad de los hijos, así como a contribuir a sus alimentos con 600 euros mensuales, por cada uno de ellos, revisables conforme al IPC, los cuales convivían con la madre en la vivienda familiar.

Las actuales circunstancias son manifiestamente distintas a las contempladas al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio.

El hijo varón, por razones de estudios, vive en Estados Unidos. Su padre no sólo se encarga de sufragar sus estudios, sino también de satisfacer sus alimentos y habitación, incluso sus desplazamientos de un país a otro. Los gastos referidos eran atendidos, con antelación, por la madre, con la contribución del recurrente, lo que implica un cambio cierto de circunstancias, que obliga a reconsiderar su aportación alimenticia, en tanto en cuanto aquellas necesidades (art. 142 CC) son actualmente cubiertas por el demandante, de la manera indicada, cuando se encuentra el hijo común de los litigantes en el extranjero.

Es por ello que, consideramos ajustada a derecho, la sentencia del juzgado que, sin extinguir la aportación del padre por tal concepto, la suspende durante los periodos de tiempo en que el hijo viva en Estados Unidos cursando sus estudios. Ahora bien, en los periodos que regrese a España, dicha contribución se activará para cubrir sus necesidades de alimentos en nuestro país.

No compartimos, por lo tanto, el criterio de la sentencia de la Audiencia, que considera que la situación se mantiene inalterable, toda vez que existen los cambios expuestos, que precisan el ajuste de lo pactado a las nuevas circunstancias concurrentes, por aplicación del principio de proporcionalidad y exigencias normativas de los arts. 90. 3 y 146 CC.

La STS 86/2020, de 6 de febrero, establece que: “Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación”.

En el mismo sentido la sentencia 573/2020, de 4 de noviembre.

Por otra parte, “[...] es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida””. (STS 483/2017, de 20 de julio y 630/2018 de 13 de noviembre). Su fundamento en el carácter consumible de los mismos (SSTS 26 de marzo de 2014; 23 de junio de 2015; 6 de octubre 2016 y 147/2019, de 12 de marzo).

TS

SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 2022

Roj: STS 22/2022 - ECLI:ES:TS:2022:22
Nº de Recurso: 3589/2019
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

No hay ningún dato en el negocio de aportación de bienes inmuebles a la sociedad de gananciales que permita deducir su carácter gratuito, por lo que procede declarar que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a su favor por el valor de la aportación de bienes privativos efectuada en escritura pública.

El pacto de atribución de carácter ganancial a bienes que pertenecían privativamente a un esposo está comprendido dentro de la amplia libertad que el art. 1323 CC reconoce a los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de contratos. En virtud del negocio de aportación celebrado, los cónyuges acordaron atribuir a bienes privativos del marido el carácter de gananciales, de modo que los bienes pasaron de una masa patrimonial a otra. Frente a lo que entiende la Audiencia, para que nazca el derecho de reintegro o reembolso a favor del aportante no es preciso establecer expresamente el carácter oneroso de la aportación, ya que no hay razón para presumir una donación si no se dispone que lo sea. Por el contrario, si no se ha dispuesto a título gratuito ni se ha excluido el reintegro, la regla es que toda atribución real tiene su contrapartida obligacional y genera a favor del aportante un reintegro por el valor de lo aportado al tiempo de la aportación, valor que deberá actualizarse monetariamente al tiempo de la liquidación (tal como se establece reiteradamente en los arts. 1358, 1464 y 1398.2.ª CC).

En el caso, no solo no se ha atribuido a la aportación carácter gratuito ni se ha excluido el reintegro a favor del aportante sino que, por el contrario, de lo pactado en la escritura resulta con claridad que las partes estaban atribuyendo a la aportación carácter oneroso. Así resulta tanto de la expresión de la causa de contribuir a las cargas del matrimonio (que no ha sido cuestionada, y que conduciría a la aplicación del art. 1364 CC) como de la solicitud de tramitación fiscal de la aportación de bienes acogiéndose a la exención prevista en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal; a estos efectos, era notorio cuando se otorgó la escritura que la administración tributaria venía aplicando a las aportaciones onerosas, como explica el recurrente, la mencionada exención, mientras que sometía a las aportaciones gratuitas a liquidaciones impositivas por transmisiones a título lucrativo.

El que con posterioridad al otorgamiento de la escritura que da origen a este recurso la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia 295/2021, de 3 de marzo (para otro caso), haya declarado que, conforme al principio de legalidad, la sociedad de gananciales, adquirente del bien privativo aportado gratuitamente por uno de los cónyuges, no puede ser sujeto de gravamen por el impuesto sobre donaciones, no es un argumento que desvirtúe la única explicación posible de la manifestación de los litigantes de acuerdo con el tratamiento fiscal que en ese momento recibían en la práctica las aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales.

En definitiva, no hay ningún dato en el negocio de aportación celebrado que permita deducir su carácter gratuito. Al no entenderlo así, la sentencia recurrida ha interpretado de manera manifiestamente errónea el negocio de aportación celebrado por los esposos. Procede en consecuencia estimar el recurso de casación y, al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante y, de acuerdo con lo solicitado declarar que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a su favor por el valor de las aportaciones de bienes privativos efectuadas en escritura pública de 1 de octubre de 2012 que figura en el apartado 2.A del pasivo de la propuesta de inventario presentada en su día por el demandante.

TS

SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2022

Roj: STS 122/2022 - ECLI:ES:TS:2022:122
Nº de Recurso: 2300/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Fernández

La pensión alimenticia se fijó en la Sentencia de divorcio en 2.000 euros y el Juzgado en la Sentencia de modificación de medidas la rebajó a 1.500 euros, si bien la Audiencia revocó esta resolución y la dejó en los 2.000 euros que se fijaron inicialmente. La Sentencia de la Audiencia Provincial solo despliega sus efectos desde la fecha en que se dictó y por tanto no se retrotrae a la fecha de la Sentencia de primera instancia.

La doctrina jurisprudencial que debe ser considerada es la que se recoge en las resoluciones citadas por el recurrente y por el fiscal. Según esta doctrina:

"[N]o cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía [...].

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

"En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n° 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente".

4. La aplicación al caso de la doctrina anterior determina la estimación del motivo y, por lo tanto, la del recurso de casación. La sentencia de divorcio que aprobó el convenio regulador fijó la pensión de alimentos en la suma de 2000 euros al mes; la sentencia del juzgado de primera instancia que conoció de la demanda de modificación de medidas modificó a la baja su cuantía dejándola en la suma de 1500 euros al mes; y la sentencia de la Audiencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la anterior la revocó parcialmente manteniendo la pensión en la cuantía de 2000 euros al mes en que se fijó inicialmente. Esta última resolución, que ha sido dictada resolviendo un recurso de apelación que ha sido interpuesto en un procedimiento de modificación de medidas habrá de desplegar sus efectos, con arreglo a la doctrina que ha sido anotada, desde la fecha en que se dictó.

TS

SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2022

Roj: STS 31/2022 - ECLI:ES:TS:2022:31
Nº de Recurso: 2040/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Que la esposa estuviese dada de alta en el negocio del esposo pero sin realizar trabajo alguno no es obstáculo para la concesión de la compensación del art. 1438 del CC. Por otro lado, el hecho de que la esposa no se haya dedicado en exclusiva al trabajo del hogar durante tres meses, se puede considerar para aquilatar la cuantía de la compensación, pero no para determinar la exclusión del derecho a su percepción cuando ha estado dedicada en exclusiva al cuidado de la casa y los hijos durante más de diecisiete años.

La Audiencia no niega que la recurrente y el recurrido estaban casados en régimen de separación de bienes y que dicho régimen se extinguió al disolverse el matrimonio por divorcio. Ni que, desde la fecha de celebración del matrimonio (el 15 de septiembre de 2001) hasta el momento de la separación de hecho (que tuvo lugar no más tarde del 1 de julio de 2019), la recurrente estuvo dedicada al trabajo para la casa. Ni, tampoco, que dicha dedicación fue exclusiva, al menos, hasta el 1 de diciembre de 2017.

Sin embargo, deniega la compensación, porque la recurrente cuenta con un contrato de trabajo desde el mes de abril de 2019 y porque estuvo dada de alta como autónoma en la actividad de venta de carne al por menor desde el 1 de diciembre de 2017 hasta el 27 de junio de 2019. De lo que concluye que no concurre una de las condiciones necesarias para reconocer el derecho a la compensación del art. 1438 CC: "que la contribución a las cargas del matrimonio haya sido solo con su dedicación a la familia".

El razonamiento soslaya no solo que el alta de la recurrente como autónoma en la actividad de venta de carne al por menor se produjo en el negocio del recurrido, sino también que aquella, no obstante el alta, nunca llegó a trabajar en dicho negocio. Que el alta de la recurrente se produjo como autónoma colaboradora en la carnicería de su marido y que aquella nunca llegó a trabajar en la misma es algo en lo que las partes están conformes, aunque hayan disentido sobre cuál fue la razón de tal alta: que el recurrido pudiera desgravarse determinados gastos, que es lo que sostiene la recurrente, o que esta pudiera aumentar su cotización y de esta forma resultar beneficiada, que es lo que mantiene el recurrido. Es claro, por lo tanto, que el alta en cuestión carece de virtualidad, a tenor de la doctrina anotada, para denegar el derecho a obtener la compensación.

Y lo mismo se debe decir del contrato de trabajo de abril de 2019, puesto que el hecho de que la recurrente no se haya dedicado en exclusiva al trabajo del hogar durante tres meses, lo que ni siquiera ha negado (ya en la demanda afirmó que desde el mes de abril de 2019 estaba trabajando como camarera, por cuenta ajena y a tiempo parcial, los fines de semana, percibiendo por ello un salario de entre 350 y 400 euros al mes), se puede considerar para aquilatar la cuantía de la compensación, pero no para determinar la exclusión del derecho a su percepción cuando ha estado dedicada en exclusiva al cuidado de la casa y los hijos durante más de diecisiete años. Lo primero, se ajusta a nuestra doctrina. Pero lo segundo, por irrazonable y desproporcionado, no.

Por lo tanto, procede estimar el motivo, casar la sentencia de la Audiencia y asumir la instancia para, conforme a lo pedido por la recurrente, desestimar el recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrido y confirmar la sentencia apelada.

Dice la sentencia de la Audiencia que:

"[N]o le falta razón al demandado recurrente cuando señala que el auto carece de una explicación sobre las bases que la juez a quo ha tomado en consideración para establecer el derecho de la demandante a percibir la compensación por su dedicación la (sic) familia. Así no se indica nada acerca de la actividad laboral que ha desarrollado, ni la incidencia que ello puede tener".

A la vista del fundamento de derecho séptimo de la sentencia de primera instancia, que hemos glosado con anterioridad, hay que concluir, necesariamente, que lo que la Audiencia afirma no se ajusta a la realidad.

El juzgado considera la extinción del régimen de separación que habían convenido los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, al disolverse el matrimonio por divorcio. Considera, también, el trabajo

de la recurrente para la casa desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho de los cónyuges, entendiendo que lo desarrolló en exclusiva hasta el 1 de diciembre de 2017 y, a partir de esa fecha, compatibilizándolo con su propio trabajo. Y, finalmente, fija la cuantía de la compensación en función del sueldo que se habría satisfecho a una tercera persona como empleada de hogar -criterio este que representa, como ya hemos dicho, una de las opciones posibles y admitidas por nuestra doctrina-, pero valorando el trabajo de la recurrente para la casa desde el mes de octubre de 2009 en un 70%, que es lo que considera adecuado teniendo en cuenta, según señala, que las dos hijas menores del matrimonio asistían desde entonces a un centro escolar y que la recurrente compatibilizó la atención dedicada a la casa con su propio trabajo a partir del 1 de diciembre de 2017.

Nada puede reprochar a lo anterior el recurrido.

En primer lugar, porque concurren las condiciones que la norma establece y nuestra doctrina declara para que la recurrente tenga derecho a obtener la compensación del art. 1438 CC, que no cabe negarle apelando a criterios de proporcionalidad vinculados a las aportaciones de uno y otro cónyuge que carecen de virtualidad, puesto que, con arreglo a lo que hemos dicho, el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen, bastando con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación, siendo cosa distinta la determinación de su importe.

Y en segundo lugar, porque su cuantía, a falta de acuerdo, ha sido fijada por el juez conforme a un criterio jurisprudencialmente admitido y que, además, por la forma en que ha sido aplicado, diferenciando entre dos periodos, y valorando el trabajo para el hogar en el segundo de ellos en un 70%, no cabe entender perjudicial para el recurrido. Por un lado, porque el juzgado ha entendido que la recurrente compatibilizó la atención a la casa con su propio trabajo desde el 1 de diciembre de 2017; cosa que no ocurrió, por lo que hemos dicho, hasta el mes de abril de 2019. Y la segunda, porque también ha ponderado que desde octubre de 2009 las dos hijas menores del matrimonio asistían a un centro escolar, por lo que la dedicación al hogar ya no era, aunque seguía siendo exclusiva, tan intensa como cuando no lo hacían.

TS

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2022

Roj: STS 243/2022 - ECLI:ES:TS:2022:243
Nº de Recurso: 6482/2020
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Se desestima la acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja, y luego esposa, de la madre por naturaleza, al no acreditarse la posesión de estado. No se aprecia el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre.

1. En el caso, la maternidad por naturaleza de D.ª Clemencia quedó determinada por el parto (arts. 120 CC, 44 y 46 LRC /2011). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de D.ª Elsa. Cuando D.ª Clemencia se sometió a las técnicas de reproducción asistida y también cuando Horacio nació (el NUM000 de 2014) la redacción en vigor del art. 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción asistida solo permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del registro civil que se determinara respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. Puesto que el matrimonio de D.ª Clemencia y D.ª Elsa (el 12 de

junio de 2015) fue posterior al nacimiento del niño, la filiación no quedó determinada respecto de E D.ª Isa, sin que llegara a iniciarse la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción.

2. En las dos instancias se ha estimado la demanda de "reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado" interpuesta por D.ª Elsa exclusivamente contra D.ª Clemencia. No se ha demandado al hijo (cfr. art. 766 LEC), que habría que entender representado por su madre, y los dos tribunales de instancia han dado por supuesto que los intereses del menor habrían quedado defendidos por el Ministerio Fiscal, que en conclusiones en el juicio solicitó la estimación de la demanda, se opuso al recurso de apelación de la madre y ahora interesa la desestimación del recurso por entender que la posesión de estado es una cuestión de hecho acreditada en la instancia y respecto de la que la recurrente pretende una nueva valoración de la prueba, lo que es inviable en casación.

3. Sin embargo, como el propio Ministerio Fiscal también recoge en su informe, y declaramos en la citada sentencia 267/2018, de 19 de mayo, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida acerca de si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado.

4. Junto a ello, debe tenerse en cuenta, además, como recuerda la sentencia 48/2018, de 7 junio, que el interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia 614/2009, de 28 de septiembre) y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo, 614/2009, de 28 de septiembre). La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene, y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección.

5. Resulta oportuno traer a colación esta doctrina por lo siguiente. El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo).

Sin embargo, partiendo de lo anterior, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, esta sala ha valorado que el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado.

En este sentido, las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, admitieron, a la vista de las circunstancias, que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre.

Así, la sentencia 740/2013, de 5 de diciembre (FJ 3.6) interpretó que la regla del art. 131 CC, que atribuye a la posesión del "estado de filiación" el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción, es aplicable en el ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. Partiendo de la acreditación en el caso de la posesión de estado de la filiación, que según la sentencia reforzó el consentimiento prestado por la no gestante en la clínica, la sentencia resuelve atendiendo al interés de las niñas nacidas (y cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre) junto al de la otra hija (previamente adoptada por la no gestante) y el interés "de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas" (FJ 3.7).

Con cita de la anterior, la sentencia del pleno 836/2013, de 15 de enero de 2014, partiendo de la posesión de estado como título legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación (FJ 2), valora el interés del menor en que continúe una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en el que se afirma que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía (FJ 3).

6. En el caso que juzgamos, por lo que decimos a continuación, el recurso de la madre debe ser estimado y, al asumir la instancia, la demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera su pareja, y luego su esposa, desestimada.

De acuerdo con la jurisprudencia, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (nomen, tractatus, fama). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC exige que la posesión de estado sea "constante" no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

Las sentencias de instancia han valorado de forma decisiva la existencia de un proyecto común de las litigantes de formar una familia que se habría manifestado en la prestación de consentimiento en la clínica y en los actos inmediatamente posteriores al nacimiento. Ciertamente, en nuestro sistema, el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales, pero de acuerdo con la doctrina de la sala no es suficiente cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado.

En particular, la sentencia recurrida ha considerado acreditada la constante posesión de estado valorando el tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres (que habría tenido trascendencia en el ámbito familiar), cuando lo cierto es que, en atención a su brevedad y a las circunstancias concurrentes, no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida.

La sentencia recurrida, confirmando el criterio de la sentencia del juzgado (que consideró irrelevantes los actos posteriores al nacimiento y la formación del denominado proyecto familiar común precisamente por ser posteriores), ha restado relevancia a los actos posteriores al nacimiento, cuando en realidad son decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado. Tras la separación, la relación se ha limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con la madre, con quien tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin, que con una relación de maternidad con el niño. La demandante, además, abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio, lo que permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación. Finalmente, el que efectuara unas transferencias a una cuenta propia y según su disponibilidad económica, en concepto de ahorro, en espera, según se dice, de que la madre proporcionara una cuenta, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

Por último, hay que añadir que la sentencia da por supuesto que el superior interés del menor queda tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. Sin embargo, no es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales. Tampoco se ajusta a los criterios que ha adoptado la sala en las citadas sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso no se da esa situación ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre.

Por estas razones, el recurso de casación se estima, y por las mismas razones se estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y se desestima la demanda, pues no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado.

TS

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2022

Roj: STS 355/2022 - ECLI:ES:TS:2022:355
Nº de Recurso: 4954/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Como no se trata de modificar una pensión compensatoria establecida en otro procedimiento, sino que en sentencia de apelación se rebajó la cantidad que en primera instancia del mismo procedimiento se había fijado, los efectos de la sentencia de apelación se harán valer desde la sentencia de primera instancia.

Entiende la recurrente que al declararse en la sentencia de apelación que la reducción en la pensión compensatoria será efectiva a la fecha de la sentencia de primera instancia, se estaría declarando indebidamente la retroactividad del pronunciamiento, cuando según la recurrente solo sería operativa la reducción desde la sentencia de segunda instancia.

Esta sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la presente cuestión, entre otras, en sentencia 689/2021 de 8 de octubre, en la que se declaró:

"...la reducción de la pensión compensatoria efectuada en la sentencia de apelación, fijándola en 300 euros, es operativa desde la sentencia de primera instancia.

"Por lo expuesto, la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial que para caso similar se deduce de la sentencia citada 388/2017, de 20 de junio, pues en nuestro caso no se trata de modificar una pensión establecida en otro procedimiento, sino que en sentencia de apelación se rebajó la cantidad que en primera instancia del mismo procedimiento se había fijado, por lo que los efectos de la sentencia de apelación se harán valer desde la sentencia de primera instancia".

En conclusión, la eficacia de lo acordado en la sentencia de apelación rige desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

En el motivo segundo se alega la infracción por oposición a la doctrina del TS (Sala 1.ª de 26 de febrero de 2019 y ST de 23 de abril de 2018) del art. 97 CC, apartado 5 y 9, en relación con el artículo 1347.5 del CC. Pensión compensatoria, concepto de desequilibrio. Ponderación de las circunstancias. El dictado de esta sentencia, en su fallo, viene a dictarse en contra de lo establecido en la doctrina del TS, como es la naturaleza de la pensión compensatoria, en relación con el concepto de desequilibrio. Este implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge.

Se desestima el motivo.

Se alega que existe un notorio desequilibrio por el hecho de que el demandado es administrador de las sociedades constituidas bajo el régimen de sociedad de gananciales, con participación de ambos cónyuges y en su condición de representante de las sociedades hace suyos los ingresos que las mismas reportan, esencialmente por los rendimientos de bienes inmuebles.

A esta cuestión se da una acertada respuesta en la sentencia de apelación, al declararse por la Audiencia Provincial, que los pretendidos rendimientos del demandado son en realidad resultado de la explotación de las sociedades, y será en su liquidación cuando se pueda determinar la parte que proporcionalmente corresponde a cada litigante, por lo que no se aprecia el desequilibrio pretendido (art. 97 del C. Civil).

TS

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2022

Roj: STS 4409/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4409
Nº de Recurso: 5342/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª Maria de los Ángeles Parra

Debe incluirse en el pasivo un derecho de crédito a favor del esposo en cuantía de 162.860 euros procedentes de una indemnización (por importe total de 229.576,32 euros) por las lesiones sufridas en un accidente de tráfico que se destinaron a la adquisición de bienes gananciales. En cuanto al resto del importe de la indemnización no procede su inclusión como derecho de reintegro al no acreditarse que se destinara a atender cargas de la sociedad de gananciales.

En el caso debemos partir, porque ha sido declarado en la instancia y es aceptado por las dos partes, de que el marido recibió una indemnización como consecuencia de las lesiones sufridas en un accidente de tráfico por importe de 229.576,32 euros. También es aceptado por las dos partes que de esa suma de dinero, que tenía carácter privativo del esposo (art. 1346.6.º CC), 162.860 euros se destinaron a la adquisición de bienes gananciales.

La razón por la que en la instancia (expresamente la sentencia del juzgado, y por remisión, la sentencia recurrida) se ha negado el reembolso respecto de esta cantidad de 162.860 euros es que el esposo no hizo manifestación de que se reservara tal derecho en el momento de la adquisición de los bienes con dinero privativo.

Esta sala se ha pronunciado de manera reiterada en diversas sentencias sobre la cuestión que se plantea en el recurso acerca de la procedencia del derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición de un bien ganancial aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición (sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, seguida entre otras por las sentencias 415/2019, de 11 de julio, 138/2020, de 2 de marzo, y 591/2020, de 11 de noviembre).

Esta doctrina es aplicable al caso por lo que se refiere al importe de los 162.860 euros destinados a la adquisición de bienes gananciales, sin que sean atendibles las objeciones de la recurrida acerca de que la jurisprudencia es posterior al momento en que se adquirieron los bienes y que ella desconocía las consecuencias del reembolso. El que con anterioridad a la sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, existiera jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y la recurrida considere que el criterio seguido por la sentencia recurrida y contrario al de esta sala está mejor fundado no puede impedir que prevalezca la aplicación al caso de los preceptos legales, que no exigen que se haga reserva del derecho de reembolso previsto en el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales. La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

La aplicación de la anterior doctrina determina que el recurso de casación deba ser estimado por lo que se refiere al derecho de reembolso correspondiente al dinero empleado en la adquisición de bienes gananciales, pues el criterio en el que la sentencia recurrida basa su decisión para excluir el derecho de crédito a favor del recurrente por ese importe no es correcto.

En cambio, no puede prosperar el recurso de casación por lo que se refiere al reconocimiento a favor del recurrente de un derecho de crédito por el importe de la suma restante (66.716,32 euros) hasta alcanzar el total de la indemnización que percibió.

El recurrente dice de manera imprecisa que ambas partes han reconocido que con esa suma se abonaron gastos de la sociedad, cuando no ha sido así. Lo cierto es que, respecto de esta cantidad de la que nos ocupamos ahora, el juzgado razonó que procedería la aplicación del art. 1.364 CC y el reconocimiento de un derecho de reembolso a favor del esposo si se hubiera acreditado en el proceso que esta suma o parte de ella se destinó a gastos o deudas de cargo de la sociedad de gananciales según lo establecido en el art. 1.362 CC pero, atendiendo a que la esposa alegó que el dinero se empleó en satisfacer gastos personales del esposo y a que este no había realizado ningún esfuerzo probatorio, dene-

gó el reembolso. La sentencia de la Audiencia, que es la recurrida, denegó el reembolso aludiendo a las imprecisiones del recurrente (que en la vista se refirió a la adquisición con ese dinero de servicios y bienes de lujo y en apelación mantuvo en cambio que la totalidad del dinero se empleó en el sostenimiento de la familia con arreglo a los usos y circunstancias) y la falta de prueba sobre el destino del dinero.

El recurso de casación, respecto de la suma de 66.716,32 euros, no puede prosperar, pues no solo no se invocan los preceptos que serían oportunos, sino que además el recurrente altera los hechos probados y se aparta de la razón decisoria de la sentencia recurrida, que respecto de esta cantidad no excluye el reembolso porque el recurrente no se hubiera reservado tal derecho, sino porque niega que haya quedado acreditado el destino del dinero.

En efecto, de una parte, el recurrente ni cita como infringidos los arts. 1362, 1364 o 1398.3.ª CC, que serían los aplicables. Tampoco despliega ningún argumento respecto de la cantidad que nos ocupa, aunque termine solicitando el reconocimiento de un crédito por la suma privativa dedicada a "los gastos gananciales realizados" y en el desarrollo de uno de los motivos, de pasada, junto a la referencia a que hay acuerdo a que con el dinero de la indemnización privativa se adquirieron bienes gananciales, añada "y abonaron los gastos de la sociedad". Sin embargo, toda la argumentación se limita a la procedencia del reembolso por el dinero privativo empleado en la financiación de bienes gananciales aunque no se haya hecho reserva. Finalmente, contra lo que se dice en el recurso, no hay acuerdo de los cónyuges sobre el empleo del dinero en gastos comunes, lo que ha sido negado por la esposa, y la sentencia recurrida considera que no ha quedado acreditado el "concreto destino" del dinero.

Partiendo de la falta de prueba del destino del dinero la decisión de la sentencia recurrida en este caso no es incorrecta, pues el hecho de que el dinero privativo se haya gastado durante la vigencia de la sociedad de gananciales no da lugar a un derecho de reembolso; tal derecho solo estaría justificado, como dijo el juzgado, si los fondos se emplearon para hacer gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad (art. 1364 CC), lo que la sentencia recurrida considera no probado. Debemos añadir que, en este caso, a diferencia de lo sucedido en otros supuestos decididos por la sala, no se ha planteado en ningún momento por el esposo ni, por tanto ha sido objeto de análisis ni pronunciamiento, si el dinero de la indemnización se confundió con dinero ganancial poseído conjuntamente, por lo que tampoco podría presumirse que, a falta de prueba, el dinero se gastó en interés de la sociedad (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 78/2020, de 4 de febrero, con cita de las sentencias 4/2003, de 14 de enero, y 839/1997, de 29 de septiembre).

Al estimar parcialmente el recurso de casación procede asumir la instancia y, por las mismas razones expuestas, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto en su día por el esposo y declarar que procede reconocer un crédito en el pasivo de la sociedad a favor del recurrente por el importe de 162.860 euros, debidamente actualizado al momento de hacer la liquidación.

SENTENCIAS COMENTADAS

Privación de la patria potestad

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 2022

El padre ha incumplido de forma grave y reiterada sus deberes como padre respecto de ambos hijos, pues lejos de ejercer la patria potestad en beneficio de estos, se sirvió de ella para imponer su voluntad por encima de todo interés de los menores y con evidente y claro perjuicio para estos, al punto incluso de impedir la escolarización cuando ya era posible y obligada para el mayor, además de desatender a sus necesidades económicas cuando le fueron impuestas judicialmente. La privación de la patria potestad desde el punto de vista estrictamente civil y al margen de la pena impuesta en el proceso penal -que por definición tiene carácter temporal-, se evidencia así como una medida realmente necesaria desde este momento a fin de evitar que quien ha incurrido en ese uso abusivo de la patria potestad pueda seguir interfiriendo en la toma de decisiones sobre sus hijos y conjurar todo peligro de que el padre pueda intentar siquiera seguir ejerciéndola una vez cumplida la privación temporal impuesta en el proceso penal, resultando así una medida necesaria para proteger el interés de los menores.

El recurrente, don Luis Manuel, ha solicitado en esta segunda instancia que se revoque la sentencia del juzgado y se desestime la demanda interpuesta por D.ª Adelina en cuanto pedía la modificación de las medidas reguladoras de la aguarda del menor Abilio adoptadas en anterior sentencia de 27 de Marzo de 2012 y el establecimiento de medidas en relación con el otro hijo, Alexis, consistente esencialmente en la privación de la patria potestad y que la pensión de alimentos se fije en 150 euros para los dos hijos. Tanto el Ministerio Fiscal como la demandante mencionada se opusieron al recurso.

Respecto de la pretensión relativa a la privación de la patria potestad, debe recordarse sucintamente la doctrina legal al respecto, cabiendo citar para ello la STS 1661/2019 de 23 de Mayo que, reiterando lo dicho en la STS 621/2015 de 9 de noviembre la expuso así: “ 1.- El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos

en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma. "2.- Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, rec. 718/2012, que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996; 10 noviembre 2005)" "3.- Al la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la sala (STS de 6 febrero 2012, rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]. "Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor. "Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. "4. Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo)."

En el presente caso, el ahora recurrente ejecutó los hechos por los que fue condenado en sentencia penal firme de 7 de Marzo de 2012, cuyo relato de Hechos Probados, tras exponer la convivencia de D.ª Adelina con don Luis Manuel desde el año 2008 y el nacimiento de sus hijos Abilio y Alexis, se expresa así: "Desde el año 2014 al 2017 han vivido en una casa de la c/ DIRECCION000 de la ciudad de Santander. Durante este periodo de tiempo el acusado ha ejercido sobre Adelina y su hijos un absoluto control de sus actos, decidiendo donde debían permanecer, cuando podían salir de la habitación y cuando no, cuando y como debía realizar las labores domésticas, cuando y con quien podía hablar, en definitiva, decidía por ellos. Además de lo anteriormente señalado, el acusado agredió en numerosas ocasiones a Adelina, mediante patadas, pañetaos y empujones sin que ella acudiera a centro medico. En el mes de septiembre de 2017, Adelina, junto con sus hijos abandonó el domicilio familiar dando por finalizada la relación con el acusado. El acusados, que no acepta la ruptura, desde esas fechas, ha enviado a Adelina incontables mensajes y le ha llamado por teléfono muchísimas veces con objeto de convencerle para retomar la relación; en algunas ocasiones le manifiesta su amor " Adelina mía, Adelina te ¡quiero mucho..." (sic), en otras le dice "hija de puta, coge el teléfono hija de puta" y en otras "voy a aplastar la cabeza a un niño, voy a ir a por ti"; por tales hecho fue condenado como autor responsable de un delito de violencia habitual, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia en el primero y atenuante de reparación del daño, a penas de prisión y otras, entre ellas la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos comunes durante seis años, además de serlo tambien por un delito de violencia de genero en la modalidad de acoso y un delito leve de injurias. Con anterioridad, en sentencia de 27 de octubre de 2011 don Luis Manuel había sido ya condenado por dos delitos de violencia de genero y un delito de violencia habitual cometidos contra Adelina y su hijo primogénito, Abilio.

Además de lo anterior, se desprende de lo actuado que los menores no estuvieron escolarizados hasta finales de 2017, cuando abandonaron el domicilio en que vivían con el padre, y por decisión que solo puede imputarse a este a tenor del relato de hechos probados expuesto, pese a que el Mayo, Abilio, contaba ya edad para ello y podía serlo estarlo pese a la dolencia que le aqueja, como lo estuvo a partir de 2017. Además, tras imponerse a don Luis Manuel por auto de Auto de 20 de septiembre de 2019 el pago de una pensión de alimentos de cien euros por cada hijo, este no la satisfizo en ningún momento, pues ninguna prueba ha aportado de las entregas mencionadas en su interrogatorio; como tampoco consta prueba alguna de

que abonara la pensión de alimentos establecida en la sentencia de 27 de Marzo de 2012 para alimentos de su hijo mayor y que D.ª Adelina niega que cumpliera en este punto, sin que el demandado haya aportado prueba alguna acreditativa del pago. Y, en fin, a tenor del informe psicosocial practicado en estos autos puede afirmarse que resulta de todo punto perjudicial para los menores, actuando como un factor de estrés para ellos, la mera posibilidad de comunicación o visitas con su padre, " pudiendo desestabilizarlos en las distintas áreas de su vida y tener repercusiones negativas significativas en su desarrollo emocional, social, cognitivo y académico con graves consecuencias a largo plazo, afectando incluso a su funcionamiento en la vida adulta ", razón por la que el psicólogo concluyó que no encuentra conveniente la reanudación de las visitas y estancias por las que se había solicitado el informe, conclusión que es ideas coherente con lo ya considerado en su día por el dr. Severino, que depuso como testigo, acerca de la inconveniencia de que el padre visitara en el hospital a su hijo Abilio con motivo de la intervención quirúrgica a que fue sometido por el rechazo que hacia él tenia el menor.

Por todo lo anteriormente expuesto pronto se comprende que don Luis Manuel ha incumplido efectivamente de forma grave y reiterada sus deberes como padre respecto de ambos hijos, pues lejos de ejercer la patria potestad en beneficio de estos y en orden a procurarles un desarrollo integral en todas las esferas de su personalidad, se sirvió de ella para imponer su voluntad por encima de todo interés de los menores y con evidente y claro perjuicio para estos, al punto incluso de impedir la escolarización cuando ya era posible y obligada para el mayor, además de desatender a sus necesidades económicas cuando le fueron impuestas judicialmente. La privación de la patria potestad desde el punto de vista estrictamente civil y al margen de la pena impuesta en el proceso penal - que por definición tiene carácter temporal-, se evidencia así como una medida realmente necesaria desde este momento a fin de evitar que quien ha incurrido en ese uso abusivo de la patria potestad pueda seguir interfiriendo en la toma de decisiones sobre sus hijos y conjurar todo peligro de que don Luis Manuel pueda intentar siquiera seguir ejerciéndola una vez cumplidla la privación temporal impuesta en el proceso penal, resultando así una medida necesaria para proteger el interés de los menores; sin perjuicio de que en su caso pueda solicitar la rehabilitación en caso de cambio sustancial de las circunstancias si es que resulta conveniente entonces al interés de los menores.

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
DE FAMILIA

Cambio de custodia materna por paterna

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 2022

El plan contradictorio propuesto por el padre presupone que los menores residirán con la madre desde el lunes a la salida del colegio hasta la hora de entrar al colegio el viernes, y con el padre desde el viernes hasta el lunes. La justificación de esta singular propuesta radica, por una parte, en el hecho de que la madre trabaja en un restaurante los sábados y los domingos y, por otra, en el implícito reconocimiento de la imposibilidad del padre de hacer compatible el cuidado de los menores durante toda una semana con las obligaciones que impone su trabajo de agente vendedor. Dicho plan está concebido para permitir al padre desentenderse de una plena implicación en las exigencias diarias de atención a los menores y para, en su lugar, atribuirse los fines de semana, esto es, los tiempos principalmente destinados al descanso y al ocio. No está demostrado, por otra parte, que la madre trabaje los fines de semana si con ello se quiere afirmar que dedica y dedicará en el futuro al trabajo la mayor parte del tiempo los sábados y domingos.

(…) 5. Si la proximidad entre los domicilios de los progenitores (DIRECCION001 y DIRECCION002 son concellos limítrofes) y la edad de los menores, de diez y cinco años, son datos que refuerzan la opción por un régimen de custodia compartida, que en la consideración jurisprudencial actual es el sistema preferente " porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea " (STS 257/2013, de 29 de abril), uno de los principales elementos de valoración por el tribunal es el plan contradictorio que las partes -o el solicitante, en su caso- debe proporcionar para concretar la forma y el contenido del ejercicio de la patria potestad compartida, " ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores) " (STS 280/2017, de 9 de mayo).

6. El plan que en este caso propone el padre ahora apelante presupone que los menores residirán con la madre en DIRECCION001 desde el lunes a la salida del colegio hasta la hora de entrar al colegio el viernes, y con el padre en DIRECCION002 desde el viernes hasta el lunes. La justificación de esta singular propuesta radica, por una parte, en el hecho de que la madre trabaja en un restaurante los sábados y los domingos y, por otra, en el implícito reconocimiento de la incapacidad del Sr. Juan Carlos de hacer compatible el cuidado de los menores durante toda una semana con las obligaciones que impone su trabajo de agente vendedor para la DIRECCION003 (DIRECCION004).

7. Compartimos con la parte apelada su objeción básica a un planteamiento de esta naturaleza porque, en definitiva, está concebido para permitir al padre desentenderse de una plena implicación en las exigencias diarias de atención a los menores y para, en su lugar, atribuirse los fines de semana, esto es, los tiempos principalmente destinados al descanso y al ocio. No está demostrado, por otra parte, que la madre trabaje los fines de semana si con ello se quiere

afirmar que dedica y dedicará en el futuro al trabajo la mayor parte del tiempo los sábados y domingos; lo que la Sra. Leonor ha manifestado es que en la actualidad trabaja de camarera solo los domingos de 12,00 h. a 16,00 h, y que sus otras ocupaciones laborales son las del trabajo doméstico por cuenta ajena (230,00 euros mensuales) y planchado de ropa para completar ingresos. Como es lógico, rota la relación y convivencia conyugal, la Sra. Leonor habrá de ir acomodando su vida a las oportunidades laborales que puedan surgir a fin de procurarse su sustento y, en la parte que le corresponde, el de sus hijos; pero no por ello tiene sentido organizar un régimen de guarda y custodia que obligue a la madre a trabajar preferentemente los fines de semana y cuidar a los niños durante la semana escolar, para con ello posibilitar que el padre pueda tenerlos en su compañía durante los menos exigentes días del fin de semana. La propuesta del apelante supedita a los suyos los intereses de la madre y condiciona severamente las posibilidades de desarrollo personal y profesional de ésta; perjudica además a los menores porque, en vez de mantener o recrear en lo posible y en su beneficio el ambiente familiar anterior a la ruptura, asigna a los progenitores roles marcadamente diferentes: la madre será la que tenga de despertar a los niños para ir al colegio, vigilar su aseo, darles el desayuno y la cena, cuidar que se cumplan los horarios, que se hagan los deberes y se observen las normas básicas de orden y disciplina que rigen durante el periodo escolar; el padre en cambio se relacionará con los menores sin la rigidez que imponen los horarios (salvo la entrada en el colegio los lunes), sin necesidad de observar con el mismo rigor las reglas ineludibles durante el resto de la semana, y será además el único progenitor de referencia para los tiempos de descanso y ocio.

8. El plan que propone el apelante es así, en nuestro criterio, contrario a la esencia de la custodia compartida que implica " un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema de guarda y custodia, llamada compartida (242/2018, de 24 de abril), siempre en interés de los hijos ". Lo que se ha de perseguir es una aproximación al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. Y no es esa, según hemos argumentado, la finalidad a que responde el plan de coparentalidad que pretende el apelante.

9. A mayor abundamiento, el mayor de los dos hijos de los litigantes, de diez años de edad, manifestó en presencia de la juzgadora de primera instancia y de la representante del Ministerio Fiscal su preferencia por mantener el estado actual de las cosas, esto es, la convivencia ordinaria con su madre, aunque anticipando al viernes por la tarde (como ya hace la sentencia) la estancia con el padre. El interés de los menores no tiene por qué coincidir necesariamente con su voluntad, y menos aún con la voluntad expresada por solo uno de los dos hijos menores (el segundo, por su poca edad, no fue oído); pero no apreciamos razones para deducir que la voluntad expresada por el menor esté en este caso presidida por algún condicionamiento potencialmente nocivo, ni por cualquier otra razón diferente en función de la cual debamos relegarla.

Custodia compartida inviable

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2021

No puede considerarse beneficioso para el menor la obligación de vivir cada dos años en dos países tan distantes y diferentes, con cambios de centro escolar, distintos sistemas educativos, y de ámbito familiar, y social importantes, por lo siendo la expresa voluntad del menor la de residir junto con su madre en EEUU se opta por la custodia materna.

Discrepa la parte recurrente en que progenitor debe de tener atribuida la custodia del hijo menor de las partes litigantes Claudio, que cuenta en la actualidad con 14 años, como nacido el NUM000 de 2007; la sentencia ha atribuido la custodia compartida bianual, e insiste la recurrente en que se atribuya la custodia materna del hijo común.

En la estipulación primera del convenio regulador, de fecha 23 de enero de 2012, ratificado judicialmente y aprobado por sentencia de divorcio de

fecha 10 de abril de 2012 se hacía constar expresamente que: "Acuerdan atribuir en este momento al señor Agustín la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores, quienes adoptaran de común acuerdo y velando siempre por sus intereses, todas las decisiones que afecten al menor, diciendo en los casos de falta de acuerdo la autoridad judicial.

Pese a ello, la señora Miriam buscara condiciones idóneas para residir en un futuro con su hijo en dicho país. Si la señora Miriam encuentra dichas condiciones, siempre acordes al favor filii, ambos cónyuges acuerdan, llegado ese momento, modificar la guarda y custodia en favor de la madre, para lo que acudieran a la vía pertinente a tales efectos".

Con posterioridad, en fecha 7 de agosto de 2017, presentan un "anexo al convenio regulador", no ratificado judicialmente, donde se hace constar que el menor Claudio realizara los próximos dos cursos escolares, esto es 2017/2018 y 2018/2019, en uno de los colegios existentes cercanos al domicilio de la madre en Estados Unidos, sin que dicho acuerdo suponga una renuncia por parte del Sr. Agustín al ejercicio de la guarda y custodia del menor, todo lo contrario, si bien la señora Miriam se hace responsable de que el menor durante el periodo que este se encuentre en su compañía, y que, a la finalización del curso escolar, el menor volverá al domicilio del señor Agustín con quien permanecerá en principio durante otros dos años y así lo harán sucesivamente hasta que el menor alcance su independencia.

Se ha dicho reiteradamente por el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 29 de abril de 2003, que la guarda y custodia compartida es el sistema normal e incluso deseable, y que son las circunstancias del caso las que a la postre van a ser determinantes para adoptarlo. En la sentencia 4/2018 de 10 de enero, se dice lo siguiente: "el hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable".

Las ventajas de este sistema (sentencias 166/2016, de 17 de marzo, 526/2016, de 12 de septiembre, 413/2017, de 27 de junio entre otras), ya son conocidas, y son las siguientes: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Así pues, el régimen de custodia compartida es el régimen ideal, pues es el que más se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial. Además, garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos (entre otras STS 175/2021, de 29 de marzo y 318/2020, de 17 de junio).

Pero dicho esto, el problema que presenta lo acordado en la sentencia de instancia no es que cada dos años cambie la custodia del hijo, sino que el inconveniente mayor es que, cada dos años, el menor cambie de entorno, de centro académico, de cultura, de amigos, etc., y ello a juicio de esta Sala no respeta el interés del menor. La custodia alterna o sucesiva, que no compartida, fijada en la presente litis se compadece mal con uno de los criterios básicos para garantizar las necesidades afectivas y emocionales del menor, cual es la estabilidad.

El tipo de custodia propugnado es un sistema de guarda ya rechazado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que la custodia fijada en la sentencia, es una guarda por periodos de tiempo, tal como dice la STS 229/2018, de 18 de abril. En la mentada resolución se trata de un caso semejante al de autos, los progenitores residían respectivamente en Pamplona y Japón. Tanto en la instancia como en apelación se atribuyó la custodia a la madre. El padre recurrió en casación buscando encontrar una respuesta jurídica diferente en materia de custodia en el caso de progenitores con distinta nacionalidad y residentes en distintos países; se solicitó una custodia anual. Esta custodia alterna se rechazó por los siguientes motivos: (i) porque no se probaron los posibles beneficios para los hijos; (ii) porque los efectos perniciosos de tal sistema venían acreditados por prueba pericial psicológica; y (iii) porque la distancia entre ambos domicilios hacía inviable la custodia compartida, dada la distorsión y las alteraciones que podía provocar en el régimen de vida de los menores, que precisan un marco estable de referencia.

En la exploración practicada por el juez "a quo" al menor Claudio, cuando contaba con la edad de 12 años y medio, expresó de manera clara y precisa su deseo de vivir en EE. UU. con su madre, manifestando llevarse muy bien con el esposo de su madre, estando muy contento en la escuela americana a la que asistía, habiéndose adaptado muy

bien con los amigos y entorno que allí tiene, teniendo unos resultados académicos muy buenos. Se aporta por la madre con la demanda un correo de la psicóloga del colegio americano al que acudió el menor, en el que destaca la madurez de Claudio.

Debemos señalar que la voluntad del menor Claudio, no es vinculante para el/la juzgador/a, pero si relevante, basándose siempre en el interés superior del mismo, sin que pueda atribuírsele al mismo la responsabilidad de la decisión, pero sin embargo hay que tener en cuenta que una opinión libremente emitida, como lo hizo Claudio en la exploración practicada, es relevante, no apareciendo que dicha opinión estuviera mediatizada o interferida por la influencia de la madre, siendo sus manifestaciones coherentes.

Por otra parte, cuando se firmó el convenio regulador, en fecha 23 de enero de 2012, otorgándose la custodia del menor al padre, la madre no tenía trabajo, habiéndose incorporado al mercado laboral el día 2 de abril de 2018, en la empresa DIRECCION000, para el puesto de analista financiero III, percibiendo un salario bruto anual, ascendente a 96.445,08 $.

El repetido "anexo al convenio", no ratificado judicialmente no puede alcanzar, en esta litis contenciosa, otra trascendencia jurídica que la derivada de un medio de prueba más, a valorar juntamente con el resto de las practicadas en las actuaciones. Actualmente, el menor se encuentra en España con su padre, estando matriculado para el curso académico 2020/2021, conforme a lo pactado por ambos progenitores.

Por todo lo expuesto, esta Sala no puede considerar beneficioso para el menor la obligación de vivir cada dos años en dos países tan distantes y diferentes, con cambios de centro escolar, distintos sistemas educativos, y de ámbito familiar, y social importantes, siendo la expresa voluntad del menor la de residir junto con su madre en EEUU, que si bien es cierto que durante cierto periodo de tiempo puede haber sido beneficioso para el menor, dicha situación no puede perpetuarse hasta que el menor alcance la mayoría de edad, ya que ello le generaría inestabilidad en todos los ámbitos de su vida, y por ello, en aplicación del principio del interés del menor, recogido en el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que modifica la LO 1/96 de Protección del Menor; en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013 sobre el Interés del menor; en la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en su resolución A3-0172792; art. 92 del CC y la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, (citando, entre otras STS de 3 de abril de 2014, 2 de julio de 2014; de 4 de marzo de 2016; 21 de diciembre de 2016; de 22 de diciembre de 2016; de 9 de mayo de 2017, 12 de mayo de 2017, de 17 de enero de 2018).

Por todo ello, procede revocar el pronunciamiento acordado por el juez a quo en el sentido de atribuir una custodia materna, custodia que se hará efectiva cuando por la madre se acredite tener escolarizado al menor en el lugar de su residencia, y si no pudiere, dado que esta iniciado el curso escolar, el menor deberá terminarlo en España y una vez este termine procederá a trasladarse al lugar de residencia de su madre.

El régimen de visitas no es perjudicial para las hijas

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2021

Sin desconocer el contenido del art. 66 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Genero que recoge la posibilidad de acordar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, en el supuesto sometido a examen no resulta acreditado que el régimen de visitas establecido por la Juzgadora de instancia sea perjudicial para las hijas máxime cuando establece un régimen progresivo y a la par unas cautelas para que las visitas respeten el contenido de la Sentencia penal.

La parte apelante impugna el régimen de visitas fijado en la Sentencia de instancia al entender que no beneficia a las hijas teniendo en cuenta la corta edad de las mismas y los acontecimientos por ellas vividos.

Respecto del derecho de visitas indicar que se trata de un derecho de contenido afectivo, encuadrable entre los de la personalidad, de naturaleza extramatrimonial, innegociable e imprescriptible, y que no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad especial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su integral desarrollo, estando condicionado a que resulte beneficioso para el menor, a fin de salvaguardar sus intereses. Así pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visitas y al que queda subordinado como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2 del Código Civil, en concordancia, así mismo, con el principio constitucional de protección integral de los hijos del artículo 39.2 de la Constitución Española y Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de Octubre de 1989 y ratificada por España por medio de instrumento de fecha 30 de Noviembre de 1990. Al constituirse el régimen de visitas como una función que implica no sólo derechos, sino también deberes, es posible restringirlo o limitarlo, conforme resulta del art. 94 CC, en aquellos supuestos en los que se acredite que tales comunicaciones entre los hijos menores y el progenitor no custodio puedan constituir, o constituyen, fuente de riesgo para los mismos o para su desarrollo integral en razón a circunstancias tales como la falta de contactos previos de forma prolongada en el tiempo padre -hijos cuando éstos cuenten con escasa edad, comportamientos determinados del progenitor no custodio, situación emocional de los propios menores, u otra serie de circunstancias que puedan concurrir y aconsejen y fundamenten una resolución restrictiva del régimen de visitas, que incluso puede venir aconsejada por circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor no custodio, pues, en todos los casos, el régimen de visitas que se fije ha de atender al interés y beneficio de la prole, y ello en una correcta aplicación del art. 94 CC, en relación con el artículo 39 CE y demás normativa internacional aplicable al caso.

Sin desconocer el contenido del artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Genero que recoge la posibilidad de acordar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, en el supuesto sometido a examen no resulta acreditado que el régimen de visitas establecido por la Juzgadora de instancia sea perjudicial para las hijas máxime cuando establece un régimen progresivo y a la par unas cautelas para que las visitas respeten el contenido de la Sentencia penal.

No puede instaurarse el régimen de visitas

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2022

En un procedimiento de modificación de medidas presentado por el padre se desestima la petición de instauración de un régimen de visitas. Aquél fue condenado por sentencia firme por un delito de acoso y dos delitos de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género, constando en los hechos probados que dos de los incidentes se produjeron en presencia del menor, y, según el informe del equipo psicosocial, no asume la responsabilidad por dichos delitos y es ajeno a la repercusión negativa que ello tiene sobre su hijo, quien tiene miedo a su padre, lo que constituye un factor de inestabilidad emocional y es negativo para su desarrollo psicológico. Además, el padre presenta dificultades para controlar la ira y la frustración.

Entendemos que la sentencia razona adecuadamente y justifica la decisión de no establecer el régimen de visitas, puesto que el apelante ha sido condenado por sentencia firme por un delito de acoso y dos delitos de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género, constando en los hechos probados que dos de los incidentes se produjeron en presencia del menor, y, según el informe del equipo psicosocial, aquel no asume la responsabilidad por dichos delitos y es ajeno a la repercusión negativa que ello tiene sobre su hijo, quien tiene miedo a su padre, lo que constituye un factor de inestabilidad emocional y es negativo para su desarrollo psicológico. Además, el apelante está diagnosticado de DIRECCION001 y presenta dificultades para controlar la ira y la frustración.

En contestación a las diversas alegaciones del apelante, que por versar, en esencia, sobre la valoración de la prueba efectuada en la instancia, abordaremos de forma conjunta, debemos indicar, en primer lugar, que, aunque es cierto que la sentencia penal no era firme al dictarse la sentencia de instancia, sí lo es a día de hoy, siendo falso que hayan transcurrido más de siete años desde su dictado, sino que la del Juzgado de lo Penal se dictó el 2 de septiembre de 2019, y la de la Audiencia Provincial el 20 de enero de 2020.

Es cierto que ya no existe la orden de alejamiento respecto al hijo menor, y que en la sentencia del Juzgado de lo Penal no se condena al apelante por ningún delito “hacia su hijo” y que no se le impone orden de alejamiento y/o comunicación respecto a él, habiéndose revocado las medidas adoptadas durante la instrucción, lo que es confirmado en la Audiencia Provincial, pero ello no implica la reanudación automática de las visitas, sino que, a tenor de lo dispuesto en el art. 94 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta antes expuesta, ha de valorarse en el presente procedimiento si existe o no riesgo para el menor en caso de reanudarse las visitas.

Sorprenden las alegaciones de que no se ha aportado a autos informe psicológico que demuestre que el menor haya precisado apoyo psicológico; de que no se ha valorado la influencia negativa que la madre ejerce sobre el menor de edad; de que no existe prueba de que este tenga una relación traumática con su padre; y de que no existe ningún informe psicológico que evalúe al menor durante el tiempo transcurrido sin relación con el padre. Amén de que dicha influencia negativa de la madre es una mera alegación de parte, carente de soporte probatorio alguno, dichas alegaciones entran en contradicción con el contenido del informe del Equipo Psicosocial, al que se ha hecho alusión, que se titula informe psicológico y está suscrito por una psicóloga, sin que el apelante haya aportado dictamen pericial psicológico que desvirtúe las conclusiones de aquel.

En cuanto a la alegación de que se le denegó la práctica de pericial del Equipo Psicosocial, ante lo que recurrió en reposición y formuló protesta, carecen de relevancia en cuando no se reprodujo la solicitud de dicha prueba en esta segunda instancia.

No existe la incongruencia omisiva que se denuncia por no haberse pronunciado la juzgadora de instancia respecto a la pretensión subsidiaria de que las visitas se desarrollen en el Punto de Encuentro, ya que se razona la inconveniencia de reanudar todo tipo de visitas, siendo los argumentos de la sentencia suficientes para fundamentar también porque no han de desarrollarse en el Punto de Encuentro, sin que en el informe del Equipo Psicosocial se haya considerado conveniente dicha posibilidad.

Es cierto que si no se restaura la relación existe riesgo de que se pierda totalmente el vínculo, pero, para evitarlo, deberá esforzarse el actor en modificar su actitud, asumiendo la responsabilidad por sus delitos, tomar conciencia de la repercusión negativa que sus conductas tienen en su hijo menor, y seguir tratamiento médico por su DIRECCION001, respecto al cual no ha aportado informe médico alguno que demuestre una mejoría y desvirtúe lo indicado al respecto en el informe del Equipo Psicosocial.

En cuanto al testimonio de su hijo mayor Andrés, que entiende espurio por estar enemistado con el apelante, debe señalarse que no existe motivo alguno para no darle credibilidad, siendo lógico, a la vista de los hechos probados que constan en la sentencia penal, que la relación con su padre no sea buena. En todo caso, sus propias manifestaciones en la vista han determinado la extinción de la pensión alimenticia en su día establecida a su favor, lo que otorga credibilidad a su testimonio en conjunto.

En definitiva, por las razones expuestas, procede desestimar este motivo de apelación.

Pensión alimenticia

Efectos retroactivos de la extinción de la pensión

AP PONTEVEDRA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2022

Los efectos de extinción de la pensión alimenticia se retrotraen a la fecha en que el padre y el hijo mayor suscribieron un documento en el que este último renunciaba a la pensión por tener independencia económica.

Efecto retroactivo de la extinción de las pensiones alimenticias

Efectivamente, la STS 20 de julio de 2017 - a que aludíamos en la de esta AP de 23 de noviembre de 2017 (Secc. 1ª) siguiendo el criterio de la de 26 de marzo de 2014, y otras- que anteriores como las de 23 de junio de 2015 y de 6 de octubre de 2016, vuelve a ser categórica al respecto de la cuestión planteada por el apelante en un supuesto de hecho casi idéntico al que nos ocupa, para negar la posibilidad de aplicación retroactiva de la extinción de la pensión de alimentos, ni siquiera a la fecha de interposición de la demanda, cuanto más a en cuanto a su extensión a un período anterior, en los siguientes términos:

<< La sentencia recurrida extingue los alimentos que el padre venía abonando a su hijo, mayor de edad, desde la sentencia de 30 de junio de 2005, dictada en el procedimiento 628/2005, con efectos desde la fecha de interposición de la demanda, y no desde la sentencia del Juzgado, como se resolvió en la primera instancia.

La sentencia tiene en cuenta que el hijo está trabajando desde abril del 2013, percibiendo 800 euros mensuales netos, «lo cual permite concluir que, a la fecha de la interposición de la demanda, el 31 de octubre del 2013, ya no era merecedor del derecho a la pensión de alimentos, y puesto que no le ampara en este momento el título judicial dictado en su día, a la sazón, la sentencia de divorcio de fecha 30 de junio 2005 ».

Considera la sentencia lo siguiente:

«(...) se justifica que la pensión de alimentos se extinga a fecha de la sentencia, cuando la cuestión se plantea en sede de procedimiento de modificación de medidas, y en aquellos supuestos en los que dicho hijo con anterioridad a la fecha de la sen-

tencia no ha tenido, de modo estable, permanente y suficiente, recursos económicos para su propia manutención.

»En los demás casos, por regla general, sí, por contra, como es el supuesto que se analiza, se acredita que el hijo ya mayor de edad estaba trabajando al momento de la interposición de la demanda, percibiendo ingresos suficientes, e incluso superiores a la cuantía establecida en concepto de alimentos, poniendo ello de manifiesto el demandante en el escrito rector, interesando expresamente en el presente proceso la extinción de tal derecho con efectos desde la interposición de la demanda, es claro que en estos supuestos no se debe posponer el efecto de la extinción de los alimentos al momento de la sentencia que recae en el procedimiento de modificación de medidas en el que se ha debatido sobre la extinción de dicho derecho».

SEGUNDO. - La sentencia contradice la jurisprudencia de esta sala y vulnera lo dispuesto en el artículo 148 CC, citado en el motivo.

En primer lugar, es doctrina reiterada de esta sala que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente» (senten cias 3 de octubre 2008; 26 de marzo 2014; 25 de octubre 2016).

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

En segundo lugar, es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 (La no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan) y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida».

TERCERO. - Consecuencia de lo razonado es que esta sala deba asumir la instancia para estimar el recurso y restablecer el pronunciamiento de la sentencia del juzgado sobre alimentos en favor del hijo Jesús y su extinción desde la sentencia; todo ello con imposición al recurrente de apelación de las costas causadas por este recurso, y sin hacer especial declaración de las demás, de conformidad artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.>>

9. Ahora bien, desde esa fecha, ha sido el mismo TS el que ha apreciado excepciones a la irretroactividad de la pensión de alimentos, siguiendo el criterio también las AP como A modo de ejemplo dejamos constancia de la reciente Sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de Febrero de 2021 que señala que:

"En relación con las demandas de modificación de efectos de sentencia en las que se pide la extinción de la pensión de alimentos a favor de hijo mayor de edad, por haber alcanzado la independencia económica, es constante la doctrina que aplica la efectividad de la modificación desde la fecha de la sentencia y no de la demanda, ni de la fecha en que supuestamente la suficiencia económica se alcanzó (STS, Civil sección 1 del 20 de julio de 2017 (ROJ: STS 3021/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3021) y STS, Civil sección 1 del 14 de febrero de 2019. Al argumento genérico, el de la doctrina de los efectos ex nunc, ex arts.106 C.c. y 774.5 LEC, que acabamos de ver, se añade en estos supuestos otro específico: si bien puede ser cierto que la indepen-

dencia económica se adquiera con fecha anterior a la fecha de interposición de la demanda, prevalece la perdurabilidad del efecto de la obligación alimenticia si no se acredita en la conducta de la contraparte un carácter notoriamente abusivo y contrario a las mínimas exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos (ATS, Civil sección 1 del 20 de diciembre de 2017 "

10. En efecto cabe citar en este sentido, la Sentencia TS de 10 de abril de 2019, que analizaba el caso de dos hijos mayores de edad independientes desde la incorporación de ambos a las Fuerzas Armadas, declara la extinción de la pensión con efectos desde la fecha de la demanda, entendiendo que la madre custodia, si bien no había ocultado la nueva situación de los hijos, sí que se había empecinado en defender la necesidad de mantenimiento de la medida alimenticia anterior, por lo que, teniendo en cuenta la existencia de cierta mala fe procesal, acuerda el dies a quo de la fecha de la reclamación judicial, de acuerdo con lo preceptuado por la doctrina jurisprudencial que desarrolla los Artículos 106 y 148 C.C. además en la citada resolución se dice que se ha de tener en cuenta "que la sentencia número 483/2017, de 20 de julio, se refiere a restantes resoluciones que «modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja)», esto es, está pensando en unos alimentos que varían en su cuantía, pero no en su extinción por perder la perceptora legitimación para su cobro".

11.En esta misma línea se orienta la Sentencia TS de 12 de marzo de 2019, si bien, ésta aún va un paso más allá, al acusar a la madre custodia y al hijo, mayor de edad e independiente, de connivencia en contra del progenitor no custodio, por lo que además de declarar extinguida la pensión de alimentos desde la fecha de la demanda, condena a la madre a la devolución de las cantidades percibidas con posterioridad a la misma, con fundamento jurídico en el cobro de lo indebido, el abuso de derecho y la mala fe. En STS 147/2019, 12 de marzo de 2019, con cita de la STS 483/2017, de 20 de julio de 2017, al decidir sobre los efectos temporales de la sentencia que extingue la obligación alimenticia, contiene la siguiente declaración:

"Es doctrina reiterada de esta Sala que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente".

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

"En segundo lugar, es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de la sentencia de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".

Añadiendo el alto Tribunal en el siguiente ordinal, a modo de recapitulación, lo siguiente:

"4. Apréciese que se afirma pensiones percibidas y se añade "por supuesto consumidas".

Y es que el efecto no retroactivo de la modificación de alimentos (SSTS 26-mayo-2014; 23 de junio de 2015 y 6 de octubre de 2016) tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos.

De ahí, que las sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (Sentencias 661/2015, de 2 de diciembre, y 483/2017, de 20 de julio) por seguir conviviendo con su progenitor".

12.Ello no obstante, en esta resolución el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por una madre condenada a devolver las cantidades recibidas en concepto de pensiones de alimentos indebidamente percibidas desde

la fecha en que el hijo dejó de convivir con ella, puntualizando que la jurisprudencia citada en su Sentencia se refiere a pensiones percibidas y consumidas, cuando es así que en el caso en ella resuelto, el hijo, que además tenía ingresos propios, había dejado de convivir con su madre, con lo que las pensiones de alimentos pagadas por el padre no habían sido consumidas por el hijo, con lo que la cuestión ya no era la necesidad de alimentos del hijo sino si la entonces recurrente había dejado de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia. En suma, que para que proceda la extinción de las pensiones con efecto retroactivo, habrán de desaparecer las bases fácticas para que el reclamante tuviese legitimación para seguir percibiendo la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad, y no lo comunicó al alimentante, a fin de evitar como también se dice en la resolución " un manifiesto abuso de derecho ", en el que entiende una connivencia entre madre e hijo.

13. En el caso de autos, por lo que se refiere al hijo común Marco Antonio, este y su padre pactan que "Que en la actualidad, D. Marco Antonio tiene una edad que le permite encontrar una actividad por cuenta ajena o propia habiendo terminado su formación con calificación desconocida y, por tanto, cesa la causa que determinó el reconocimiento de dicha pensión alimenticia, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar alimentos a D. Victoriano en un futuro. TERCERO: Que en mérito a lo anterior, ambas partes acuerdan la extinción de la pensión alimenticia con efectos de 30 de Abril de 2019, reconocida en la actualidad por D. Marco Antonio, nacido en 1994, a consecuencia de cumplir una edad que le permite acceder al mundo laboral"; y en relación a Teodora, nacida en 1990 estipulan "Que en la actualidad, D. Teodora tiene ingresos propios derivados de su actividad por cuenta ajena y, por tanto, cesa la causa que determinó el reconocimiento de dicha pensión alimenticia, sin perjuicio de la posibilidad de reclamar alimentos a D. Victoriano en un futuro. TERCERO: Que en mérito a lo anterior, ambas partes acuerdan la extinción de la pensión alimenticia con efectos de 31 de enero de 2016, reconocida en la actualidad por D. Teodora, a consecuencia de realizar la misma una actividad remunerada."

Agapito había nacido en 1989 y sobre él había quedado extinguida la pensión alimenticia, no así el pago de la mitad de los gastos extraordinarios.

15. D. Marco Antonio afirmó vive con su pareja a veces en su casa, a veces va él a casa de ella. Afirma que suscribió el documento para evitar represalias, y para desvincularse de él. Está todavía estudiando, está cobrando un ERTE de 408euros, porque trabajó un tiempo. No quiere tener relación con su padre, ni que le pague alimentos, se hallaba conforme cuando suscribió el documento.

16. Teodora también firmó el documento en 2016, estaba incorporada al mercado laboral, ya no se la pagaba desde 2013 a 2016, estaba presionada y no la necesitaba. Agapito hace unos años tres o cuatro que no vive en casa.

17. Llegados a este punto la Sala aplicando los parámetros jurisprudenciales que hemos reseñado supra, consideramos que, tratándose de hijos mayores de edad, puede estimarse que al menos respecto de D.ª Teodora cabe la extinción de la pensión de alimentos desde que firmó el documento el 31 de enero de 2016 puesto que ella ha reconocido la existencia de medios económicos suficientes para atender a sus necesidades, por lo que constituiría un enriquecimiento injusto (si se hubiera pagado la pensión, que no consta) o bien un manifiesto abuso de derecho, que se obligara a su pago desde entonces.

18 En relación a Marco Antonio, no existiendo esa constancia se retrotraerán los efectos a la fecha de interposición de la demanda, ha sido él quien quiso y quiere desvincularse de su padre, de modo que no fijar los efectos extintivos de la obligación a la fecha de la demanda, cuando ya no existe causa alguna para mantenerla, determinaría dejar a la acreedora de la pensión, es decir, a la madre, en situación de ejecutar un título que contiene una obligación formal cuando ya se ha extinguido el derecho que dicha obligación otorga y ello en perjuicio del padre, que es el deudor formal y con ello, dada la intangibilidad de las sentencias firmes, se estaría legitimando un verdadero abuso de derecho lo que está vedado por el 7.2 del Código Civil. No se trata ya de que el hijo mayor de edad no quisiera seguir percibiendo la pensión, sino que además puede considerársele independiente económicamente ya que se hallaba en ERTE a la fecha de la vista, además de mantener una convivencia more uxorio bien en su casa bien en la de su novia, para lo que evidentemente ya no se halla justificada, entendemos, la pensión alimenticia desde al menos, la presentación de la demanda.

19. Respecto del hijo mayor, Agapito solicita la extinción de la contribución a la mitad de los gastos extraordinarios que se había mantenido en la SS de modificación de medidas de 2013, pese a suprimir su pensión de alimentos, por hallarse incorporado al mercado laboral. No contamos con elementos de juicio que nos permitan pronunciarnos a propósito de la extinción desde 2014 porque no se ha producido prueba alguna orientada a tal fin, de ahí que en este caso el pronunciamiento a realizar es necesariamente por falta de prueba desestimatorio.

No existe causa para reducir la pensión alimenticia

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2022

Se desestima la demanda en la que el padre solicitada la reducción de la pensión alimenticia dado que sigue desempeñando su misma actividad de abogado, que como profesión liberal está sometida a los albures de la coyuntura y que eso da lugar a que sus ingresos sean variables. Sentado lo anterior, debe acreditarse que esa lógica variación tiene carácter esencial desde el punto de vista cuantitativo y además, una nota de duración en el tiempo, y esto no se ha probado.

El recurso denuncia error en la valoración de la prueba tanto en lo que se refiere a los ingresos de ambos progenitores como en lo relativo a la enfermedad del hijo menor.

Comenzando por esta última, dice que no se alegó mejoría sino que el niño es acreedor de una ayuda económica, que percibe la madre. Este argumento no es cierto puesto que en la demanda se dice claramente que se invoca la mejoría en las patologías del niño y que ello fundamenta la reducción de la pensión alimenticia.

Este primer motivo de recurso se desestima porque no se ha probado la mejoría y sobre todo porque no se ha probado que hayan disminuido las necesidades del menor. En segundo lugar, la prueba aportada con el escrito de oposición a la apelación acredita que la demandada y apelada ha cesado en su actividad como autónoma. Este hecho nuevo debe ser ahora valorado, como exige el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en este tipo de procedimientos en que es obligado atender al estado presente de las cosas en interés de los menores. En tercer lugar, el recurso denuncia error en la valoración de la prueba relativa a los ingresos del actor

La sentencia declaró probado que el actor sigue desempeñando la misma actividad que ejercía en el momento de dictado de la sentencia puesto que es abogado en ejercicio desde el año 1997, se encuentra dado de alta en el turno de oficio, además de realizar funciones como administrador concursal, sin que se haya aportado prueba alguna acreditativa de la disminución de los ingresos que se tuvieron en cuenta en el razonamiento jurídico séptimo de la sentencia de divorcio para fijar la pensión de alimentos, donde ya se hizo constar que sus ingresos eran variables.

El recurrente señala que no trabaja como administrador concursal, extremo éste que aunque cierto es irrelevante.

En efecto, la ratio dedicendi de la sentencia permanece en todo caso incólume, el actor sigue desempeñando su misma actividad laboral, que como profesión liberal está sometida a los albures de la coyuntura y que eso da lugar a que sus ingresos sean variables.

Sentado lo anterior, debe acreditarse que esa lógica variación tiene carácter esencial desde el punto de vista cuantitativo y además, una nota de duración en el tiempo.

Estas dos exigencias deben ser acreditadas a satisfacción por el actor, no solo porque ello es consustancial a todo procedimiento de modificación de medidas sino también porque en, dada la profesión del actor, es particularmente aplicable el principio de facilidad probatoria, al no existir certificaciones de entidades pagadoras de salarios.

En relación al primer punto, debe recordarse que el proceso de modificación de medidas conlleva siempre un juicio comparativo entre la situación existente cuando se fijaron las medidas que se quieren cambiar y la que existe actualmente, a fin de comprobar si ha habido un cambio cierto, de rigor y de cierta relevancia de circunstancias(variación que debe tener carácter de permanencia, ser imprevisible y no ser buscado de propósito por quien solicita la modificación.)

En lo que hace al segundo aspecto, es claro que las profesiones liberales por su propia esencia presentan mayores dificultades que las asalariadas a la hora de fijar con precisión los ingresos.

Desde este punto de vista, la auto liquidación de IRPF no hace prueba a favor del actor y apelante ya que es un documento elaborado unilateralmente por él, sin que el hecho de que su destinatario sea una Administración altere esa circunstancia.

El resto de los documentos aportados no acreditan en modo alguno que haya existido una alteración relevante en la posición económica del apelante y el mero hecho de que no pague la pensión alimenticia no demuestra que no pueda hacerlo.

Efectos retroactivos de la extinción de la pensión

AP PONTEVEDRA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2022

Los efectos de la extinción de la pensión compensatoria se producen desde la fecha en que quedó acreditado que el tercero se trasladó a la vivienda de la ex esposa para convivir con ella.

(…) El artículo 101 del Código Civil, reconoce el derecho a la extinción de la pensión compensatoria por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, asimilado a la naturaleza de la relación more uxorio. Se sostiene por el apelante que su exesposa mantiene una relación de esta naturaleza desde marzo de 2020.

21. La Sentencia del STS de 9 de febrero de 2012 expone dos cánones interpretativos del precepto: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe de ser aplicada. De acuerdo con el primero, el criterio teleológico, la causa de extinción se fundamentó en impedir que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia estables, no formalizadas como matrimonio, precisamente con la intención de continuar percibiendo la pensión compensatoria, puesto que inicialmente el precepto contemplaba como única causa las nuevas nupcias.

22. Por otro lado, en atención al canon interpretativo relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, el TS señala que la calificación de la expresión «vida marital» con otra persona puede hacerse desde dos puntos de vista que son complementarios y, en ningún caso, excluyentes: el elemento subjetivo, materializado en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, optando por una ausencia de forma; y el elemento objetivo, basado en la convivencia estable.

23. En efecto, la doctrina entiende que estamos ante la causa de extinción cuando acaece la convivencia, entendiéndose aquella equiparada a la relación more uxorio como aquella relación que implica: « Una cohabitación de carácter permanente y estable, exigiéndose la nota de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, ya que la expresión “convivencia” no puede entenderse de otra forma y esa habitualidad presupone, a su vez, estabilidad, por lo que existir, en consecuencia, una apariencia de matrimonio -como si fuera matrimonio, pero sin serlo en realidad-, lo que vendrá determinado por las notas de estabilidad y notoriedad que se ha de traducir en interdependencia en el aspecto corporal y en lo espiritual, lo cual constituye, sin duda, algo más que la mera amistad o el trato íntimo, exigiéndose, asimismo, unidad de domicilio y estabilidad, aunque no sea definitiva si bien la estabilidad en una relación more uxorio es algo que puede variar en función de diversas

circunstancias, por lo que no se puede configurar como un requisito ineludible, al menos con carácter taxativo» (SAP de Albacete de 9/7/18). Esto es, se ha de traducir en interdependencia en el aspecto corporal y en lo espiritual, lo cual constituye, sin duda, algo más que la mera amistad o el trato íntimo, exigiéndose, asimismo, unidad de domicilio y estabilidad, aunque no sea definitiva.

24. Debe probarse, en el juicio de modificación, la existencia de un modo de vida común que evidencie o exteriorice un consorcio de vida compartido. Determinación de la causa que implicará una actividad probatoria tendente a demostrar la convivencia entre el cónyuge acreedor y una tercera persona, derivándose necesariamente de la misma la conformación de apariencia familiar, conyugal, habitual, estable y no esporádico. Lo cual en ocasiones puede resultar francamente difícil cuando no labor probatoria diabólica. En nuestra opinión, el establecimiento de un conjunto o pluralidad de indicios puede constituir prueba cuando no se da una respuesta justificada contraindiciaria. El cónyuge deudor será el que al interponer la demanda de modificación de medidas, deberá justificará la existencia de convivencia empleando los medios de prueba admitidos por nuestro ordenamiento

25. En el caso que nos ocupa ha quedado acreditada la relación sentimental de la demandada con el Sr. Héctor, y a juicio de esta Sala reúne la misma los requisitos necesarios como para que pueda extinguirse la pensión compensatoria señalada en su día. En efecto se ha probado a través de:

-Un informe de seguimiento realizado por una detective quien constató que la Sra. Estrella, que tenía una jornada laboral completa, en un colegio como limpiadora, mantenía una relación de convivencia marital con otra persona, lo cual le cuenta ella misma a través de una entrevista telefónica al detective que al socaire de una investigación sobre la pandemia, le cuenta que en su casa vive con un hijo y su pareja, y su nuera. También hace el seguimiento de D. Héctor y lo hace durante seis días, semanas distintas, y meses distintos, lo sigue a su trabajo también, era socio de una empresa de la que es asalariado, que se encuentra en Pontevedra, observa que entra en el domicilio, que fue familiar, con su propia llave y la del garaje. También a través de una entrevista telefónica (que le anuncia sobre la entrega de un paquete) le reconoce que vive en ese domicilio, se vino a vivir a DIRECCION000 desde marzo en TRAVESIA000, número NUM000.

-D. Héctor dice que no vive allí, pero que está empadronado desde mayo de 2020, era el único medio para ver a su pareja, pero que solo por la pandemia se empadronó. Duerme en su casa, y cuando puede viene a verla, deja el coche en el propio edificio. Pidió la entrega del paquete en su domicilio, le salió así que es donde vive. Hace un año que es su novia y, si puede, está con ella.

26. Es obvio que en este caso como en la mayoría, no existen pruebas directas de la convivencia more uxorio sino que ha de deducirse de hechos indiciarios como los señalados. Es más, la propia declaración del sr. Héctor es en sí misma muy reveladora, en razón de los encuentros continuados entre ambos, que le llevaron sea o no con pandemia, a proteger la relación incluso cambiando el empadronamiento. Todo ello se corroboró con la declaración de la detective, que al contrario de lo que se afirma en la resolución de instancia, consideramos que el hecho de que haya hecho su trabajo, esto es, una labor de “investigación” aun afirmando que iba a entregar un paquete o bien, que estudiaba estadísticamente el COVID no empece ni empaña su testimonio puesto que no nos consta ni falsedad en él, ni inducción torpe para ello. Así por ej. la SS 09/02/2012 extingue la pensión compensatoria por convivencia de una nueva pareja con la pensionada en casa de ésta, pero solo algunos a fines de semana durante más de año y medio, con notoriedad pública; STS 28/03/2012, nº 179/2012, rec. 1002/2010 Confirma doctrina, revocando alzada en caso de relación de dos años, reconocida por la propia conviviente y su hija, con convivencia de fines de semana.

27. A efectos de contraste y como ejemplo de la vieja doctrina, se trascribe el fundamento resolutorio de la sentencia de la AP Valladolid, que casada por esta sentencia, en sentido opuesto a la extinción: “ sólo se prueba la existencia de una relación sentimental, de manera pública y en diversos vehículos y establecimientos hosteleros de esta ciudad y sus alrededores”, y que “lo probado sobre dicha relación solo faculta para considerarlo como un ejercicio de su derecho a desenvolver su vida tras la separación matrimonial de manera libre, pues el percibo de una pensión compensatoria no le obliga a realizar una vida de aislamiento social, estándole permitido efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal entre la que debe incluirse el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual sin conllevar la sanción del art. 101 CC solo reservada a la celebración de un nuevo matrimonio o a la convivencia marital caracterizada por ese propósito”.

SAP Ávila -1ª- 02/12/2015, nº 251/2015: Puede probarse la relación paramarital por informe de detectives, declaraciones testificales o reconocimientos de los propios convivientes. Además, por indicios: En este caso la factura de teléfono estaba a nombre del conviviente.

SAP Asturias -6ª- 23/12/2016, s. núm. 373/2016: Esa estabilidad se mantiene aunque la relación lo sea sólo durante unas horas al día, sin compartir el mismo techo, siempre que se de cierta continuidad o habitualidad, de manera que en muchas ocasiones esa convivencia y relación afectiva similar a la matrimonial existe por más que la pareja mantenga patrimonios y domicilios separados.

SAP León -2ª- 29/03/2019, Declara probada la convivencia con el informe del detective. " Realizan juntos actividades cotidianas de pareja como ir de compras, alternar en diferentes establecimientos de hostelería, pasear juntos o ir a la boda de un familiar de la pareja, existiendo entre ellos actitudes cariñosas. Además, dicha relación puede calificarse de prolongada y permanente ".

28. La extinción de la pensión compensatoria tiene efectos retroactivos al momento en que se produjo el cambio de circunstancias si existe causa objetiva como es la inscripción registral de la unión de hecho. Ha sido admitido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 que, por analogía, manifiesta: « Resulta evidente que la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que -conocida dicha situación- se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción».

STS 18/07/2018, que confirma la de alzada; retroacción a la fecha de presentación de la demanda en primera instancia, en caso de nuevo matrimonio o vida marital estable años antes de la presentación de la demanda.

STS 17/12/2019, Revocando instancia y alzada, estima el recurso de casación reproduciendo la fundamentación de la sentencia anterior, aunque en este caso lo acreditado era no un nuevo matrimonio sino la vida marital estable de la acreedora. La condena a pagar más de 155.000 euros más intereses, por las pensiones indebidamente percibidas desde la sentencia de primera instancia del pleito principal que declaró probada la nueva convivencia, hasta la del supremo que, revocando la apelación, confirmó la extinción declarada por aquel. (Desde la acreditación que la exesposa convivía maritalmente hasta el reconocimiento del derecho a la devolución han pasado casi diez años).

SAP Madrid -24ª- 11/12/2.001 (rec. 109/2001): Aunque no lo aplica al caso concreto, justifica con carácter general la retroacción, con devolución de las pensiones recibidas desde la concurrencia del a causa extintiva «En la medida que se justifique la procedencia de la extinción con efectos retroactivos, como ocurre, y a modo de ejemplo se puede citar, en aquellos casos en los que se acredita la existencia de un matrimonio anterior a la fecha en la que deba dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, y que declara la extinción de tal beneficio, o cuando de modo indubitado se ha justificado la convivencia con otra persona, también en fecha anterior a la sentencia que deba dictarse, o cuando del mismo modo se acredita, también de un modo claro y palmario, a una fecha determinada, la importante mejora de fortuna, por cualquier razón, de quien hasta ese momento era perceptor de tal derecho.

29. En nuestro caso ha quedado acreditada la convivencia more uxorio de forma categórica, al menos desde mayo 2020, fecha esta en la que el nuevo conviviente trasladó su domicilio a DIRECCION000, y será desde entonces cuando deba declararse extinguida.

30. No procede la extinción del uso del domicilio familiar en modo diferente al estipulado en la sentencia de instancia, toda vez que desde que los hijos son mayores de edad, el demandante pudo haber instado la liquidación de la sociedad de gananciales, lo mismo que en la actualidad, y no lo ha hecho. Ello al margen de que ninguna utilidad tiene a día de hoy la petición de pérdida de este derecho de uso cuando ya se ha consumado hasta este momento y la situación no es reversible. Precisamente así se contempla en la SS de 20 de noviembre de 2018 que cita el apelante, y aun existiendo menores, perdiéndose el carácter de vivienda familiar, ciñe el derecho de uso también a la liquidación.

Compensación por razón del trabajo para la casa

Método para la cuantificación de la compensación: subsidio para mayores de 52 años

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2021

Para la cuantificación de la compensación se fija el importe de 451 euros mensuales en que se cifra el subsidio para mayores de 52 años conforme al RDL 8/2019, de 8 de marzo, cuyo abono durante 18 años de vigencia de la separación de bienes y dedicación de la esposa al trabajo para la casa suponen un monto de 97.416 euros. No obstante y a pesar de ser conciliables pensión compensatoria y la indemnización que nos ocupa por responder a conceptos jurídicos y legales de distinta naturaleza, no cabe desconocer el reconocimiento a la esposa de una pensión compensatoria por tiempo indefinido a cargo de su consorte, que hace aconsejable en aplicación de un elemental criterio de equidad (art 3 CC) minorar en un 50% el quantum indemnizatorio, y por ello la cuantía de la compensación queda fijada en 48.708 euros

Ha de acogerse el motivo de impugnación de la sentencia deducido por la parte apelada en relación con la denegación de la indemnización reclamada por D.ª Carlota al amparo del artículo 1438 CC,

Así, en el supuesto de separación del bienes, de acuerdo con el mencionado precepto, el trabajo para la casa prestado en régimen de exclusividad por uno de los cónyuges no sólo ha de computarse como contribución de éste a las cargas del matrimonio, sino que constituye también -en determinadas condiciones delimitadas jurisprudencialmente- un título para obtener una compensación a la finalización del régimen económico (SSTS 534/2011, de 14 de julio; 16/2014, de 31 de enero; 135/2015, de 26 de marzo; 136/2015, de 14 de abril entre otras). Sirven de condicionantes para la obtención de esta compensación, que los cónyuges hayan pactado el régimen de separación de bienes y que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa, no siendo preciso para su concesión que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge (STS 534/2011, de 14 de julio, STS 185/2017, de 14 de marzo).

En este sentido, la Sentencia de la Sala Civil -Pleno- del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015, reiterando la doctrina recogida en su sentencia de 14 de julio de 2011 y la posterior de 31 de enero de 2014 mencionadas todas ellas en la sentencia de primer grado, ha venido a establecer

que la aplicación del art. 1438 del CC: "[...] exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento.>>

No asiste duda alguna a este Tribunal sobre la exclusiva dedicación de D.ª Carlota durante la convivencia matrimonial, -y en particular desde el acuerdo de los cónyuges plasmado en capítulos el 21 de julio de 2000 de sustituir el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de bienes- a la atención del hogar familiar, habiendo sido esta dedicación al trabajo para la casa su única contribución a las cargas del matrimonio como reconoce su consorte al manifestar en su escrito de contestación que la demandante no trabajaba al contraer matrimonio y por tanto no dejó de trabajar después de celebrarlo y que el mismo "sigue haciendo frente a todos los gastos de la unidad familiar". Asimismo abunda en esta consideración el dato constatado en el certificado emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social obrante al folio 133 de las actuaciones a cuyo tenor al día 12 de julio de 2018 D.ª Carlota "carece de número de la Seguridad Social y no figura ni ha figurado en situación de alta en ningún Régimen del Sistema de la Seguridad Social". En consecuencia, hemos de apreciar la concurrencia de los presupuestos jurisprudenciales exigidos para el reconocimiento a la impugnante de la indemnización prevenida en el art 1348 CC, no siendo obstáculo para su concesión el dato fáctico de haber contado con la ayuda de una empleada de hogar (STS 14-4-2015), ni el auxilio puntual y desinteresado que en alguna ocasión pudiera haber prestado a sus progenitores, que carece a nuestro juicio de la entidad precisa para ser reputado como un trabajo a tiempo parcial.

En la cuantificación de esta compensación, considera la Sala adecuado partir como dato objetivo del importe de 451 euros mensuales en que se cifra el subsidio para mayores de 52 años conforme al RDL 8/2019, de 8 de marzo, cuyo abono durante 18 años de vigencia de la separación de bienes y dedicación de la esposa al trabajo para la casa suponen un monto de 97.416 euros. No obstante y a pesar de ser conciliables pensión compensatoria y la indemnización que nos ocupa por responder a conceptos jurídicos y legales de distinta naturaleza, no cabe desconocer el reconocimiento a la esposa de una pensión compensatoria por tiempo indefinido a cargo de su consorte, que hace aconsejable en aplicación de un elemental criterio de equidad (art 3 CC) minorar en un 50% el quantum indemnizatorio, cuya cuantía ha de quedar fijada en la suma de 48.708 euros

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Hechos nuevos en segunda instancia

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2021

Cuando no existen medidas relativas a los hijos menores de edad, no puede alegarse hechos nuevos durante la tramitación del recurso de apelación.

Respecto a los hechos nuevos, alegados por la recurrente hay que señalar que la segunda instancia no representa una oportunidad para introducir nuevos argumentos puesto que no es admisible en ella la alegación de hechos nuevos. Según la doctrina dominante, recogida en diversas sentencias del Tribunal Supremo (entre ellas, las de 21 de abril de 1.992 y la de 1 de febrero de 1.994), ha de partirse de la premisa de que la apelación, aunque permite al tribunal conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio pendente apellatione, nihil innovetur. Dicho de otro modo, el órgano competente para conocer del proceso en segunda instancia, en observancia del principio tantum devollutum quantum apellatum, debe circunscribir su análisis a los temas que fueron objeto de controversia en el primer grado jurisdiccional puesto que sobrepasar dicho límite implicaría incongruencia y conllevaría indefensión de la parte apelada, la cual eventualmente podría verse afectada por un pronunciamiento relativo a una cuestión sobre la que no pudo fijar su postura en la fase de alegaciones ni articular los medios de prueba que estimara oportunos en período probatorio. Dicho principio es acogido en el art. 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere al objeto del recurso de apelación identificándolo con el de la primera instancia al señalar que, en virtud del mismo, " podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente ".

El art. 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fija el momento de la contestación a la demanda para exponer los fundamentos de la oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente, así como las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo. Esto no supone un requisito meramente formal, sino que responde a la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa de la parte actora, la cual no debe verse sorprendida por nuevos argumentos fácticos ni jurídicos en el transcurso del litigio, cuando ya no le es posible proponer ni practicar medios de prueba para tratar de desvirtuarlos.

En virtud del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tribunal ha de resolver sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. Este tribunal se apartaría de los términos en que quedó planteada la controversia e incurriría en incongruencia si ahora fundamentara su decisión en hechos y fundamentaciones jurídicas distintos de los que se hizo valer en el escrito de contestación a la demanda.

Debe tenerse en cuenta que en este proceso no se ventilan intereses de orden público, ni sería de aplicación la doctrina reflejada en la sentencia TS 598/2019, de 7 de noviembre, que señala que "aun reconociendo que es posible la modificación de medidas definitivas por el cauce del art. 775 LEC, ha sido flexible en la interpretación del art. 286 LEC en los procesos que afectan a menores (sentencia 420/2010, de 5 de julio, por lo que se refiere a la cuantía de los alimentos), pero ello siempre que tenga relación con la cuestión jurídica del recurso de casación (sentencia 409/2015, de 17 julio, por lo que se refiere a la custodia compartida). Igualmente, que la sala ha venido negando la aplicación del art. 286 LEC en el ámbito de los recursos por

infracción procesal y de casación, en atención a su naturaleza extraordinaria (entre otros, sentencia 564/2015, de 21 de octubre, y auto de 3 de octubre de 2018, rec. 1860/2016, en el que se citan autos anteriores). Ello no ha impedido, sin embargo, al amparo del art. 752 LEC, admitir la documental presentada en fase de casación (en la sentencia 350/2016, de 26 de mayo, un auto de incoación de procedimiento abreviado en el que se concretaban indicios de un delito de violencia doméstica, en un caso en el que se discutía el sistema de guarda de los menores).

En el presente caso, en el que no hay hijos menores, la recurrente podrá instar las acciones que le competan en la instancia, pero no cabe estimar las modificaciones en su estado de salud, para revocar la sentencia de instancia, puesto que se estaría causando indefensión a la otra parte, y que perdería su derecho a la doble instancia, por una causa sobre la que no pudo alegar ni practicar prueba alguna.

Desistimiento por falta de asistencia al juicio

AP LUGO, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2022

No compareciendo a la vista ni la parte actora ni la demandada, aunque asistiese el Ministerio Fiscal, de debe considerar a la actora desistida de su demanda conforme a lo establecido en el artículo 442.1 de la Lec, siendo improcedente por tanto que el Juzgado dictase Sentencia.

...La representación de D.ª Társila formuló demanda frente a D. Maximino solicitando la adopción de las medidas sobre guarda y custodia, alimentos y régimen de visitas de D.ª Brígida, hija común menor de edad.

La demanda fue admitida a trámite por Decreto de fecha 14 de junio de 2017 acordándose emplazar al demandado y al Ministerio Fiscal, para que contestasen a la demanda. No habiéndolo verificado el demandado, se le declaró en situación de rebeldía procesal por diligencia de ordenación de 6 de marzo de 2019.

La vista tuvo lugar en fecha 24 de junio de 2019, con la sola asistencia del Ministerio Fiscal y del Procurador Sr Rodríguez Gutiérrez, en representación de la parte demandante. No comparecieron el demandado ni la demandante y su letrado. Concedida la palabra al Ministerio Fiscal, se interesó se tuviese por desistida a la actora.

La juzgadora de instancia consideró en la sentencia recurrida que debido a la especial naturaleza de los procedimientos de familia y, ante la existencia de una norma específica, la regla 3ª del artículo770 de la LEC impidía la directa aplicación del artículo 442.1 del precitado texto legal, porque estaba previsto éste previsto para los procedimientos verbales genéricos, no debiendo tener a la Sra Tarsila por tácitamente desistida y, por tanto, entrando a conocer acerca de lo peticionado.

Así mismo se estimó parcialmente la demanda aunque por la inasistencia de la partes a la vista y la imposibilidad de tener conocimiento de ciertas circunstancias para la adopción de medidas de carácter personal sobre la menor como la guardia y custodia y el régimen de visitas, estableció únicamente la obligación de alimentos con cargo del progenitor que no ejerce de facto la guardia y custodia.

TERCERO.- El artículo 770 de la LECv en su apartado tercero dispone: A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos.

Este artículo únicamente previene el supuesto de inasistencia a la vista del juicio verbal de una sola de las partes o de su abogado o procurador, pero no de las dos como sucede en este supuesto, por lo que no se considera de aplicación, y por lo tanto se debe considerar a D.ª Tarsila desistida de su demanda conforme a lo establecido en el artículo 442.1 de la LECV, ya que no compareció a la vista del juicio verbal, ni ella ni su procurador ni su letrado, ni tampoco el demandado ni su representación ni su defensa.

Competencia para la extinción de la pensión

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 25 DE ENERO DE 2022

Habiendo fallecido la madre, la competencia para tramitar el procedimiento presentado por el padre para la extinción de la pensión alimenticia corresponde a un Juzgado de 1.ª Instancia ordinario y no al Juzgado de Familia que en su día estableció la pensión.

Brevemente, y en lo que al presente interesa, destacamos que el actor demanda que se declare-extinguida la pensión de alimentos fijada a su hijo en la sentencia de 8 de noviembre de 2006, dictada por el Juzgado de primera instancia nº 23 de Sevilla en los autos número 419/2006, que declaró el divorcio del matrimonio celebrado en su día entre el hoy actor y su esposa.

Dicha sentencia fue modificada por la sentencia de modificación de medidas de 22 de mayo de 2012, dictada en los autos 291/2011, que estableció la referida pensión en la suma de 180 euros mensuales.

El actor dirige la demanda contra el hijo, indicando que no se dirige la acción contra la madre del demandado, porque la misma falleció el 18 de julio de 2013.

El Juzgado de primera instancia inadmitió la demanda aduciendo que carece de competencia objetiva

Estimación del recurso

El recurso se estima porque el hijo es demandado en nombre propio en el presente procedimiento y no puede ser nunca considerado como causahabiente de su madre porque el derecho de ésta a percibir alimentos para el hijo se extinguió con su muerte.

Esta cuestión ya fue abordada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2003: “El procedimiento matrimonial es un proceso que, por su naturaleza de juicio especial, está limitado al conocimiento de las pretensiones relacionadas con el estado matrimonial (nulidad, separación y divorcio), así como al de aquellas otras medidas personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la relación matrimonial, por lo que legitimados en este procedimiento lo están únicamente los cónyuges a los que afectará la Sentencia que se dicte y, excepcionalmente, en los supuestos en que ello sea posible, las personas que legalmente los representen (STC 311/2000, de 18 de diciembre)”.

Es decir, los Juzgados de Familia carecen de competencia objetiva para fijar o extinguir alimentos directamente en favor del hijo al amparo del artículo 142 del Código Civil, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45, 46 y 48 de la LEC, en relación con el artículo 1 del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia, en cuanto dicha acción no se encuentra comprendida en los títulos IV y VII del libro I del Código Civil.

Frente a estos extremos, el auto apelado resuelve a favor del Juzgado de Familia obviando que la ex-esposa ha fallecido y denominando a la demanda como de modificación de medidas, lo que no se adapta al tenor ni a la fundamentación de la misma. En consecuencia, dando por reproducido los argumentos anteriormente expuestos, debemos estimar el recurso.

Regímenes económicos matrimoniales

Inexistencia de derecho de reintegro

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2021

Queda acreditado que la esposa realizo la manifestación de haber sido ya reembolsada por parte de la sociedad de gananciales, por lo que ningún derecho de reembolso puede solicitar, pues la fuerza probatoria de la escritura pública, como documento público solo puede ser desvirtuada con otros medio de prueba conforme al art. 319 de la LEC, lo que en este caso no ha ocurrido, por lo tanto la valoración realizada por la Juzgadora a quo es ajustada a derecho al no reconocer el crédito a la parte apelante y sí reconocérselo al esposo, el cual no manifestó haber sido reintegrado por la sociedad de gananciales, ni renuncio a dicho derecho.

El primer motivo del recurso sobre la vulneración del artículo 1358 del Código Civil sobre el derecho de reembolso al estimar el crédito del Sr. Claudio contra la sociedad de gananciales por importe de 37 460, 70 euros y no reconocer el derecho de reintegro a la apelante por la cantidad de 155 139, 30 euros frente a la sociedad de gananciales derivados del mismo negocio jurídico.

El derecho de reembolso procede, por aplicación del art. 1358 CC art. 1358, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

Ello por varias razones: en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el art. 1358 CC art. 1358 para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente; el acuerdo de los cónyuges para atribuir la ganancialidad al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, y genera un crédito "por el valor satisfecho" (art. 1358 CC art. 1358); la adquisición de los bienes comunes es "de cargo" de la sociedad de gananciales (art. 1362.2.ª CC art. 1362.2 (EDL 1889/1).

Las sentencias que descartan el reintegro una vez atribuido carácter ganancial al bien adquirido, se fundamentan esencialmente en la libertad de pactos entre cónyuges, en la doctrina de los actos propios, y en general exigen para que pueda hacerlo efectivo el cónyuge que aportó bienes privativos, que en el momento de la atribución del carácter de ganancial al bien se haga reserva en tal sentido. Las resoluciones que optan por la aplicación a estos supuestos de la previsión del artículo 1358, se fundamentan en la compatibilidad de ambos preceptos, nada obsta a que al bien se le atribuya el carácter de ganancial para que subsista el derecho de reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad, sin necesidad de reserva alguna, incluso la SAP Madrid 18/12/2012 razona que la pérdida del derecho a ser reembolsado exigiría la "renuncia por su titular privativa a su posible futuro reintegro". Se razona también el hecho de que las donaciones en nuestro ordenamiento no se presumen.

Esta Sala se adhiere al criterio de estas últimas, por considerar que es el más acorde con una interpretación sistemática de los preceptos citados (ausencia de incompatibilidad de los mismos), la más correcta jurídicamente (la donación no se pre-

sume), la más equitativa, por cuanto respeta a la hora de liquidar la sociedad los derechos de cada cónyuge y la más adecuada a una realidad social, en la que el divorcio es algo incorporado. Criterio que ya ha sido mantenido en esta misma sección en la reciente sentencia de fecha de 30 de enero del 2020.

En el presente caso la propia parte apelante reconoce el doc nº 5 de la demanda, escritura de compraventa de la vivienda sita en la Oliva (Valencia) en la que por ambas partes se reconoce que la adquisición se realiza con dinero privativo de ambos cónyuges en la proporción del 19,45 % el Sr. Claudio y el 80,55 % la Sra. Regina reconociendo que dichos porcentajes de la finca adquirida son privativos con los efectos que determina el artículo 1324 del Código Civil.

Seguidamente las partes firmaron una escritura pública el mismo día 2 de mayo del 2008 en la que ambas partes aportan dicho bien a la sociedad ganancial en la proporción en la que cada uno de los cónyuges adquirió conforme al doc nº 5 de la demanda, y en la cual expresamente en la condición segunda dice " Esta aportación da lugar al derecho de reembolso previsto en el artículo 1358 del Código Civil del que D.ª Regina por aportar un mayor importe declara haber sido reintegrada con fondos gananciales con anterioridad a este acto "

De dicho documento nº 6 de la demanda queda claro que la apelante realizo la manifestación de haber sido ya reembolsada por parte de la sociedad de gananciales, por lo que ningún derecho de reembolso puede solicitar, pues la fuerza probatoria de la escritura pública, como documento público solo puede ser desvirtuada con otros medio de prueba conforme al artículo 319 de la LEC, lo que en este caso no ha ocurrido, por lo tanto la valoración realizada por la Juzgadora a quo es ajustada a derecho al no reconocer el crédito a la parte apelante y si reconocérselo al Sr. Claudio, el cual no manifestó haber sido reintegrado por la sociedad de gananciales, ni renuncio a dicho derecho.

El que el Sr. Claudio haya sido compensado por reconocerle un 50% de la vivienda en cuestión, tampoco puede ser aceptado, porque en ningún momento se le ha reconocido dicho porcentaje al Sr. Claudio ni en la escritura doc. nº 6 de la demanda ni en la sentencia objeto de este recurso.

Aportaciones a la Mutualidad de la Abogacía

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2021

Las aportaciones realizadas a la Mutualidad de la Abogacía no deben ser computadas en el activo, como sostiene la apelante, como crédito de la sociedad frente al que fuera su esposo, porque se trata de gastos necesarios para el desempeño de la profesión, por lo que legalmente son de cargo de la sociedad de gananciales.

En cuanto a las aportaciones realizadas por D. Daniel constante matrimonio, al plan de pensiones de la Mutualidad de la Abogacía, debidamente actualizadas conforme al artículo 1358 CC, que la parte recurrente estima que deben computarse en el activo de la sociedad de gananciales, como un crédito de la sociedad frente a D. Daniel.

La sentencia considera que, al ser la Mutualidad de la abogacía, igual que la Mutualidad de Procuradores, una entidad aseguradora que opera sin ánimo de lucro, que proporciona a los profesionales una cobertura alternativa al régimen de autónomos que incluye todas las prestaciones del régimen público. Es decir, la sentencia estima que constituye una alternativa al régimen público de la Seguridad Social para los abogados que ejercen por cuenta propia, y aplica la doctrina expresada en el Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007, que dio a un plan de pensiones cuya finalidad era la de completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador, en el momento de su retiro el mismo tratamiento que a las pensiones de jubilación. La sentencia concluye que las aportaciones realizadas por D. Daniel a la Mutualidad de la Abogacía el mismo trato que a las cotizaciones a la Seguridad Social.

La recurrente discrepa de este tratamiento, y considera que debe estimarse que las aportaciones realizadas por el que fuera su esposo a la Mutualidad de la Abogacía, con dinero ganancial deben ser reintegradas a la sociedad de gananciales, dándoles el mismo tratamiento que si se tratara de aportaciones a planes de pensiones privados.

En principio, los planes de pensiones son de carácter privativo como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de 02 de 2007;... no obstante, lo anterior, se debe considerar como gananciales todas las aportaciones realizadas durante el matrimonio a éstos, es decir, las cantidades que se hayan aportado al plan de pensiones, constante el matrimonio siempre que su pago haya sido realizado con dinero ganancial, presumiéndose que las aportaciones son gananciales al estar afectas a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil.

En el presente caso, y respecto a las aportaciones realizadas a la Mutualidad de la Abogacía, estimamos que no deben ser computadas en el activo, como sostiene la apelante, como crédito de la sociedad frente al que fuera su esposo, porque estimamos, como correctamente expresa la sentencia de instancia que se trata de gastos necesarios para el desempeño de la profesión, por lo que legalmente son de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362.4º del Código Civil). Aplican la misma solución otras, como las STS de 18/3/1995 y 24/7/2001, o las de la Audiencias Provinciales de Valencia (8ª) de 26/6/1999, Asturias (4ª) de 3/4/2001 y 4/6/2007, Madrid (12ª) de 3/2/2003, Alicante (6ª) de 10/4/2004 y (4ª) de 13/7/2005. Y es que, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 29/6/2000 (desestimando la tesis de la ganancialidad de la pensión de jubilación por sostenerse que las cotizaciones se habían efectuado con dinero ganancial): "Al respecto, hay que tener en cuenta, por una parte, que, el régimen de la Seguridad Social se regula por una rama de derecho específica y son con arreglo a sus normas con las que hay que determinar quién es el preceptor de la pensión. En segundo lugar que, la cotización es de derecho necesario, de forma que todo trabajador dependiente o autónomo tiene que estar afiliado a la Seguridad Social y deben pagar la cuota con arreglo al baremo, que el propio régimen de seguridad establece, y en los supuestos de los empresarios autónomos y en virtud de ese carácter forzoso, la cuota es en realidad un gasto de explotación y nunca un concepto que se pague con las ganancias del empresario- trabajador, calculándose las ganancias o beneficios deducido entro otros gastos los de la seguridad social, por lo que nunca la cuota ha sido ganancial y por lo tanto falla la argumentación del motivo del recurso, y ello con independencia de que solo el mutualista se vaya a beneficiar del plan de pensiones, como se beneficia solo el jubilado de su pensión de jubilación, con independencia de que los pagos a la Seguridad Social se hubieran hecho constante matrimonio.

Así se deduce de la normativa en vigor aplicable, en concreto de la disposición adicional 46 de la Ley 27/2011 donde se indica que las Mutualidades de Previsión Social que son alternativas al alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos con respecto a profesionales colegiados, deberán ofrecer a sus afiliados de forma obligatoria, a partir de Enero de 2013, las coberturas de jubilación, invalidez permanente, incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad.

En definitiva, el Plan Universal de la Abogacía tiene por objeto otorgar protección social básica y obligatoria a los mutualistas que hayan optado por el mismo al amparo de la legislación vigente, así como instrumentar sistemas de ahorro y previsión voluntarios para todos los mutualistas de la Entidad, por lo que tal como estima la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, SAP, Civil sección 4 del 23 de junio de 2014

Planes de pensiones

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2022

En el activo solo podrán incluirse las cantidades aportadas al plan y no los derechos consolidados

El crédito de la sociedad de gananciales frente al apelante por las aportaciones al plan de pensiones del Ministerio de Defensa.

Sostiene el apelante que debe cuantificarse en 8.871,92 euros, no en 13.099,67 euros como se resuelve en la sentencia de instancia.

Se razona de la siguiente forma al respecto en aquella: "Respecto al activo, la primera cuestión

controvertida se refiere a la inclusión en el activo del crédito de la sociedad ganancial frente a Hipolito por las aportaciones efectuadas constante el matrimonio al plan de pensiones del Ministerio de Defensa de su titularidad. La demandante sostiene que sólo deben computarse las aportaciones efectuadas por la sociedad de gananciales por importe de 8.871,92 euros; mientras que la demandada considera que ha de ser el valor de la totalidad del plan a fecha de liquidación es de 13.099,67 euros.

En apoyo de su pretensión la parte actora aporta la consulta de movimientos económicos de planes de pensiones (doc. 12 de la demanda y folio157-158 de las actuaciones) de la entidad BBVA; y la parte demandada documentación de la misma entidad bancaria (doc. 4 de sus alegaciones al acta de inventario y folio 532 y 533 de las actuaciones). Ha de tenerse en cuenta además el documento de 13 de febrero de 2020 remitido a este Juzgado por la Gestión y Previsión de Pensiones EGFP relativo a las aportaciones efectuadas al citado plan de pensiones.

Respecto a la cuestión planteada cabe citar la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11 de noviembre de 2019 que indica:

"En relación con esta cuestión es de señalar que con independencia de la naturaleza privativa del plan de pensiones es indudable que las aportaciones efectuadas durante la vigencia del matrimonio deben ser reintegradas al activo de la sociedad de gananciales, y así en tal sentido se vienen pronunciando la mayoría de las Audiencias Provinciales: SAP. Valencia de 15 de julio de 2000, SAP de Palencia de 23 de junio de 2000, SAP de Ciudad Real de 23 de octubre de 2001 y SAP de Guadalajara de 17 de septiembre de 2002, entre otras). Como dice la Sentencia de la AP. de Valencia (sección novena) de 15 de julio de 2000 ya citada "aunque el dinero aportado al plan de pensiones sea ganancial, la titularidad del mismo, según viene configurado el propio plan, ha de ser, necesariamente individual, pero no cabe la titularidad compartida, dado que los eventos que determinarán su pago, jubilación, muerte, incapacidad, desempleo, siempre ha de referirse a una sola persona, lo que nos lleva a la conclusión que aunque las aportaciones se hagan con dinero ganancial la titularidad del plan ha de considerarse privativa de cada uno de los esposos. Ante esta tesitura, debemos acudir a los artículos 1352 y 1354 del Código Civil, en el que se regula la adquisición de bienes que siendo parcialmente privativos, se pagan con dinero ganancial, y el pago de suscripción de acciones con fondos comunes o la emisión de acciones con cargo a beneficios (que según el artículo 1347 del CC tienen naturaleza ganancial) supuestos en los que se reconoce el derecho de la sociedad de gananciales a ser reembolsada por tales aportaciones conforme establece el artículo 1358 del Código Civil, por tanto, en el presente supuesto el titular del plan de pensiones deberá rembolsar a la sociedad de gananciales el importe de las aportaciones que se han realizado de dinero ganancial. Fijada la necesidad de reembolso, pues nos hallamos ante un crédito de la sociedad de gananciales, hemos de precisar el importe del mismo. Según el artículo 1397-3º del Código Civil, el activo ha comprender el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran a cargo de uno sólo de los cónyuges, lo que implica que el cómputo ha de hacerse tanto del principal como de sus intereses. E igualmente deben incluirse en el activo de la sociedad las rentas o beneficios que este capital haya proporcionado (artículo 1347-2º). Como estas dos cantidades, capital actualizado y rentas o intereses generados puede equipararse, en el presente supuesto, a lo que se denomina derechos consolidados, entendemos que ésta es la suma que deberá computarse en el activo". En consecuencia, debe incluirse en el activo el plan de pensiones del esposo, como ya lo ha sido el de la esposa, por el valor actualizado, comprendiendo los frutos, ganancias o revalorizaciones de los ingresos efectuados, vigente matrimonio, y respecto de los que concurre, en consecuencia, la presunción de ganancialidad a la que se refieren, entre otras, las SSTS 24-7-1996, 7-6-1996, y 20-6-1995 "."

Con arreglo a lo expuesto, han de computarse en el activo de la sociedad de gananciales no sólo las cantidades aportadas al plan de pensiones del actor durante la vigencia de la sociedad de gananciales, sino también lo que se denomina "derechos consolidados". Es por ello por lo que de la documentación aportada y anteriormente aludida ha de incluirse en el activo, el crédito de la sociedad de gananciales frente a Hipolito por las aportaciones efectuadas constante el matrimonio al plan de pensiones del Ministerio de Defensa de su titularidad la cantidad por importe de 13.099,67 euros. "

El apelante alega que hubo aportaciones no solo de la sociedad de gananciales, sino también del Ministerio de Defensa, promotora del plan como su "empleadora", de forma que lo aportado por la sociedad de gananciales fueron 8871,92 euros, y lo aportado por el Ministerio de Defensa, 1446,22 euros; y que el valor de 13.099,67 euros fijado por la juzgadora de instancia se corresponde con el valor de rescate del plan de pensiones a fechas 31/12/15

y 31/12/16, y es el resultado de sumar todas las aportaciones del promotor y del apelante constante matrimonio, y todos los derechos consolidados. Considera que el crédito lo forma la cantidad aportada por la sociedad ganancial, esto es, 8871,92 euros, sin perjuicio de su actualización, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1346.5 del Código Civil, conforme al cual son privativos los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles ínter vivos. Señala que, conforme a la jurisprudencia, el plan de pensiones no puede considerarse ganancial, porque la titularidad del mismo es necesariamente individual, ya que no cabe titularidad compartida, y los eventos que determinarán, en su día, su pago: jubilación, muerte, incapacidad, desempleo, etc., siempre han de referirse a una sola persona. Concluye que lo que es ganancial son las cantidades aportadas al plan, actualizadas, constante la sociedad legal de gananciales, debiendo ser reembolsadas. Cita diversas resoluciones judiciales, de las que cabe destacar la STS de 27 de febrero de 2007, conforme a la cual las aportaciones realizadas por la empresa han de ser consideradas privativas.

La apelada se opone. Alega que, conforme al art. 1347.2º del Código Civil han de integrarse también en el activo las ganancias del plan, con cita de la SAP de La Rioja de 23 de abril de 2019. Y, en cuanto a las aportaciones del Ministerio de Defensa señala que, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y la Ley de I.R.P.F., son consideradas, fiscalmente, un pago de salario en especie, constituyendo rendimiento íntegro del trabajo dependiente y, por tanto, se valoran por su importe y tributan anualmente como rendimiento de trabajo en la declaración de I.R.P.F., por lo que, si el matrimonio ha tributado por ello, resulta necesario que la sociedad de gananciales se beneficie de las aportaciones efectuadas por el promotor, pues no sería justo que hayan repercutido a la sociedad de gananciales para tributar pero no para computarlo en el activo de la sociedad. Por ello la suma completa de 13.099,67 euros, capital aportado por la sociedad de gananciales, por el Ministerio de Defensa y derechos consolidados, debe ser incluida en el activo.

Compartimos lo expuesto por la apelante, no así lo razonado por la juzgadora de instancia y por la apelada.

En cuanto a la cuestión de sí han de incluirse también los derechos consolidados, o sólo las aportaciones, tal cuestión fue resuelta en su día por la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 21 de junio de 2012:

"SEGUNDO.- Del plan de pensiones.- También se opone la apelante a la consideración del plan de pensiones como privativo, siendo así que es injusto si es que el plan de pensiones se generó con dinero ganancial, así como sus rendimientos en los términos del art. 1347.2 del C. Civil.

Parte la juzgadora a quo de que aunque el plan de pensiones pueda considerarse privativo, la dotación del mismo es ganancial, de ahí que en los términos del Art. 1354 y 1352 del C. Civil las aportaciones de dinero ganancial para la adquisición de bienes privativos la sociedad de gananciales tendrá derecho a ser reembolsada por la misma actualizado al tiempo de la liquidación (Art. 1358 C. Civil) pero de tal manera que los únicos derechos consolidados que podrían incluirse en el activo de la sociedad de gananciales serían los provenientes de las aportaciones efectuadas al Plan por el partícipe con recursos gananciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.347-1 del Código Civil y así, también cabe citar entre otras, Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 Jul. 2000; de Las Palmas de 21 Jun. 2001, de Ciudad Real de 23 Oct. 2001, y de León, de 3 Feb. 2003.

Ahora bien, si el valor de esos derechos evoluciona a diario en función de los rendimientos, de manera que se pueden conocer las cantidades aportadas en cada momento y el valor consolidado a una determinada fecha, sin embargo, éste no es disponible hasta que se den las condiciones legales que permiten el rescate o percepción de la correspondiente prestación por los beneficiarios, en cuyo instante futuro su importe final puede ser mayor o menor, incluso positivo o negativo en relación a las aportaciones efectuadas, dependiendo de la mencionada rentabilidad durante la vida del plan, de modo que será difícil que se puedan prever derechos consolidados.

En este sentido tiene razón en parte el apelado y, ciertamente, la sentencia estaba no estaba necesitada de mayor aclaración o especificación porque nos inclinamos a considerar con ella que únicamente podrá entenderse ganancial la cantidad aportada al plan hasta la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales y sus correspondiente actualización ex 1397.3 C. Civil. En suma, las cantidades gananciales aportadas a un bien privativo no tienen en el C. Civil un tratamiento distinto según la naturaleza del bien al que afecten, por ello el tratamiento debe ser el mismo que en cualquier otro caso."

Ya se había pronunciado en este sentido la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 8 de noviembre de 2006:

"... Parte el juzgador a quo de que aunque el plan de pensiones pueda considerarse privativo, la dotación del mismo es ganancial, de ahí que en los términos del Art. 1354 y 1352 del C. Civil las aportaciones de dinero ganancial para la adquisición de bienes privativos la sociedad de gananciales tendrá derecho a ser reembolsada por la misma actualizado al tiempo de la liquidación (Art. 1358 C. Civil) pero de tal manera que los únicos derechos consolidados que podrían incluirse en el activo de la sociedad de gananciales serían los provenientes de las aportaciones efectuadas al Plan por el partícipe con recursos gananciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.347-1 del Código Civil y así, entre otras, Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 Jul. 2000; de Las Palmas de 21 Jun. 2001, de Ciudad Real de 23 Oct. 2001, y de León, de 3 Feb. 2003.

Ahora bien, si el valor de esos derechos evoluciona a diario en función de los rendimientos, de manera que se pueden conocer las cantidades aportadas en cada momento y el valor consolidado a una determinada fecha, sin embargo éste no es disponible hasta que se den las condiciones legales que permiten el rescate o percepción de la correspondiente prestación por los beneficiarios, en cuyo instante futuro su importe final puede ser mayor o menor, incluso positivo o negativo en relación a las aportaciones efectuadas, dependiendo de la mencionada rentabilidad durante la vida del plan, de modo que será difícil que se puedan prever derechos consolidados. En este sentido tiene razón en parte el apelante y, ciertamente, la sentencia estaba necesitada de mayor aclaración o especificación porque nos inclinamos a considerar que únicamente podrá entenderse ganancial la cantidad aportada al plan hasta la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales y sus correspondiente actualización dejando de lado la posibilidad o no de que existan derechos consolidados. Es más, las cantidades gananciales aportadas a un bien privativo no tienen en el C. Civil un tratamiento distinto según la naturaleza del bien al que afecten, por ello el tratamiento debe ser el mismo que en cualquier otro caso".

En cuanto a la otra cuestión planteada respecto a cómo deben calificarse las aportaciones realizadas por el empleador, también ha sido abordada por esta Audiencia Provincial. Así, en la SAP de Pontevedra de 12 de noviembre de 2009, Sección 1 ª, con cita de la relevante STS de 27 de febrero de 2007, citada en el recurso de apelación, se afirma:

"Según resulta del documento nº 11 de los aportados con la demanda, se trata del fondo constituido a partir de la póliza "seguro ahorro pensión " suscrita por la entidad empleadora del esposo, ENDESA, como complemento al plan de pensiones de los empleados del GRUPO ENDESA. No consta la fecha de su constitución.

En tales casos la empresa que constituye el fondo realiza las aportaciones de forma global por todos los trabajadores. El promotor del plan es la empresa y los partícipes, sus trabajadores en la condición de tales. Existe, pues, una diferencia fundamental con respecto a los planes de pensiones, en los que las aportaciones se realizan de forma individual. No se trata, por tanto, de aportaciones en concepto de salario, en cuyo caso habría que predicar su carácter ganancial. La sentencia citada afirma, en tal sentido, que "la primera nota que distingue los Planes de pensiones de los salarios está en que si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo".

En efecto, como hacen ver los litigantes, se trata del mismo supuesto contemplado en la sentencia del TS de 27 de febrero de 2007, cuyo fundamento jurídico quinto considera tal supuesto análogo a las pensiones de jubilación, en los siguientes términos: "A la misma conclusión han llegado las sentencias de esta Sala relativas a la naturaleza de la pensión de jubilación, derecho análogo al Plan de pensiones, ya que la finalidad principal del contratado por el empleador del recurrente, tenía la función de completar sus pensiones de jubilación. La sentencia de 20 diciembre 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que la recurrente consideraba que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el "hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial "; la sentencia desestima el motivo porque "la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo)". Así mismo, la sentencia de 20 diciembre 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido "ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358", y añade: "Pues bien, siendo la función del Plan de pensiones, cuya ganancialidad se discute

en este recurso, la de completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador, D. Nicolas en el momento de su retiro, debe considerarse que no forma parte de los bienes gananciales por las mismas razones que esta Sala ha expresado en relación a la pensión de jubilación y por ello, deben estimarse los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso de casación presentado por D. Nicolas y declararse que el Plan de pensiones concertado a su favor por la empresa donde éste presta sus servicios profesionales tiene la consideración de bien privativo del marido." Este criterio se reitera, cierto que incidenter tantum, en la sentencia de 8 de junio de 2008.

En consecuencia, no ha lugar a incluir en el inventario unas aportaciones que no entran en el concepto de prestaciones salariales y que no han sido efectuadas por la sociedad de gananciales, sino por la empresa que constituyó el fondo en cuestión. Se desestima el motivo."

En este sentido se pronuncian también otras Audiencias. Así, en la SAP de Valencia de 22 de febrero de 2021, con cita también de la STS de 27 de febrero de 2007, se afirma:

"TERCERO.- El recurso debe prosperar. En efecto, no obstante el reconocimiento de la parte actora de la referida partida, y no obstante acreditar documentalmente su importe superior, la sentencia de instancia la excluye del activo por considerar que se trata de un plan de pensiones privativo, confundiendo la naturaleza de las aportaciones al plan constituido por la empresa a favor del trabajador, con las aportaciones gananciales que al plan de pensiones privativo de cualquiera de los cónyuges se realizan constante matrimonio. En efecto, aun cuando los planes de pensiones son de carácter privativo como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 27.02.2007;.... no obstante, lo anterior, se debe considerar como gananciales todas las aportaciones realizadas durante el matrimonio a éstos, es decir, las cantidades que se hayan aportado al plan de pensiones, constante el matrimonio siempre que su pago haya sido realizado con dinero ganancial, presumiéndose que las aportaciones son gananciales al estar afectas a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil ". En efecto, conforme reitera la STS de 6 de junio de 2016 el plan de pensiones no puede considerarse ganancial porque la titularidad del mismo es necesariamente individual, porque no cabe la titularidad compartida y porque los eventos que determinarán, en su día, su pago: jubilación, muerte, incapacidad, desempleo, etc., siempre han de referirse a una sola persona; sin embargo, las aportaciones que se hacen al mismo durante el matrimonio han de considerarse gananciales por estar afectas a la presunción de ganancialidad del art. 1361 del Código Civil."

Y en la SAP de Cádiz de 6 de abril de 2021:

"En cuanto a la inclusión en el activo de la sociedad del plan de pensiones titularidad de la actora D.ª Covadonga, esta propia Sala ha indicado en anteriores resoluciones entre otras la sentencia de 5 de julio de 2016, en relación al carácter privativo o ganancial del plan de pensiones, y citando a la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero del 2007, que los planes de pensiones aportados por las empresas ienen la finalidad principal de completar otro tipo de retribuciones, tratándose de un derecho personal del trabajador, de manera que no puede formar parte de los bienes gananciales, y sin que pueda hacerse partícipe de tal remuneración económica al consorte. En este sentido, es lo procedente excluir del activo del inventario al plan de pensiones, en cuanto se trate de aportaciones exclusivas de la empresa y que actúen como complemento de la jubilación etc... Ahora bien, cualquier otra aportación a dicho plan de pensiones realizada constante matrimonio, supone en definitiva, un crédito de la sociedad de gananciales, cuyo importe debe comprender el valor actualizado de las cantidades pagadas durante la sociedad de gananciales..."

En el mismo sentido se pronuncian también las SSAP de Alicante de 18 de noviembre de 2020, 24 de febrero de 2011 y 23 de marzo de 2011.

Finalmente, citamos la SAP de Madrid de 14 de diciembre de 2020, que, además, da respuesta al argumento de la apelada derivado del hecho de haber tributado por dichas aportaciones del empleador, en términos que compartimos:

"SEXTO.- Importe correspondiente al plan de pensiones de carácter ganancial. El último motivo de recurso lo basó la parte apelante en que había errado la sentencia de primera instancia al establecer que las aportaciones que la OTAN había efectuado en un plan de pensiones de titularidad del demandado debían excluirse del activo ganancial. Afirmaba en su recurso que las aportaciones empresariales a los planes de pensiones no podían confundirse con la retribución salarial, pues se trataba de prestaciones económicas a favor del trabajador que pasaban a formar parte de un fondo de pensiones gestionado por un tercero, pese a lo cual en este caso se trataba de un trabajador de una organización internacional expatriado y que, como parte de sus condiciones laborales, percibía

emolumentos en especie por lo que consideraba que esa retribución debía ser también integrante del activo ganancial.

Sin embargo, reiteradamente se ha venido manifestando en relación a estos planes de pensiones que de conformidad con el artículo 1º del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez. En consecuencia, y como viene manteniendo esta Sala, el fundamento de los mismos es el de proveer, mediante el actual ahorro o inversión, a la cobertura de las necesidades futuras de su beneficiario, en cualquiera de las coyunturas antedichas, pudiendo establecerse ya en favor del propio partícipe del plan ya en pro de un tercero.

De ahí que haya de concluirse, como así lo recoge la Sentencia apelada y lo asumen ambas partes, que tal partida patrimonial no tiene carácter ganancial, sino privativo, de conformidad con lo prevenido en los artículos 1346-5 º y 1349 del Código Civil.

Sin embargo, puede suceder que dicho plan de pensiones se haya nutrido, durante la convivencia matrimonial, de aportaciones económicas de procedencia ganancial, en cuyo supuesto debe operar necesariamente lo prevenido en el artículo 1397-3º del citado texto legal, a cuyo tenor ha de comprenderse en el activo de la sociedad de gananciales en liquidación el importe actualizado de las cantidades pagadas por aquella que fueran de cargo de uno solo de los cónyuges.

Ahora bien, partiendo de dichos condicionantes, en relación con el planteamiento efectuado por la parte apelante, que solicita la inclusión en el activo de todas las aportaciones realizadas a los planes de pensiones, habremos de recordar que, en lo que concierne al plan de pensiones concertado en este caso lo fue a cargo de terceros y sólo en la suma reseñada en la sentencia impugnada a cargo directamente de este último.

Cierto es que, conforme al Real Decreto 1307/1988, las contribuciones del promotor pueden ser deducibles de la base imponible del impuesto que grava su renta, imputándose, en la parte que corresponda, a los partícipes en el plan de pensiones, que han de integrarse en su base imponible del I.R.P.F., en concepto de rendimientos netos del trabajo dependiente (vid artículo 61 y 63 de dicha normativa). Sin embargo, según declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de febrero de 2007, dichas aportaciones empresariales al plan de pensiones no pueden confundirse con la retribución salarial, pues se trata de prestaciones económicas a favor del trabajador que no producen incremento en su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de Pensiones, que es gestionado por un tercero, el tal modo que el partícipe no tiene ningún control sobre las cantidades ingresadas en el correspondiente Fondo.

Se marca así una clara línea diferencial entre el salario que, durante la vigencia del régimen económico, tiene indiscutible carácter ganancial (art. 1347-1º C.C.), y las aportaciones del empleador a un Plan de Pensiones que, por más que puedan tener la antedicha repercusión fiscal, no se integran en el patrimonio del trabajador, sino en un Fondo de Pensiones asimilable, según dicha doctrina jurisprudencial, a la pensión de jubilación, que es un derecho del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358 C.C.

Por ello, y no pudiendo integrarse en el activo comunitario las cotizaciones realizadas por cualquiera de los esposos a la Seguridad Social durante la vigencia del matrimonio, la misma suerte han de correr las aportaciones realizadas por el empleador, cualquiera que éste sea, a los Planes de Pensiones, pues las mismas tienen por finalidad complementar la pensión de jubilación a cargo de dicho organismo público.

Por tanto, no puede prosperar en este extremo el recurso de apelación interpuesto confirmándose el pronunciamiento de primera instancia."

Procede, por tanto, estimar en este punto el motivo de apelación examinado, de forma que, en el punto 15 del fallo la cantidad de 13.099,67 euros deberá ser sustituida por la de 8871,92 euros, si bien no ha lugar a realizar alusión alguna en cuanto a la actualización por lo expuesto en el anterior fundamento.

Desahucio por precario entre convivientes

AP LUGO, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 2022

Se estima la acción de desahucio por precario interpuesta por el titular del inmueble frente a quien fue su compañera sentimental, al no ser de aplicación lo dispuesto en el art. 96 del CC. Por otro lado se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento en base a que las partes han mantenido una relación sentimental durante más de 25 años, a consecuencia de la cual existe una situación de confusión de patrimonios y un enriquecimiento injusto de la parte contraria que no puede ser debatida a través del juicio verbal de desahucio en precario.

Frente a la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Monforte de Lemos (Lugo) en el procedimiento de juicio verbal 328/2020, en la que se estimó la demanda presentada por la actora contra la demandada y se declaró que ésta ocupaba la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000, NUM001 de Monforte de Lemos sin título alguno, sin autorización y sin pagar contraprestación hallándose en situación de precario, condenando a la demandada a que deje libre y expedita la mencionada finca y a disposición de la parte actora, con la consiguiente condena en costas, se alza la demandada solicitando la revocación de la sentencia de instancia y que en su lugar se dicte otra conforme a sus pedimentos.

Indica el demandante que es propietario de la vivienda descrita en la demanda la cual está siendo ocupada por la demandada con la que mantuvo una relación sentimental que finalizó en el año 2005, sin qué a día de hoy, la haya abandonado. El juez de instancia, acreditada la titularidad de la actora sobre la vivienda objeto de este procedimiento, descarta la aplicación de las normas del Código Civil relativas al régimen económico matrimonial al no estar la pareja inscrita en el Registro de Parejas de Hecho, por lo que al no tener título alguno que legitime su posesión accede a lo peticionado por la parte actora. La demandada se opone a lo resuelto por el juez de instancia y denuncia la existencia de una inadecuación de procedimiento toda vez que las partes han mantenido una relación sentimental durante más de 25 años, a consecuencia de la cual existe una situación de confusión de patrimonios y un enriquecimiento injusto de la parte contraria que no puede ser debatida a través del juicio verbal de desahucio en precario lo que justificaría la estimación del recurso y en consecuencia la desestimación de la demanda.

En la regulación de la actual LEC, el art. 250.1.2, establece el juicio verbal, como un procedimiento especial por razón de la materia, para resolver aquellas controversias en las que se pretenda la recuperación de la plena posesión de la finca cedida en precario por el dueño o por cualquier persona con derecho a poseerla. Regulación legal que implica un distinto concepto del precario más reducido, en el sentido de que el citado precepto señala que el procedimiento será el utilizado por los que pretendan la plena recuperación de una finca cedida en precario, de manera que en contraposición a la regulación anterior, la actual introduce el término “cedida en precario”, mucho más reducido y preciso, lo que sugiere la idea de una relación entre las partes por la que una ha cedido a la otra el uso del inmueble a título gratuito y a su ruego, conllevando que pueda estimarse que el legislador ha vuelto al concepto clásico del precario. Consecuencia de ello es que solo puede solicitarse el reintegro de la posesión por medio del procedimiento establecido en el art. 250.1.2 de la actual LEC cuando el inmueble haya sido cedido en esas condiciones por el actor o su causante, sin que pueda estimarse que, el referido juicio, puede ser cauce adecuado

para resolver todas aquellas situaciones, en las que, conforme a la legislación anterior, la jurisprudencia consideraba que podían ser incluidas en el concepto de precario. Dicho de otro modo, la LEC actual ha establecido un procedimiento verbal, para la recuperación de la posesión en los casos de precario en el sentido expuesto, de manera que este procedimiento es el adecuado para resolver aquellas cuestiones meramente posesorias en las que esa posesión haya sido cedida a título gratuito, pudiendo utilizarse al efecto todos los medios de prueba recogidos en la Ley procesal, pues desaparece la antigua restricción en tal sentido. Por lo que, en definitiva, de acuerdo con la regulación de la LEC actual, no cabe hablar de cuestión compleja sino de inadecuación de procedimiento. Análoga tesis se sigue en la SAP Asturias de 7 junio 2004, y SAP Almería de 3 septiembre 2003, indicando que el juicio verbal a que remite el art. 250. 2 LEC 2000, no tiene naturaleza sumaria, sino que se trata de un juicio declarativo con plenitud de conocimiento y garantías procesales, como resulta del hecho de que no está incluido entre los que el art. 447 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil califica de sumarios, a efectos de excluir a la sentencia que recaiga de la producción de la eficacia de cosa juzgada. Se trata así de un proceso declarativo, plenario y con efectos de cosa juzgada, que se sigue por el trámite del juicio verbal por razón de la materia; y si alguna duda podía existir al respecto, las disipa el Legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, justificando esta opción de negar el carácter sumario de este procedimiento en el hecho, explicitado en el apartado XII, último párrafo de la misma, de que "La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad; parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con la apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con la plena efectividad".

La prueba practicada pone de manifiesto que el demandante es propietario del piso sito en el NUM002 de la CALLE000 de Monforte de Lemos (Lugo) en virtud del contrato de compraventa de 7 de julio de 1.999, vivienda en la que reside la demandada con la cual el actor mantuvo una relación sentimental, hoy en día finalizada. De la documentación aportada al procedimiento, escritura pública de compraventa y certificación del Registro de la Propiedad de Monforte de Lemos, resulta que el demandante es propietario privativo del inmueble objeto de este procedimiento, es más, la documentación bancaria adjunta con la demanda pone de manifiesto que el préstamo hipotecario para su adquisición consta a nombre del demandante Marcos, sin que la alegación de la demandada relativa a que ayudó económicamente al actor a pagar el piso tenga respaldo probatorio alguno, siendo por lo demás éste el que paga los suministros de la vivienda, así lo reconoció una de la testigos propuestas por la propia demandada, Violeta.

Sostiene la apelante que el procedimiento es inadecuado para resolver la cuestión planteada. El motivo de apelación no puede ser estimado. Como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia (A.P de Málaga, Sección 4, Sentencia de 25 de noviembre de 2020) tampoco empece a la acción entablada (desahucio por precario) que la ocupante fuese durante muchos años pareja sentimental del demandante, ya que la convivencia "more uxorio" por sí misma, no otorga al conviviente no propietario, producido el cese de la misma, título suficiente para continuar poseyendo la vivienda, o lo que es igual, una vez rota y finalizada, no atribuye un derecho de uso al inmueble en la que se ha desarrollado, a menos que el demandado presente título bastante. Como dicen las SS. del T.S. de 21-10-92, 27-5-94, 11-10-94 y 27-5-98, entre otras, la mera convivencia de hecho "more uxorio" sin más, no es generadora de ninguna consecuencia económica, ni demuestra la existencia de un régimen de comunidad de bienes, ni permite presumirlo".

En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 2011 dice que " La principal razón de la desestimación del motivo reside en la STS 611/2005, de 12 septiembre, que proclama: a) "[...] que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio- STC 184/1990 y la 222/92, por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias"; b) "Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio ". Esta sentencia ha sido seguida por otras, especialmente las 160/2006, de 22 febrero; 1048/2 006, de 19 octubre y 240/2008, de 27 marzo, sen-

tencia ésta a la que nos referimos a continuación. De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama "disímiles", para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio.

2º Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicará la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el Art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha citado".

Incidiendo en esta cuestión, hemos de señalar que la convivencia extramatrimonial o de hecho no comporta, de suyo, la creación de una comunidad de bienes, del tipo que sea, respecto a los bienes adquiridos durante la convivencia, que emergería al romperse o disolverse esa convivencia, sino que, en principio, respecto de los bienes adquiridos por ambos convivientes habrá una comunidad de bienes y los adquiridos por uno solo de los convivientes serán de la propiedad exclusiva del conviviente que lo haya adquirido. Y para que un bien adquirido durante la convivencia extramatrimonial por uno solo de los convivientes deba ser considerado, tras la ruptura o disolución de la convivencia, común de ambos convivientes debe concurrir una voluntad de los convivientes en tal sentido, manifestada a través de un "pacto expreso evidenciador de que la inequívoca voluntad de los convivientes fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos onerosamente durante la duración de la unión de hecho.

Pues bien, partiendo de la doctrina expuesta, acreditada la relación de pareja de hecho entre los litigantes y la propiedad privativa de la vivienda objeto de este procedimiento por parte del demandante, sin que la demandada ostente título alguno que legitime la posesión, la cual no se deriva de la mera convivencia more uxorio, y sin que las pruebas practicadas por la demandada hayan aportado algo relevante en este sentido, debe de desestimarse el recurso de apelación.

Protección de menores

No puede prolongarse el acogimiento

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 2022

Ni es conveniente ni compatible con el interés del menor prolongar por más tiempo la situación de incertidumbre sobre su futuro, de manera que el plan de la adopción se revela como la opción más adecuada y correcta.

La demandante recurrente D.ª Belinda ha solicitado en esta segunda instancia que, con revocación de la sentencia del juzgado, se declaren no ajustadas a derecho y se revoquen las resoluciones administrativas de 12 y 22 de junio de 2020 dictadas por el Jefe de Servicio de Atención a la Infancia, Adolescencia y Familia de la Conserjería de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno de Cantabria relativas a su hijo Hermenegildo y por las que se aprueba el Plan de Caso de integración estable en familia alternativa mediante adopción y se delega la guarda con fines de adopción y se suspende el régimen de visitas con la familia de origen, acordando la atribución de la guarda del menor a la madre recurrente. Tanto el Ministerio Fiscal como el INSTITUTO CANTABRO DE SERVICIOS SOCIALES

(ICASS) se opusieron al recurso.

Con carácter preliminar debe ponerse de manifiesto la carencia de legitimación de la recurrente para combatir las resoluciones administrativas a que se contrae este proceso. En efecto, el art. 172, 2 del Código Civil, en la versión dada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, dispone que "Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor. Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo. En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública. Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen."

Por consiguiente, y con fundamento en el interés del menor y la necesidad de proveer decisiones estables para el mismo, el legislador limita expresamente el periodo de tiempo durante el que los progenitores con la patria potestad suspendida pueden combatir la declaración de desamparo y las demás resoluciones administrativas que se dicten en relación con el menor e instar la revocación del desamparo, y no permite que más allá de ese plazo de dos años puedan seguir combatiendo las decisiones administrativas, atribuyendo legitimación únicamente al Ministerio Fiscal, sin perjuicio obviamente de reconocer las facultades de actuación de oficio de la administración en todo caso e incluso la posibilidad de que los progenitores aporten datos sobre la alteración de las circunstancias, limitación que tiene su razón de ser en la necesidad de dotar de estabilidad y seguridad al menor.

En el presente caso, la resolución que declaró el desamparo de Hermenegildo fue dictada el 14 de diciembre de 2017 y notificada a la ahora recurrente el día siguiente, según consta en el expediente administrativo aportado a los autos, por lo que es patente que cuando se dictaron las resoluciones de 12 y 22 de junio de 2020 había transcurrido ya en exceso ese plazo de dos años y que, como expresa aquel art. 172 CC, había decaído el derecho de la ahora recurrente a oponerse a esas decisiones; debiendo destacarse que al tiempo de dictarse dichas resoluciones la resolución que declaró el desamparo había alcanzado ya firmeza, pues fue su impugnación por D.ª Belinda fue desestimada por sentencia de primera instancia de 2 de enero de 2019, confirmada en apelación por este tribunal en sentencia de 17 de julio de 2019 que fue firme. Por consiguiente, el recurso debe ser desestimado ya por la sola consideración de que la recurrente carece de legitimación para combatir las resoluciones administrativas impugnadas.

No obstante, lo anterior, no puede desconocerse que la causa de desestimación del recurso antes expuesta no fue alegada por los demandados ni apreciada en la sentencia de instancia, en la que el debate ha versado sobre el fondo del asunto y la conveniencia o no en interés del menor de revocar las decisiones administrativas de que se trata. Por ello, considera este tribunal procedente dejar constancia de la procedencia de desestimar el recurso también por razones de fondo y en atención precisamente al interés del menor.

En el presente caso, la administración declaró al menor en desamparo a Hermenegildo en diciembre de 2017 por razón de la situación en que este se hallaba habida cuenta del consumo de alcohol por parte de su madre, adicción que estaba en la raíz de la desatención de sus necesidades materiales y afectivas, con sobreexposición del menor a situaciones de desprotección cuando contaba escasos meses de edad ya que había nacido el NUM000 de 2016, tal como se desprende de la sentencia del juzgado que confirmó el desamparo, situación que no se había revertido con suficiente seguridad para el menor cuando se dictó la sentencia de esta Audiencia de 17 de junio de 2019 que confirmó la anterior y que no puede tampoco ahora considerarse superada en términos bastantes para asegurar la desaparición de todo riesgo de reproducción de la situación y considerar más beneficioso para el menor el retorno con su madre, que es lo que en definitiva se pretende. De las pruebas practicadas se desprende que en efecto D.ª Belinda ha progre-

sado en el ámbito laboral, como se desprende de la hoja de vida laboral, y en cuanto a la fijación de un domicilio estable, como se desprende de la prueba documental y de la testifical de los técnicos de la administración que así lo reconocieron; pero sin embargo no puede afirmarse la efectiva superación de su dependencia del alcohol. En su recurso D.ª Belinda ofrece una valoración muy favorable de las pruebas consistentes en los informes de PROYECTO HOMBRE, pero soslaya que son informes del año 2019, anteriores incluso a la sentencia de esta Audiencia, que no permiten afirmar la superación de la adicción; aunque con retraso, inició en tratamiento en Noviembre de 2018 y accedió a tomar un médicamente aversivo "Antabus", que no impide el consumo de alcohol aunque lo dificulta; desde el inicio mostró poca conciencia del problema (informe de 29 de enero de 2019); su asistencia a los grupos de autoayuda fue menos frecuente de la indicada alegando motivos de trabajo, pero no consta que realizara gestión alguna para posibilitar una mayor asistencia; su evolución en el programa fue normal conforme se informó en Marzo, abril y Julio de 2019, y en Octubre de 2019 suspendió la administración de aquel medicamento aversivo, lo que como se indica en el informe de esa fecha fue un avance positivo pero también suponía un riesgo de recaída, debiendo iniciar una nueva etapa en el tratamiento trabajando su historia personal "para visualizar su problema con el alcohol de una forma más clara, sin que llegara a culminar ese tratamiento, lo que supone un obstáculo insalvable para un pronóstico favorable a la rehabilitación cuando nos hallamos ante una dependencia al alcohol. Las manifestaciones en juicio de las técnicas que han intervenido en el expediente abundan en que D.ª Belinda no tiene una conciencia real de su problema con el alcohol ni de su afectación en la atención de las necesidades de Hermenegildo, ni compromiso firme para su superación, considerando insuficiente los cambios antes referidos en cuanto a la actividad laboral y residencia. Los testimonios aportados por la recurrente de su hermano y de un amigo no bastan para poder afirmar la superación de la dependencia, por más que afirmen que no la han visto consumir alcohol, pero si han puesto de manifiesto la poca seguridad que D.ª Belinda ofrece en orden al cuidado del menor y su compatibilidad con su actividad laboral. Y, en fin, el hecho de que D.ª Belinda no haya sido privada de la patria potestad sobre su otro hijo y tenga con este un régimen de visitas de fin de semana con pernoctas no permite concluir como se pretende que han desaparecido los factores de riesgo que determinaron en su día la declaración de desamparo de Hermenegildo, declaración que atendió a la situación del menor, cuyas circunstancias personales y en relación con sus progenitores son por definición propias y distintas de las de su hermano. En definitiva, como ya indicaba la propia administración en la Resolución de 22 de junio de 2020, transcurridos dos años desde la asunción de la tutela automática, " no se han podido comprobar los cambios necesarios para garantizar el bienestar y seguridad de Hermenegildo bajo el cuidado de su progenitora ".

Frente a la incertidumbre que ofrece la evolución de D.ª Belinda, con la consiguiente inseguridad para Hermenegildo en orden a la no repetición de las circunstancias que determinaron la declaración de desamparo, debe valorarse también la situación actual del menor, propiciada por las decisiones de la administración para proveerle una situación estable y segura tras haber esperado más de dos años, situación interina que los técnicos aconsejan finalizar con el paso a una integración definitiva en familia alternativa y con suspensión de situación actual de Hermenegildo con su madre y familia de origen. El menor estuvo en acogimiento familiar con una buena evolución en todos los aspectos a tenor de los sucesivos informes, de los que se desprende que la relación con su madre no es de un apego seguro, siendo significativo el retroceso experimentado por Hermenegildo en el periodo de realización de las visitas con su madre fuera del PEF. La responsable técnica de caso hasta mayo de 2020 ratificó los informes emitidos poniendo de manifiesto que el menor manifiesta más interés por el contacto con su hermano que con su madre, con quien no tiene un vínculo seguro, insistiendo en la necesidad de dar a Hermenegildo una solución estable que no puede ser el retorno con su madre porque no hay seguridad en ello para el menor; todo lo cual fue confirmado también por la técnico responsable hasta la adopción. Tras la resolución de 22 de junio de 2020 acordando la guarda con fines de adopción y desde el uno de julio de ese año Hermenegildo esta ya conviviendo con la familia alternativa con una experiencia del todo positiva tanto a nivel de integración en la familia como en el colegio y en su nuevo círculo social a tenor del informe emitido, desarrollando nuevos vínculos de apego al tiempo que ha mantenido contacto con su hermano Carlos Jesús, cuya relación se propone preservar en los informes de seguimiento de la adopción emitidos en octubre de 2020 y abril de 2021, e incluso se justificaba en la resolución de 22 de junio recurrida sobre delegación de la guarda con fines de adopción se justifica - Fundamento de Derecho Octavo-.

Como ya se expone con acierto en la fundada sentencia de la juzgadora de instancia, la jurispru-

dencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo (SSTS 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004, 23 de mayo de 2005). Y el propio Tribunal Supremo ha dejado sentado desde su sentencia de 31 de julio de 2009 que "para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.".; doctrina que fue incorporada a nuestro ordenamiento en el art. 19 bis de la LOPJM en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, que dice: "Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. ". Además, debe recordarse que el interés del menor es en todo caso prioritario a la hora de adoptar cualquier decisión que le afecte, tal como dispone el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; y como este mismo precepto indica, la definición del interés del menor debe atender a los criterios que en el se exponen, entre los que deben destacarse por su trascendencia en este asunto la prioridad del mantenimiento en la familia de origen, pero supeditado a que sea posible y positivo para el menor, ponderando además la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad; y que en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo.

En aplicación de tales normas y doctrina legal y teniendo en cuenta los hechos anteriormente expuestos no puede por menos de confirmarse la sentencia apelada en cuanto desestima la pretensión de revocación de la resolución que aprobó el plan de caso de integración estable en familia alternativa, pues ciertamente y pese a la actuación de la administración durante los cuatro años ya transcurridos desde la declaración de desamparo no puede afirmarse que las circunstancias que determinaron este hayan revertido al punto de ofrecer la debida seguridad al menor de un desarrollo integral en su familia de origen, ni es conveniente ni compatible con el interés del menor prolongar por más tiempo la situación de incertidumbre sobre su futuro, de manera que el plan de caso sobre la adopción se revela como la opción más adecuada y correcta. Por ello mismo es ajustada a derecho la resolución de 22 de junio sobre delegación de la guarda con fines de adopción del menor y suspensión del régimen de visitas con la familia de origen, si bien y pese al silencio que guarda la parte dispositiva de la resolución sobre la relación con el hermano y por lo anteriormente dicho, se entiende que tal suspensión no afecta a la relación de Hermenegildo con Carlos Jesús.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

No tienen el carácter de herederas

AP PONTEVEDRA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2022

No puede reconocerse a las actoras el carácter de herederas ab intestado dado que las inscripciones de las actas de nacimiento practicadas en el Registro Consular de Caracas en 2002 resultan insuficientes por sí solas para acreditar la filiación no matrimonial paterna, pues no consta quien efectuó la declaración en las inscripciones practicadas en el Registro Civil venezolano. Es más, la inscripción en el Registro Consular de Caracas se promovió por las propias demandantes, que no por su presunto padre.

PRIMERO. - 1. Planteamiento de la cuestión

En virtud del precedente Recurso, por la apelante D.ª Coro se pretende la revocación de la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 1122/19 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vigo, en tanto estimando la demanda declaró que las hermanas demandantes ostentan la condición de herederas ab intestato de D. Abelardo en la misma proporción que la apelante y la condena a restituir a las actoras los 2/3 parte del caudal hereditario del causante.

2. La sentencia de instancia

Consideró que el causante D. Abelardo había sido declarado fallecido el 14 de julio de 2010 por Auto de Declaración de fallecimiento, sin haber otorgado testamento, declarando la viabilidad de la reclamación de las actoras a ser declaradas herederas del citado causante como hijas extramatrimoniales suyas, nacidas en Venezuela el NUM000 de 1979 y el NUM001 de 1977, practicándose la inscripción en el Registro Consular español de ese país el 21 de agosto y 17 de abril de 2002, atribuyéndose la filiación paterna al susodicho Sr. Abelardo, a petición de dichas interesadas. En la certificación del RC Consular consta que la inscripción se realiza por transcripción literal de la respectiva certificación de nacimiento obrante en los Registros civiles venezolanos de 22 de mayo de 1980 y el 18 de enero de 1978.

3. Consideró la resolución que el valor probatorio de la determinación de la filiación paterna no matrimonial no es idéntico al resto de los datos de la inscripción, pero entiende que como la inscripción en el Registro Consular se practicó teniendo en cuenta la certificación de los registros venezolanos, sin que se hubiera estimado preciso completar la información que proporcionaba por alguno de los medios previstos en el art. 85 del Reglamento del Registro Civil, ello implica que el funcionario consideró que el Registro civil venezolano ofrecía garantías análogas a las exigidas para la inscripción con arreglo a la Ley española “en cuanto a los hechos de que da fe”, uno de los cuales es la filiación según el art. 41 de la Ley de Registro Civil. De ello concluye que debía constar en dicha inscripción el reconocimiento del padre al tiempo de practicarla o bien en un momento posterior. En consecuencia, da pleno valor a la filiación paterna inscrita.

4. A continuación examina la acción de petición de herencia para concluir con su estimación a favor de las demandantes, hijas extramatrimoniales del causante, en 2/3 partes respecto de su padre que falleció intestado, pero sin acoger la nulidad del denominado por las actoras, Auto de adjudicación de herencia que no lo es en realidad sino de aceptación de la misma por la demandada en su condición de única heredera según acta de notoriedad de 5 de septiembre de 2011.

5. El recurso de apelación

D.ª Coro se opone a las anteriores consideraciones y entiende, que hallándonos ante un supuesto filiación paterna no matrimonial, la acción

no podrá prosperar. La inscripción practicada ante el Registro civil consular en Caracas no fue correcta toda vez que tuvo en cuenta las certificaciones de nacimiento de los Registros civiles venezolanos en las que la indicación de la filiación paterna no consta practicada con arreglo a la legislación española, en particular el art. 120 del CC que exige un reconocimiento por parte del padre en relación al art. 49 de la LRC. No es posible la existencia del reconocimiento por vía presuntiva únicamente, derivada de la actuación del funcionario consular al no haber apreciado ninguna de los defectos del art. 85 de RRC, máxime cuando dicho funcionario solo examinará la regularidad de los documentos en virtud de los cuales practica la inscripción relativos al hecho del nacimiento, nombre, fecha y lugar del mismo con arreglo a la ley española, pero no extenderá su examen a la filiación paterna no matrimonial, por ello no va a exigir complemento alguno. Sin nada se hizo constar es que nada figuraba en las certificaciones del Registro civil venezolano.

6. Impugna la admisión extemporánea del documento consistente en la obtención vía civil central de las certificaciones venezolanas de nacimiento y la imposición de las costas porque la demanda no ha sido íntegramente estimada.

7. Impugnación del Recurso de Apelación

D.ª Elena y D.ª María Purificación impugnan el anterior recurso afirmando que su filiación resulta incontrovertida porque figura inscrita en el Registro Civil Central, habiéndose peticionado con la demanda las actas de inscripción de nacimiento en el mismo, que ya habían solicitado pero no le habían sido entregadas tempestivamente. Rige el principio de presunción de legalidad de las inscripciones del Registro Civil y la sentencia ha sido sustancialmente estimada, por ello procede la imposición de las costas.

SEGUNDO. - 8. Circunstancias de hecho a tener en cuenta para la resolución del pleito

-El padre de las litigantes, Abelardo emigró a Venezuela, y fue declarado en situación legal de ausencia por Auto de fecha 11 de noviembre de 2003, dictado en procedimiento nº 347/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Vigo. Posteriormente, el Auto de fecha 1 de marzo de 2011, dictado en procedimiento nº 926/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vigo, declaró el fallecimiento del citado, con efectos desde el día 14 de julio de 2010. No había otorgado testamento.

-La demandada, D.ª Coro es hija matrimonial del Sr. Abelardo, nacida en 1953 de su matrimonio con Caridad, la que obtuvo separación judicial por sentencia de fecha 25 de marzo de 1985 del causante.

-Las certificaciones literales de la inscripción de nacimiento de las actoras del Registro civil consular de Venezuela (expedida por el Registro Civil central) aportadas con la demanda, ponen de manifiesto que las demandantes nacieron en Venezuela como hijas de D. Abelardo, D.ª Elena en fecha NUM000 de 1979 y D.ª Debora en fecha NUM001 de 1977, practicándose la inscripción de sus nacimientos en el Registro Consular español del departamento correspondiente de aquel país en fechas 21 de agosto y 17 de abril de 2002, figurando como declarantes las propias interesadas.

-consta que la inscripción se realiza por transcripción literal de la respectiva certificación de nacimiento obrante en los Registros Civiles venezolanos. La certificación de la inscripción de nacimiento de Elena indica “El acto se halla inscrito, con fecha 22 de mayo de 1980, en el Registro de Distrito Simón Rodríguez-Anzoategui” al tomo NUM002, página -, número NUM003 “. La certificación de la inscripción de nacimiento de Debora reza “El acto se halla inscrito, con fecha 18 de enero de 1978, en el Registro local de Maturín-Monagos al tomo NUM004, página..., número NUM005 “.

TERCERO. - 9. Disposiciones aplicables: cuestión objeto de debate

En este estado de cosas, la demandada apelante niega la condición de herederas que reclaman las actoras por no venir demostrada su condición de hijas que, a su juicio, exigiría la previa interposición de demanda para declaración de la filiación paterna no matrimonial del causante. Considera que las certificaciones registrales consulares de su inscripción de nacimiento no prueban la paternidad del causante, que en su carácter extramatrimonial precisa de declaración del padre en el momento de la inscripción, o reconocimiento posterior del interesado, no extendiéndose el valor probatorio de la inscripción a la persona del progenitor extramatrimonial.

10. Conviene señalar ab initio, que no empecerá una eventual estimación de la demanda en el ejercicio de la acción de petición de herencia, la elección del procedimiento, esto es, que dicha acción exige como presupuesto acreditar la condición de heredero/legitimario del causante el hecho de la filiación paterna, en este caso, el que si no se acredita determinará a limine litis la desestimación de la demanda, y que no exigirá acudir previamente a una acción de reclamación de paternidad, sino únicamente, probar la legitimación activa como presupuesto de su pretensión. Habrá, por tanto, de valorarse inicialmente si las actoras como pretenden ostentan la filiación que afirman, en fundamento de

su pretensión.

11. Así pues, atendidas las posturas mantenidas por ambas partes, la cuestión se centra en determinar si las certificaciones del Registro Civil Consular español de Caracas expresivas de la inscripción de las actoras en las que se designa respecto de ambas PADRE: d. Abelardo, resultan ser o no justificación suficiente del estado de filiación de las demandantes en cuanto a la posición que las mismas puedan ocupar o no como hijas del citado D. Abelardo.

13. Desde un punto de vista sustantivo hemos de partir de que el art. 108 del Código Civil considera que "la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí".

Por su parte, el art. 120 del Código Civil respecto de la filiación no matrimonial, indica que la misma "quedará determinada legalmente:

1º) Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

2º) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3º) Por sentencia firme..."

14. Por otra parte, el art. 48 de la Ley del Registro Civil dispone que "la filiación paterna constará en la inscripción de nacimiento o a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento ", contemplando el art. 49 de la misma Ley, el modo en el que puede realizarse el reconocimiento de la filiación, "El reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial, según dispone dicho Código."

15. Así mismo, sobre el valor de la inscripción, por una parte, el art. 2 de la ley del Registro Civil que "el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos", y, por otra, determina el art. 41 de la misma Ley que la inscripción de nacimiento "hace fe del hecho, de la fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo, y en su caso de la filiación del inscrito ".

16. Por tanto, de la citada normativa podemos ya partir de que, con carácter general, la inscripción de nacimiento no constituye, por sí sola, un título pleno justificativo del estado de filiación reflejado en la inscripción, debiendo tenerse en cuenta que, si bien la inscripción de nacimiento, constituye una prueba privilegiada del nacimiento mismo, ese privilegio no se extiende a cuantos datos se reflejen en el correspondiente asiento, sino, únicamente, a las circunstancias de la inscripción a las que se refiere el citado art. 41 de la Ley del Registro Civil, y también afecta a lo relativo a la filiación del inscrito bajo la expresión "en su caso", la que es ciertamente imprecisa como han puesto de relieve los tribunales a la hora de interpretar la norma, pero que en cualquier caso conduce, al menos, a considerar que al contrario de las otras circunstancias (lugar, sexo, hecho del nacimiento), no necesariamente la filiación reflejada tiene la misma eficacia probatoria que los restantes datos de la inscripción.

17. En tal sentido en cuanto a la filiación no matrimonial paterna, la inscripción de nacimiento, en lo relativo a tal filiación, requiere, necesariamente, conforme a lo establecido en el art. 120 del Código Civil " reconocimiento o... sentencia firme", de modo que, cabe entender que la expresión "en su caso" art. 41 de la LRC, en relación con la filiación no matrimonial paterna, implica que la eficacia probatoria de la filiación contemplada en la inscripción únicamente se producirá en aquellos casos en los que exista el referido reconocimiento del progenitor, o bien sentencia firme que establezca la filiación; es más, el propio art. 49 de la LRC 1957 señala que tal reconocimiento se reflejará en la propia inscripción de nacimiento cuando sea el propio padre quien formule declaración de nacimiento o promueva el correspondiente expediente de inscripción fuera de plazo.

18. En suma, que la eficacia probatoria que establece el art. 41 referida a la inscripción de nacimiento, queda limitada, en lo relativo a la filiación, a aquellos supuestos en los cuales concurran tales requisitos para la filiación no matrimonial (que es la que ahora nos ocupa). En este sentido se pronuncia la STS de 19 de octubre de 2.005, en la que en un supuesto similar al actual en el que se ejercitaba una acción de petición de herencia en la que la demandada negaba a la actora la condición de hija del causante, denunciando la infracción de lo dispuesto en los artículos 2 y 41 de la Ley de Registro Civil, la de los artículos 119, 129, 131 y 132 del C.C. y de los artículos 120 y 327 del C.C. en su redacción actual, así como de la doctrina jurisprudencial, razonando lo siguiente:

"Hay que distinguir entre la eficacia de la inscripción como acreditativa del hecho del nacimiento y la que se le haya de atribuir en orden a la determinación de la filiación no matrimonial como es la que en el caso se sostiene. El artículo 131 del Códi-

go Civil (redacción vigente en el año 1935) disponía que "el reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público" y el artículo 51 de la Ley de Registro Civil de 15 de junio de 1870 señalaba que "respecto a los recién nacidos de origen ilegítimo -entre los que se integraban los hijos llamados "naturales"- no se expresará en el Registro quiénes sean el padre ni los abuelos paternos, a no ser que el mismo padre, por sí o por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentación del niño y la declaración de su paternidad". (...)

"El reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye un negocio jurídico unilateral, irrevocable, formal y constitutivo del status de hijo, siendo así que en el caso presente, no efectuado el reconocimiento por testamento o por otro documento público, dicho reconocimiento únicamente podría derivarse de la constancia en la inscripción de nacimiento de la filiación paterna, lo que requería que se efectuara por el propio padre ante el encargado del Registro Civil la declaración correspondiente, que no consta efectuada. Así la inscripción, en cuanto expresiva de la filiación paterna, resultaba contraria a lo dispuesto en el artículo 132 del C.C. (redacción originaria) puesto que el mismo impedía al padre o a la madre, que hicieran reconocimiento separado del hijo, revelar el nombre de la persona con la que lo hubieran tenido ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida, prohibiéndose a los funcionarios públicos la autorización de documento alguno en que se faltara a dicho precepto ". En consecuencia, añade, "no cabe reconocer valor a tal constancia registral en cuanto a la determinación de la filiación paterna como se sostiene en la demanda -que no interesa la declaración en base a otros medios y sí únicamente en base a los propios datos de la inscripción - y se reconoce en la sentencia impugnada".

19.De todo lo expuesto podemos concluir que las inscripciones de las actas de nacimiento de la actoras practicadas en el Registro Consular de Caracas en 2002 resultan insuficientes por sí solas para acreditar la filiación no matrimonial paterna, no consta quien efectuó la declaración en las inscripciones practicadas en el Registro Civil venezolano de: de Distrito Simón Rodríguez-Anzoategui" respecto de Elena de 22 de mayo de 1980; ni de Debora con fecha 18 de enero de 1978, en el Registro local de Maturín- Monagos. Precisamente como hace constar la resolución recurrida " Los Registros Consulares forman parte del Registro Civil único, y son competentes para inscribir los hechos inscribibles que afecten de españoles, entre ellos los nacimientos producidos en la demarcación del Registro consular correspondiente (art. 10, 15 y 16 de la Ley de Registro Civil de 1957). Las inscripciones que practiquen han de sujetarse a la Ley del Registro Civil vigente a la fecha, que en este caso es la Ley de 8 de junio de 1957." Es más, la inscripción en el Registro Consular de Caracas se promovió por las propias demandantes, que no por su presunto padre.

20. No obsta a lo anterior que el art. 85 del Reglamento del Registro Civil de 1958 establezca que "Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente".

Sobre este precepto la juzgadora a quo entendió que "Sentado cuanto antecede, la inscripción practicada en el Registro Consular se realizó tomando los datos obrantes en la inscripción de nacimiento realizada en los Registros venezolanos. No se deriva de la inscripción que hubiese de completarse ninguno de ellos por otros medios, como faculta el art. 85 del Reglamento del Registro Civil, en caso de no figurar u ofrecer dudas de su autenticidad. De ello cabe deducir que el responsable del Registro Consular estimo que la inscripción del Registro venezolano ofrecía garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española "en cuanto a los hechos de que da fe", uno de los cuales es la filiación según el art. 41 de la Ley del Registro Civil. Por tanto, debía constar en aquel registro la declaración del padre en reconocimiento de la filiación, bien al tiempo de practicarla o bien por reconocimiento posterior".

20. No compartimos la anterior conclusión toda vez que con ello se confunde el valor de los datos de la certificación venezolana de la inscripción de nacimiento en el Registro del Distrito correspondiente de cada una de las actoras, nacidas en 1977 y 1979, pero inscritas Registros civiles venezolanos de 22 de mayo de 1980 y el 18 de enero de 1978, con los requisitos que conforme a la legislación española deben concurrir para practicar la inscripción de la filiación no matrimonial, que en esencia es el reconocimiento. Estimamos que no cabe concluir que por el mero hecho de practicarse en el Consulado de Caracas en 2002 la inscripción de la filiación paterna indicada en la persona

de D. Abelardo, ya quedaba acreditaba la misma con fehaciencia, si es que no iba a acompañada de la constancia de dicho reconocimiento, o se hubiera probado en este pleito, acompañando en su caso, cualquier medio probatorio acreditativo del reconocimiento paterno en los términos que dejamos indicados supra, bien a través de la aportación de la certificación del Registro venezolano o del expediente practicado en el Registro consular, cuando a fortiori hubo de existir, porque la inscripción se practicó fuera de plazo. Si como hemos sostenido, la mera inscripción no basta para tener por acreditada la filiación paterna extramatrimonial si no va acompañada de la prueba del reconocimiento, como ha interpretado nuestro Alto Tribunal, igual nivel de exigencia debe tenerse respecto de las inscripciones que se practiquen en el Registro Consular como es el caso que nos ocupa, que debió inscribirla al margen y no lo hizo, limitándose a una mera transcripción de lo que publicaba la certificación venezolana.

21. A mayor abundamiento, cabe considerar también, que los hechos de los que dan fe las certificaciones del Registro venezolano son desconocidas por este Tribunal, lo que nos sitúa así mismo en la prueba del derecho extranjero a que alude el art. 281 de la LEC cuando en su párrafo 2º establece que: "El Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". Así mismo, artículo 33 de la Ley 29/2015 de 30 de julio establece la nueva regulación de la prueba del derecho extranjero en ámbito judicial: "De la prueba del Derecho extranjero. 1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia. 2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica. 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles."

22. De tal normativa y de la interpretación jurisprudencia sobre la materia (STS 11 mayo 1.989; STS 7 septiembre 1.990; STS 25 de enero de 1.999 entre otras) cabe concluir con que

a) Cuando resulte de aplicación, el derecho extranjero debe probarse.

b) No es necesario probar el derecho extranjero cuando sea conocido por las partes o haya acuerdo total entre ellas del mismo, aunque el tribunal tendrá absoluta libertad de exigir la prueba correspondiente de las normas extranjeras que resulten aplicables.

c) El objeto de la prueba se circunscribe a: su contenido, su vigencia, y su interpretación doctrinal y jurisprudencial en su aplicación.

d) El valor probatorio de la prueba es libremente determinado por el tribunal, no siendo en ningún caso vinculante para el mismo.

e) Con carácter excepcional, en caso de no realizarse la prueba o esta no ser satisfactoria para el tribunal, se aplicará el derecho español.

23.Partiendo de estas premisas nos reafirmamos en la estimación del recurso, se echa de menos por el tribunal, no solo la aportación del documento relativo a la inscripción en el Registro civil venezolano (partida de nacimiento en Venezuela) o el Expediente consular, según ya dejamos expuesto más arriba, sino también, la prueba del valor que de la inscripción de la filiación paterna tiene el certificado de nacimiento en el derecho venezolano, su Código Civil, no ya en el Bolivariano de 1982 sino en el de 1942 vigente a la fecha de nacimiento de las recurrentes, cuando no hay matrimonio; ítem más, aun gozando de fehaciencia en cuanto a la determinación de la filiación paterna respecto de los requisitos para que pueda llegarse a tal inscripción natural (particularmente quién hace la declaración ante el funcionario encargado del Registro), se necesitaría conocer cómo se llega desde el punto de vista legal a poder inscribir al Sr. Abelardo como progenitor de las actoras, a efectos de que este tribunal pueda valorar que se compadece con los requerimientos del Orden Público español sobre la filiación no matrimonial y no los contraría; esto es, que la declaración la haga el propio padre o en su defecto haya sido declarado por sentencia.

24.No concurriendo, pues, los requisitos y pruebas precisas para afirmar la filiación extramatrimonial de las actoras respecto de su padre, no cabe, en consecuencia tenerlas por sucesoras abintestato del Sr. Abelardo, toda vez, que la acreditación de esa filiación paterna se hace del todo necesaria para establecer si tienen legitimación ad causam para instar con viabilidad la acción de petición de herencia, y sin perjuicio de la eventual acción de reclamación que por las actoras pudiera formularse contra la sucesora del que estimar ser su progenitor, que nada tiene que ver con la que ahora nos ocupa.

Puede el actor solicitar medidas provisionales con posterioridad a la presentación de la demanda?

En principio, según lo previsto en el art. 773.1 de la Lec, el momento procesal para solicitar las medidas provisionales es con la demanda de divorcio, por lo que cualquier petición posterior de medidas será inadmitida por extemporánea (AP VALENCIA, Sec. 10, Auto de 19 de octubre de 2020 y AP MADRID, Sec. 22, Auto de 7 de noviembre de 2006)

No obstante, algunas Audiencias Provinciales se muestran partidarias de admitir a trámite peticiones de medidas realizadas con posterioridad, ya que la no adopción de las mismas puede perjudicar el interés del menor.

La AP BARCELONA, Sec. 18, en su Auto de 9 de junio de 2020 admite la posibilidad de que se soliciten medidas provisionales aunque no se solicitaron con la demanda: Debe admitirse la petición de medidas provisionales aunque no se solicitasen ni con la demanda ni con la contestación. Estas medidas tienen como finalidad la de facilitar una regulación provisional de los efectos de la ruptura de pareja en tanto se resuelve de forma definitiva, siendo necesario ofrecer una cobertura a una realidad que se advierte dinámica y precisa de regulación evitando o mitigando la litigiosidad que puede derivar incluso de la pendencia por largo tiempo del procedimiento con efectos claramente perjudiciales para los menores si no hay medidas. Aunque la vista del juicio estaba señalada se suspendió y volvió a señalarse para un año después. La AP JAÉN, Sec. 1, en su Auto de 4 de junio de 2020 precisó que: “si afectan a menores a los que puede, incluso, perjudicar la ausencia de adopción de medidas durante la tramitación del procedimiento de nulidad, separación o divorcio”. Por su parte, la AP GRANADA, Sec. 5, Auto de 15 de enero de 2021 resolvió que: “Siempre que se funden en circunstancias sobrevenidas que no pudieran preverse en el momento de la interposición de la demanda. En realidad lo que hace esta resolución es aplicar lo dispuesto para las medidas cautelares en el art. 730.4 de la Lec”.

Que no se admita a trámite la solicitud de medidas provisionales no impedirá, claro está, que puedan solicitarse medidas del art. 158 del CC, si la urgencia del caso lo requiere.

Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia

El salón de actos de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid acogió el viernes 24 de junio la clausura de la segunda edición del Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia, en el que participa la AEAFA como entidad coorganizadora.

La clausura comenzó con el Foro Abierto en el que los alumnos y profesores desplazados hasta Madrid pudieron plantear sus dudas. La mesa de este Foro estaba integrada por la presidenta de la AEAFA, María Dolores Lozano, la vicepresidenta, María Pérez Galván, la exvicepresidenta María Dolores Azaustre, las directoras del curso, Carmen López-Rendo y Matilde Cuena, y la coordinadora, María Márquez González.

Resolver dudas

Entre los intervinientes, se encontraba el magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba, Javier Pérez Martín, quien contestó a las cuestiones planteadas por los profesionales que seguían el Foro desde la sala o desde sus hogares.

Uno de los aspectos que más interés despertó fue el de la diferenciación entre los gastos extraordinarios y los ordinarios. Entre los numerosos ejemplos planteados, se citó el de los estudios universitarios de los hijos. “Como dice el Tribunal Supremo, la Universidad es un gasto ordinario y, como tal, si hay que elevar la pensión de alimentos para hacer frente a ese desembolso, tendremos que ir por la vía de modificación de medidas. Entonces se verá si la capacidad económica del progenitor permite costear esos estudios o no”, explicó Pérez Martín.

Conferencia

Tras el Foro, la magistrada del Tribunal Supremo, Ángeles Parra Lucán, impartió una conferencia sobre el recurso de casación. En la actualidad, cerca de un 85% de los recursos presentados no son admitidos. Sin embargo, un gran porcentaje de los que sí toma a consideración el Alto Tribunal son estimados.

Entre otras recomendaciones a los profesionales de la abogacía, la magistrada hizo hincapié en el respeto a los hechos probados, y en tener muy en cuenta cuál es el fundamento básico de la sentencia recurrida. Igualmente, puso de relevancia la importancia de la claridad del recurso, desechando la opción tan extendida del 'copia y pega'.

Ángeles Parra también abordó la reforma del Recurso de Casación civil que contempla el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Se trata de una modificación ciertamente importante, que pretende simplificar la propia naturaleza del recurso. En primer lugar, la posibilidad de recurrir en casación no dependerá ya de la cuantía del recurso o del tipo del proceso, sino que bastará con que la materia tenga "interés casacional". "Sólo habrá un recurso y en él se pueden invocar tanto motivos sustantivos como procesales", añadió.

Diplomas

Tras la ponencia de Ángeles Parra, se procedió a la entrega de los diplomas. La directora del curso y Tesorera de la AEAFA, Carmen López-Rendo, agradeció al profesorado el esfuerzo por trasladar sus experiencias y conocimientos durante las clases que han tenido lugar todos los viernes por la tarde y sábados por la mañana. Precisamente, el nivel del profesorado ha sido uno de los aspectos que más han destacado las personas que han asistido a este Curso de Alta Especialización.

Por su parte, Matilde Cuena puso en valor la formación constante del abogado y el papel que desarrollan estos profesionales. "La Abogacía de Familia es la responsable de la mejorara del ordenamiento jurídico", incidió.

Por último, la letrada Henar Gutiérrez Marín, pronunció un discurso de agradecimiento en nombre de todo el alumnado. "Este curso ha supuesto algo más: unión, compañerismo y aprendizaje. No pensaba que antes de su conclusión ya lo echara de menos. Todos nos llevamos un cálido sentimiento de la Escuela de Práctica Jurídica y de los profesores que ha hecho que este curso sea para nosotros algo más que aprendizaje", dijo.

Discurso de Henar Gutiérrez

Queridos compañeros, queridos profesores:

Nada nos hacía pensar en febrero, que junio y el final del curso llegarían tan pronto. A buen seguro, muchos de vosotros, mis compañeros, os habéis sentido como yo; con esa ilusión otoñal de volver a iniciar el curso, esa ilusión que caracterizaba el inicio de cada nuevo curso en la universidad, ¿os acordáis de aquella etapa? A Algunos os quedará más lejos, a otros nos queda más cerca, pero lo que es cierto, es que, si os habéis sentido como yo, habréis vuelto a recuperar esa ilusión sintiéndoos a través de la pantalla casi como si volviéramos a estar en clase… aquellos maravillosos años, en mi querida Universidad Complutense. Yo tengo el honor de poder decir que he realizado el curso en la misma universidad en la que curse los estudios que me darían mi futuro como abogada.

Este curso, no solamente nos ha aportado los conocimientos y el saber que todo abogado de familia precisa, también nos ha enseñado a ser mejores personas; pues por extraño que parezca y por mucho que una mayoría se empeñe en intentar incluir el Derecho de Familia dentro del resto de materias como si fuera un derecho común; como si no estuviera diferenciado; tenemos que luchar por que se diferencie.

Todos los aquí presentes sabemos que es un derecho en el que hay puestos muchos sentimientos en la balanza, pues se trata de familias, de personas, de lo más importante; menores, no de intereses pecuniarios.

Es por ello que todos sabemos que en esta profesión, dedicada al Derecho de Familia, debemos ser empáticos y solidarios con el cliente; principios básicos que no solamente deberían regir la profesión en sí, sino que debemos incluir en nuestro código deontológico personal y que este curso nos ha recordado prácticamente en cada clase que así debe ser.

Además, no solamente nos llevamos los conocimientos, el saber y nos hemos convertido probablemente en mejores personas y juristas, sino que además hemos hecho una gran piña de compañeros, amigos y colaboradores que espero el tiempo y la distancia no desunan.

Hoy leo estas palabras con un sentimiento de alegría, pero a la vez con un sentimiento de tristeza, pues a tan solo una semana de haber finalizado el curso puedo decir que ya echo de menos las clases, a los profesores y a mis compañeros.

La verdad es que nunca imaginé que ninguno de nosotros fuésemos a echar de menos el acabar este curso, pensaba que una vez que llegase junio habiendo realizado el trámite de aprender un poquito más el Derecho de Familia, cada uno emprendería su camino, pero este curso ha sido algo más; ha sido unión, ha sido compañerismo, ha sido aprendizaje. Todos nos llevamos un cálido sentimiento de la Escuela de Práctica Jurídica, de la AEAFA y de los profesores que han hecho que este curso sea para nosotros algo más que aprendizaje.

No sé si os pasa a vosotros, pero yo tengo ese sentimiento de estar deseando que vuelva octubre, su otoño, las clases y volver a ver a mis compañeros y a los profesores al inicio de un nuevo curso universitario; ese sentimiento que por más años que pasen, el haber pasado por la universidad no nos borrará, sentimiento que muy probablemente se debe a que en esta profesión debemos estar en constante aprendizaje, en constante crecimiento y este curso ha despertado en nosotros las ganas de seguir estudiando de nuevo.

Hoy nos vamos con el equipaje lleno; lleno de aprendizaje, compañeros, profesores dispuestos a ayudarnos en nuestro futuro… pero, ante todo, hoy nos graduamos como mejores juristas y defensores del Derecho. Pues somos conductores del Derecho y nunca debemos olvidar que las familias son importantes y, a buen seguro, este curso nos hará en un futuro muy cercano juristas que desempeñaremos la labor de abogado de familia como bien se merece, defendiendo el Derecho de Familia en interés de la familia, en interés del menor, derecho que debe ser ejercido por profesionales especializado.

Continuemos formándonos para que el derecho de familia sea reconocido como una rama del derecho diferente e independiente, es nuestra obligación luchar por ello como juristas dedicados al Derecho de Familia.

Gracias compañeros, por hacer que este curso haya sido maravilloso, enriquecedor y por haber deseado formar parte de esta gran piña que hemos formado.

Gracias profesores, por haber querido compartir con nosotros vuestro conocimiento y por prestaros ayudarnos en el futuro en las dudas que nos surjan.

Por último, quiero deciros a todos encantada de conoceros y que por favor no olvidéis; el que no esté casado, que hay que casarse.

Con Cariño, Henar Gutiérrez.

Discurso de Rafael López Hernández

Los abogados en general, y los de familia en particular, somos obreros cualificados que construyen una obra, que llamaremos edificio. Un número muy elevado de los trabajos en los que intervenimos consiste en una reestructuración de las relaciones familiares tras una crisis.

Las herramientas fundamentales para dicha tarea están en nosotros mismos, las accesorias las compramos o adquirimos de diversos modos, pero apenas requieren dedicación.

Estas herramientas fundamentales son el conocimiento, la elocuencia y la ética.

De la elocuencia y la ética, no diremos nada, pues no han sido objeto directo de este curso que hoy terminamos.

El conocimiento, por el contrario, sí lo ha sido, tanto teórico como práctico. Porque el abogado, desde los jurisconsultos romanos, se define como "Un hombre de bien, versado en la jurisprudencia y el arte de bien hablar, que concurre a la administración de justicia, ya dirigiendo con sus consejos a los que le consultan, ya defendiendo sus intereses en los tribunales, de viva voz o por escrito, o ya también decidiendo y cortando sus diferencias cuando le nombran juez árbitro de ellas."

Si el abogado no está instruido en la Jurisprudencia y en las leyes se expone a defender cosas que no están fundadas en equidad o justicia.

Antes de presentar el trabajo en la Administración de Justicia, somos los primeros oráculos de ella al trasladar a los clientes, de forma previa, nuestro parecer y, atendiendo al mismo, ellos han decidido sostener o abandonar sus pretensiones.

Cuando deciden sostenerlas nuestra labor, como obreros cualificados que levantan el concreto edificio de la Justicia, consiste tanto en el diseño minucioso de los planos de la obra como en el trabajo directo sobre los materiales que vamos a emplear en ella -puliéndolos, dotándolos de las formas y medidas justas para que encajen perfectamente en la construcción y queden justos, sólidos y bellos-.

Con este curso de alta especialización en derecho de familia, que hoy concluye, hemos mejorado nuestras herramientas, incluso algunos nos atrevemos a desempolvar del cajón del olvido útiles que ya no usábamos.

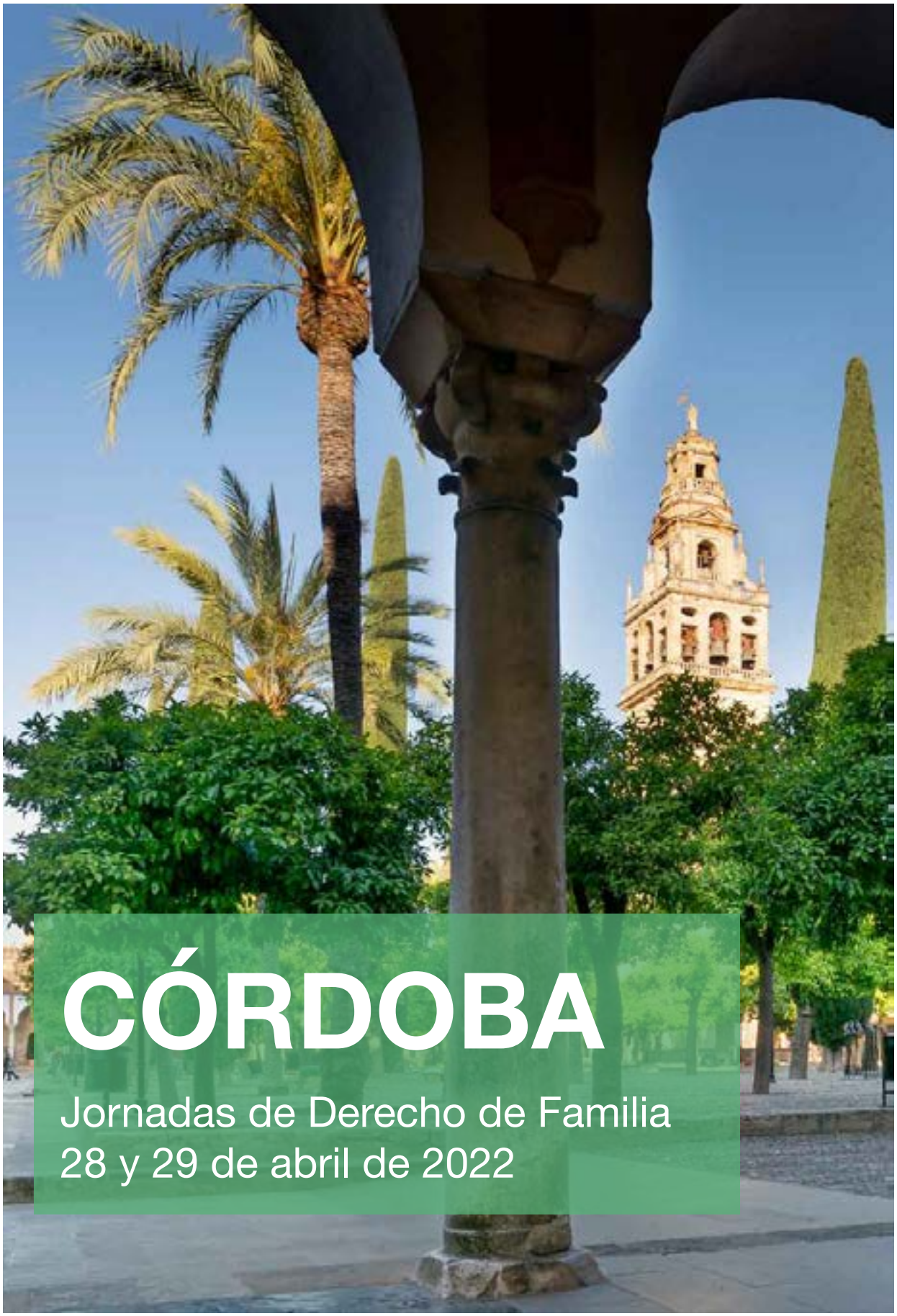
No queremos nombrar a ningún profesor o ponente de este curso porque no sería justo destacar a uno ensombreciendo a otros. A todos ellos, sin excepción, queremos agradecer su esfuerzo en pulir nuestras herramientas, pues es conocido que no bastan los dones naturales de cada uno de nosotros, ni las lecturas apresuradas que las circunstancias vitales nos permiten, para levantar el edificio que nos encargan, es esencial conocer profundamente las reglas y los preceptos del arte, la lex artis, pues sin ellos nos convertimos en un barco sin piloto en medio del mar, al que los vientos empujan a todos lados sin norte fijo, a merced de las corrientes y de las olas, terminando, si la suerte no nos auxilia, zozobrando entre acantilados y escollos.

Estas reglas están dispersas, unas veces amontonadas en legislaciones de distintos ámbitos territoriales, superpuestas, contradiciéndose entre sí, en otras ocasiones están ausentes formando unas lagunas donde se ahogan las certezas y la seguridad jurídica y sobre las que no ha nacido arquitecto que pueda asentar con firmeza obra alguna. El curso nos ha permitido reunir muchas de esas reglas del arte y drenar algunas de las entorpecedoras lagunas.

No queremos despedirnos, queremos seguir en contacto vivo y directo, presencial o telemático, entre todos nosotros. Tenemos las herramientas y afrontaremos los pleitos entre cónyuges, entre hermanos, con los cuñados y cuñadas escondidos tras las cortinas o contraasesorando en un segundo plano. Defenderemos esos otros pleitos entre el viudo y los hijos de las segundas nupcias, a veces contra los propios hijos. Ayudaremos a que las personas con discapacidad mantengan en lo posible su independencia y libertad y, en ocasiones, nos embarcaremos en procedimientos interregionales o internacionales con muchas más garantías en nuestra carta de navegación que las que teníamos a principio de año.

Parafraseando a Díez Picazo, los libros de Derecho son abstrusos a fuerza de ser abstractos… el Derecho está en la vida antes que en los libros y está allí con un temblor que en los libros no tiene y que los libros no pueden ni soñar. Este curso nos ha acercado a ese temblor facilitándonos algunas claves.

Muchas gracias. Rafael López Hernández



CÓRDOBA

Jornadas de Derecho de Familia
28 y 29 de abril de 2022

Los días 28 y 29 de abril de 2022 la Delegación de AEAFA de Córdoba, en colaboración con la Comisión de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba y Ediciones Libertas, han celebrado en Córdoba en el Real Círculo de la Amistad, unas magníficas jornadas, dirigidas a especialistas del derecho de familia que a diario se desenvuelven en asuntos relacionados con esta materia, con un elevado nivel de asistencia y participación, habiendo con-

vocado a más de 100 asistentes.

Como acto previo a la inauguración de nuestras jornadas de Derecho de Familia, se celebró en las Excelentísima Diputación de Córdoba una recepción a media mañana con el Presidente **Don Antonio Ruiz Cruz** a la que asistieron, la Vicedecana del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, **Doña Concepción Ortega**, la Diputada responsable de la Comisión de Familia, **Doña María Dolores Azaustre,** así como los **miembros de la Junta de la delegación en Córdoba de AEAFA**.

La recepción celebrada, fue de lo más provechosa, fructífera y distendida, dado que el Sr. Presidente de la Diputación se mostró muy interesado con la realidad de la Jurisdicción de Familia que existe en Córdoba y su provincia. Terminando dicha reunión, con el firme compromiso por parte del. Sr. Presidente, de poner a disposición del ICA Cordoba y de la Delegación de la AEAFA, los medios necesarios y existentes en Mancomunidades de la provincia de Córdoba para dar información y formación, respecto a los beneficios de la mediación en el ámbito de familia, así como todo lo relacionados con el derecho de familia, concretándose que a partir del mes de junio se podría celebrar reunión y presentación del proyecto de colaboración.

Por la tarde a las 5, se inauguraron las jornadas, con un elevado nivel de asistencia y participación entre los que se encontraban Abogados especialistas en derecho de familia, venidos de todos los puntos de España, la Juez de Instrucción nº 8 de Cordoba, antes Jueza de Familia de Cordoba y Amiga de la AEAFA **Dª Ana Mª Saravia González**, el Magistrado de Primera Instancia nº 7 de Cordoba, D. Javier Pérez Martin y el Fiscal Delegado de Discapacidad para Andalucía **Don Fernando Santos Urbaneja**, siendo aperturadas por el Presidente de la Ilma. Audiencia Provincial de Cordoba, **D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano**, nuestra Presidenta de AEAFA **Doña Mª Dolores Lozano Ortiz**, mediante video y la Diputada responsable de la Comisión de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Cordoba **Doña Mª Dolores Azaustre Garrido** y clausuradas por nuestro Decano de Ilustre Colegio de Abogados de Cordoba D. Carlos Arias López, que amablemente hicieron un hueco en sus respectivas agendas para poder estar con todos los asistentes.

Han sido dos días de extraordinario aprendizaje jurídico sobre materias de máxima actualidad de esta especialidad y de las diversas disciplinas trasversales que abarca el Derecho de Familia, y de la que seguimos reivindicando la creación de una jurisdicción de familia independiente, hoy mas necesaria que nunca, dado que en la Provincia de Cordoba, existen dos Juzgados de Familia y un Juzgado de Violencia sobre la mujer en la Capital y el 56% de los cordobeses no tiene acceso a juzgados especializados de Familia, que corresponde a las localidades de la provincia donde existen Juzgados mixtos de Primera Instancia e Instrucción, tardándose mas de 10 meses en celebrar medidas provisionales y casi un año en emitir el equipo psicosocial informe técnico en un asunto.

Se han impartido cinco ponencias, la primera desarrollada por **Don Javier Pérez Martin**, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba, Córdoba, referente en derecho de familia, no solo de los asociados de la AEAFA, sino de cualquier abogado que quiera conocer en profundidad y con especialidad el derecho de familia en su colección de los Libros Azules, que nos ilustró sobre “Cuestiones controvertidas en materia de pensión de alimentos.”, ponencia en la que de forma muy elocuente y magistral, abordó lo distintos problemas que en la actualidad, está suscitando las pensiones de alimentos, tras la crisis del Covic 19. Introdujo su ponencia, abordando los casos en los que se fija la pensión alimenticia y en los que no se fija, o se extingue. Si se fijó con anterioridad la pensión de alimentos, así como los supuestos en los que

la pensión se condiciona, a la residencia de hijo mayor en el domicilio de un progenitor.

Se abordó la determinación de la capacidad económica del progenitor empresario, y si existe algún límite máximo de la cuantía de la pensión alimenticia, así como la fecha desde la que debe abonarse, las distintas pensiones alimenticias que se fija en el curso en un procedimiento judicial profundizando en los supuestos en los que tiene efectos retroactivos, desde la fecha de interposición de la demanda, o desde la Sentencia de 1ª Instancia, o Auto de Medidas Provisionales y los supuestos en los que la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia no fija pensión alimenticia, pero esta se establece en la Sentencia de la Audiencia Provincial, tanto para instaurarla o aumentarla como para reducirla o extinguirla.

Concluyendo su magistral ponencia, como ya nos tiene acostumbrados en sus clarificadoras y amenas intervenciones, de un lado, haciendo un exhaustivo estudio de los supuestos en los que el progenitor está afectado por los ERE, ERTE en relación con la pensión alimenticia, como el asunto jurídico de quién es el acreedor del derecho de crédito cuando no se abona una pensión alimenticia haciendo una especial referencia a la St. de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 7 de junio de 2021.

Una segunda ponencia impartida por **Don Ignacio Gallego Domínguez,** Catedrático de Derecho Civil, de la facultad de Derecho, de la Universidad de Córdoba, quien, a través de una exposición brillante y clarificadora, ha abordado con detalle en su ponencia "El testamento del empresario y protocolo familiar en empresas familiares.", todo lo relativo, al testamento del empresario y las cláusulas testamentarias necesarias para una buena sucesión.

Introdujo el asunto de su ponencia, abordando el relevo en la empresa familiar, los modos de deferirse la herencia: testamentos, sucesión intestada y pactos sucesorios. Profundizando en el concepto de testamento, caracteres y contenido del mismo, y entrando de lleno en las distintas cuestiones de especial interés en relación con la transmisión sucesoria de la empresa familiar, en especial:

1. El testamento como modo de planificar la sucesión en la empresa familiar.

2. La prohibición de pactos sucesorios, si bien se considera conveniente la admisibilidad de estos pactos en el Código Civil, al menos para la empresa familiar.

3. Quid Iuris con los protocolos familiares, consistiendo en pactos familiares y pactos parasociales, que se ocupan de la empresa familiar, siendo el mecanismo de autorregulación de los mismos y las distintas cláusulas de eficacia jurídica, junto a uno de los puntos básicos, el relevo generacional, sea en vida o en muerte.

4. En caso de empresa familiar, atender a la naturaleza y posibles restricciones estatutarias.

5. En caso de sociedad familiar, atender a la naturaleza y posibles restricciones estatutaria. Sociedades de capital (S.A. y S.L).

Los obstáculos del sistema legitimario del Código Civil, la transmisión de la empresa familiar y los medios de solución como límite a la libertad de testar, la intangibilidad de

la legítima y los legitimarios. La Cuantía y naturaleza (Hijos, cónyuge viudo), así como la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil.

El especial régimen de administración de los bienes dejados en testamento y sus distintos supuestos de la conveniencia de nombrar Albacea Contador partidor. La prohibición testamentaria de partir la herencia, así como las sustituciones fideicomisarias.

La necesidad de cambiar el testamento en caso de separación, divorcio y nacimiento de nuevos hijos, así como las alteraciones del patrimonio, y el nombramiento de administrador de la herencia.

La Constitución de fundaciones vinculadas a las familias empresarias.

Concluyendo su novedosa y practica ponencia con el aspecto fiscal en la empresa familiar, a favor de quién testar para obtener beneficios fiscales en transmisión mortis causa (ISD), Exenciones del Impuesto del Patrimonio (IP) y concluyendo con los beneficios fiscales de la empresa familiar en la Comunidad autónoma de Andalucía y sus régimen a partir de 1 de enero de 2022 con la entrada en vigor del artículo 30 y 31 de la ley 5/ 2021.

Finalizó su magnífica exposición con el agradecimiento al ICA Córdoba y a la delegación de la AEAFA por la invitación a las jornadas y su disposición para con nuestra delegación a colaborar y participar en futuras jornadas.

Una tercera ponencia impartida por **Don Fernando Santos Urbaneja**, Fiscal Delegado para Andalucía en asuntos de Discapacidad y de Derecho de los consumidores y precursor de la reforma de la Ley de apoyo a las personas con discapacidad Ley 8/ 2021 de 2 de Junio, quien a través de una magnifica y clarificadora y detallada exposición acerca de la " Ley 8/2021, de 2 de junio de apoyo a las personas con discapacidad. Una ley alentada por una revolución ética."" abordó cuestiones relativas al cambio de paradigma. Y nueva visión del mundo de la discapacidad y los mecanismos que facultan.

Comenzó su ponencia introduciendo la perspectiva ética de la Ley 8/2021, de 2 de junio, afirmando que "Que solo puede entenderse la misma, desde esta perspectiva ética". Invitando a leer el preámbulo luminoso y expresivo de la Ley.

Abordando seguidamente el principio de autonomía de la voluntad, los presupuestos, la capacidad de decisión y que "pronunciar no es decidir", las fases del proceso de decisión, así como los límites de la misma.

Respecto a los instrumentos de la autonomía de la voluntad, hizo especial referencia a:

- Los poderes preventivos, de presente y de futuro, artículos 256, 257 y 1432 del C. C.. Disposiciones comunes artículos 260, 258, 261, 259 y 262 del C.C..

- El mandato, designación de mandatario, e instrucciones para el modelo. Las relaciones internas entre poderdante y apoderado, así como los controles.

- El Testamento.

Seguidamente expuso el principio de Desjudicialización razonable. Haciendo especial referencia a la ST. de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2021, abordando el precepto fundamental en el proceso de desjudicialización, como es el Artículo 255, párrafo 5ºdel C. C..

Culminando su brillante exposición, con la figura estelar de la reforma, la Guarda de Hecho artículo 250-1 y 255-5 del C. C., no precisando de una investidura formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Artículos 263 a 267 del C. C., así como el artículo 52 de la Ley de la jurisdicción voluntaria. Y para el ejercicio efectivo de la Guarda de hecho, ayudarse de instrumentos notariales como actas de notoriedad para acreditar la condición de guardador De hecho. Haciendo especial mención al Auto de fecha 7 de mayo de 2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Córdoba, siendo esta resolución, de obligada lectura y muy clarificadora de la figura del guardador de hecho.

Respecto a los asuntos judiciales de incapacidad, el plazo de 2 años para su revisión y adecuación a la nueva ley, debiendo distinguir entre discapacidad que no requiere actuación judicial, para la que se adoptarán los apoyos necesarios legales y suficientes a través de la guarda de hecho y los asuntos de discapacidad más graves que transformarán al tutor, en curador. Y de otro lado, en todos los casos, la necesidad de acudir al Juzgado de Primera Instancia, en asuntos patrimoniales relevantes, interesando autorización judicial en venta de bienes. Aceptación de herencia, etc.

Terminó el ponente su amena y brillante ponencia, manifestando textualmente: "Ahora todo en el mundo de la discapacidad está al revés. Pero ahora está bien. Se le ha dado a los discapacitados la dignidad de persona y los apoyos necesarios para su vida".

Una Cuarta ponencia impartida por **Doña Margarita Pérez Salazar**, magistrada. Juez del juzgado de Primera Instancia nº 10 de Navarra de Familia y Protección del Menor de Pamplona, abordo una ponencia de candente actualidad y de gran repercusión jurídica tras la reforma de la Ley Orgánica 8/ 2021. "Reformas legales en guarda, es-

tancias, comunicaciones, atribución del derecho de uso de la vivienda.", de manera brillante, didáctica y clarificadora, en la que desgranó con una magistral claridad la reforma de la Ley Orgánica 8/ 2021 de protección integral de la infancia y la adolescencia.

Abordando los objetivos de la reforma, como es garantizar los derechos fundamentales de los niños y adolescentes de manera integral, con 5 puntos básicos: la sensibilidad, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño. Así como la erradicación de la violencia (artículo 2 de la Ley Orgánica) y mantener el menor las relaciones familiares.

Existiendo en la Ley Orgánica 8/2021, 3 artículos importantes:

- Artículo 26, promoción de la corresponsabilidad parental y dad positiva.

- Artículo 28, dedicado a las situaciones de ruptura.

- Artículo 29, dedicado a las medidas concretas en situaciones de violencia.

La modificación del artículo 92 del C.C. respecto de la resolución motivada en interés del menor. Y Asimismo, indicar que en la ley 17/2021 sobre régimen Jurídico de los animales también fue modificado este artículo 92.

La reforma del artículo 154-3 del C. C., en el que solo se cabe modificar la residencia del menor por el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

La reforma del artículo 158 del C.C, posibilidad de limitar la comunicación del menor, con medida cautelar de la suspensión del ejercicio de la P.P, guarda y del Régimen de visitas y comunicaciones

La modificación del artículo 544 ter de la L.E.Cr., modificación de la orden de protección con el carácter imperativo. no fijará visita, estancia, comunicaciones con hijos menores o con discapacidad, o si hay indicios fundados de que haya presenciado o sufrido o convivido con violencia. De otro lado, la fijación de la visita y estancia puede mantenerse por resolución motivada en interés superior del menor, previa evaluación de la relación paterno filial.

También hizo referencia a las conclusiones adoptadas en el Seminario de Fiscales Delegados de Violencia, celebradas en Noviembre de 2021.

Abordo igualmente, la modificación del artículo 57 del C. P., la pena de prohibición de residencia, comunicar o alejamiento del artículo 48 del C..P.

En el delito contra las relaciones familiares del artículo 217 a 233 del C. P. y en especial, referencia al delito de impago de pensiones del artículo 277 o la sustracción de menores del artículo 215 del C. P.

En el ámbito civil, la modificación de la audiencia Art. 94 del C. C., en el sentido de no proceder al establecimiento de régimen de visitas o estancias, del progenitor. Y si existiera se suspenderán respecto del progenitor en los supuestos en los que vienen específicamente regulado en dicho precepto.

La asistencia y protección del menor.

La reforma del Art. 96-1 y 6 del C.C., el límite legal de uso de la vivienda familiar, cuando el último de los hijos alcance la mayoría de edad y en el caso de hijos con discapacidad, las previsiones posibles.

Concluyó sistematizando las otras reformas RECIENTES:

- Artículo 807 de la L.E.C., la competencia del Juzgado de Violencia de Género, para liquidación de la sociedad económico matrimonial.

- El artículo 808 y 810 de la L.E.C., qué legítima expresamente al heredero para solicitar la formación de inventario y la liquidación posterior.

- Reforma de la Ley 17/2021 sobre régimen jurídico de los animales. Modifica el artículo 91 en relación con el artículo 92 del C.C., estableciendo las limitaciones para la guarda compartida por antecedentes de maltrato animal o amenazas de causarlos.

- Artículo 94 del C. C., establecimiento de la forma de relación con el animal y el reparto de cargas asociadas a su cuidado.

- El artículo 103-1-bis C.C., en medidas de provisionales debe el juez pronunciarse a que cónyuge se confía el cuidado del animal doméstico y las medidas cautelares que conserva el derecho de cada uno.

- Artículo 771-2 y artículo 774 LEC.

Concluyendo su didáctica y rigurosa ponencia con las herramientas y posibles recursos a utilizar en estos supuestos.

Continuaron las jornadas con la Quinta y última ponencia de la mañana del viernes por el Magistrado de la Sala de lo Penal, **D. Juan Ramon Berdugo de la Torre**, "Mesa del Tribunal Supremo. Sentencias del ámbito Penal en derecho de familia." que analizo la Jurisprudencia penal en materia de familia, haciendo un recorrido sobre las más importantes y más reciente Jurisprudencia del TS, en el ámbito penal, haciendo un exhaustivo y riguroso estudio de los delitos de impagos de pensiones, centrándose en el estudio del bien jurídico protegido de este delito de impago de pensiones.

El tipo objetivo: Delito de omisión, elemento temporal: (la consumación). Prestaciones económicas incluidas, con-

venio judicialmente aprobado resolución judicial.

El tipo subjetivo: la capacidad económica y la carga de la prueba de dicha capacidad, el dolo y el error.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, tanto agravante, atenuante y parentesco.

La responsabilidad civil.

Concluyó su exposición, haciendo un estudio de la Jurisprudencia más relevante de la Sala Segunda del TS , en materia de Derecho de Familia:

- En el delito de impago de pensiones. Haciendo especial referencia a la St. 346/2020, de 25 de junio; St.348/2020, de 25 de junio; St. 239/2021, de 17 de marzo y St. 364/2021, de 29 de abril.

- La dispensa de declarar del artículo 416 L.E.CR. St.1010/2012, de 21 de diciembre; St. 257/2021 de 28 de mayo y St. 114/ 2021, de 11 de febrero.

- Las agravantes de parentesco y tipo agravado del artículo 148 -4 C.P. y la problemática del noviazgo.

- La agravante de género y la compatibilidad con el parentesco. Haciendo una especial reseña de la sustracción de menores y la Sentencia de Juana Rivas St 339/2021, de 23 de abril.

- El maltrato en el ámbito familiar y el derecho de corrección. La St. de Pleno 654 /2019 de 8 de enero.

A pesar de la rigurosidad de la exposición y novedad de tema, los asistentes nos quedamos impresionados de la magistral ponencia, pues en estas Jornadas de la AEAFA de Cordoba, hemos tenido la primicia de abordar una mesa penal del TS, con un Magistrado que auguramos será invitado a más jornadas de AEAFA.

Las Jornadas finalizaron la tarde del viernes, con un Foro Abierto muy interesante y muy práctico el que magníficamente dirigió **D. Francisco Salinero Román**, Magistrado, Presidente de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, el cual intervino junto con **Dª. Cristina Ruiz Rodríguez**, Fiscal adscrita a la Fiscalía de Violencia de Genero y Familia y nuestra Delegada **Dª. Mª Rosario Martos Molero,** en el que resolvieron las preguntas formuladas por los asistentes sobre temas relacionados con los asuntos tratados en las diferentes ponencias, resolviendo cuestiones con las que a diario los Abogados de Familia nos encontramos en los Tribunales, concluyendo a las 8 de la tarde.

Al finalizar la jornada del jueves pudimos disfrutar de un paseo por los lugares más representativos de Córdoba, en los que había instaladas Cruces de Mayo, como la Plaza de San Andrés, Palacio de Viana, Iglesia de Santa Marina y la Plaza de los Marqueses de Priego con el monumento al torero Manolete, la cuesta del Bailío y la plaza del Cristo de los Faroles, el Palacio de Torres Cabrera y la Casa del Gran Capitán, Hoy Hotel Hospes El Bailio y la plaza Cardenal Salazar y finalmente cena en “el patio del Real Circulo de la Amistad” donde pudimos de forma distendida disfrutar de un lugar y entorno emblemático, amenizado con guitarra española y del esperado reencuentro con buenos y queridos amigos y amigas a los hemos ido sumando gracias a la AEAFA y con los que vamos creando, estrechado y renovando inquebrantables lazos de afecto y amistad.

A medio día del Viernes 29 de Abril, tras la conclusión de la mañana, pudimos degustar de una copa de vino ofrecida generosamente por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Montilla-Moriles, de la mano de **D. Rafael Fernández**, Venenciador oficial de la DOMM y el disfrute de un jamón ibérico de bellota 100% ofrecido generosamente por el cortador oficial, COVAP referente en productos ibéricos de alta calidad de la provincial de Cordoba.

Asimismo, no podemos concluir estas crónicas sin hacer mención. A los agradecimientos, a la técnica de la Oficina de Turismo de Córdoba de la Junta de Andalucía, **Doña Manuela Mariscal Peña**, que nos hizo vivir un paseo lleno de sensaciones, leyendas y color por el recorrido histórico de Córdoba. Así como el material turístico entregado..

A la librería Legis, por su colaboración generosa y gestión con la editorial Lefebvre en el material entregado a los asistentes de nuestras jornadas.

A la Editorial jurídica Sepin por la colaboración en la entrega de bolsa y cuaderno jurídico de familia del primer trimestre de 2022, así como su presencia en nuestras jornadas.

Concluimos las jornadas, tras conocer el fallecimiento en la tarde del viernes del que fue Presidente de Honor de la AEAFA, **Don Luis Zarraluqui**, últimas jornadas en vida, del que fue el creador e impulsor de la AEAFA, así como del desarrollo de jornadas de formación en nuestra asociación. Tras ponerlo en conocimiento de todos los asistentes y antes de la clausura de las jornadas, se guardó un minuto de riguroso y sentido silencio por el fallecimiento de una figura, emblemática, paternal y tan extraordinaria y relevante para nuestra asociación, que concluyó su vida, como el hubiese querido, en plena actividad de la AEAFA, pues ese viernes 29 de Abril, no solo estaban celebrándose las jornadas de Derecho de Familia de Córdoba, también las Primeras Jornadas de AEAFA de Zaragoza, así como la intervención de nuestra Presidenta **Dª Mª Dolores Lozano**, en el II Congreso de la Infancia y Adolescencia celebradas ese mismo día en Barcelona.

Acompañamos como Anexo Documental a estas crónicas, reportaje fotográfico de nuestras jornadas.

Unas magníficas y fructíferas Jornadas de Derecho de Familia, con un balance absolutamente satisfactorio, no sólo por el éxito total de convocatoria y participación sino porque se ha impartido ponencias de un alto nivel y con unos ponentes brillantes, y como broche final la satisfacción y el reconocimiento de todos los compañeros y compañeras que sin su asistencia y presencia las Jornadas de Derecho de familia no serían posibles. Muchas gracias.

Córdoba, Mayo de 2022.

Delegación AEAFA Córdoba.

IBIZA

Jornadas de Derecho de Familia
5 y 6 de mayo de 2022

IBIZA, EIVISSA, fue el escenario durante los días 5 y 6 de Mayo de las PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA, las cuales fueron organizadas conjuntamente, por vez primera, entre la AEAFA y la SCAF, bajo la dirección y coordinación de **D.ª Fanny Cardona**, Abogada ejerciente en Ibiza, Letrada del ICAIB y miembro de ambas asociaciones.

El Mar Mediterráneo, las vistas a Dalt Vila y esa luz tan especial que tiene Ibiza, presidieron las magníficas ponencias y los gratos momentos de compañerismo y ocio.

Mas de 200 abogados especialistas en derecho de familia procedentes de diferentes puntos del territorio nacional y del extranjero se dieron cita en ese marco incomparable que es el Hotel Torre del Mar Playa D´en Bossa, sede del encuentro.

Merece ser destacada la numerosa presencia en estas Primeras Jornadas de los miembros de la Judicatura, Fiscalía, Letrados de la Administración de Justicia de Ibiza, así como representantes del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares.

Las instituciones Insulares y Municipales, Consell Insular d´Eivissa y Ajuntament d´Eivissa se implicaron profundamente desde la gestación de estas Primeras Jornadas de Derecho de Familia, de ahí que hayan tenido un rango marcadamente institucional. Sin duda ha constituido un acontecimiento nacional del Derecho de Familia y un evento único para ambas asociaciones.

En el ámbito privado, merece destacar la colaboración de firmas pertenecientes a diferentes sectores con fuerte arraigo y vínculos con Ibiza, exponentes del trabajo y tesón de las empresas familiares ibicencas.

Se ha trabajado mucho y se ha puesto mucha ilusión para que estas primeras jornadas ibicencas fueran muy especiales, dejaran un grato recuerdo y fueran muestra clara de una intención: la vocación de permanencia. Éstas quieren ser las primeras de muchas. Ibiza quiere ser un referente en el calendario de la AEAFA y SCAF.

Además del aspecto formativo y académico, estas jornadas han tenido un marcado acento divulgativo de Eivissa y de su cultura, poniendo de relieve diferentes aspectos propios de la Isla.

Dentro del aspecto formativo y académico, las Jorna-

das en esta ocasión han girado en torno a los DIFERENTES REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES, SU NECESIDAD Y FUNCION, TENIENDO EN CUENTA LA EVOLUCION DE LA SOCIEDAD.

Temática de candente actualidad que ha pretendido estar en consonancia con las conclusiones del Encuentro con la Abogacía en Derecho de Familia y gabinetes técnicos de psicología jurídica del menor y forense organizado por el CGPJ en Madrid durante el mes de Octubre de 2.019.

Efectivamente, la vida en común, ya sea como cónyuges o como pareja, origina unas importantes consecuencias en el orden patrimonial, ya sea entre los propios miembros, ya respecto de terceros, que se manifiesta en una proyección del derecho interregional o interestatal como del Derecho Internacional Privado.

El solemne acto inaugural corrió a cargo del Hnble. Sr. **D. Vicent Marí Torres**, President del Consell Insular D´ Eivissa; **Dña, Mariló Lozano**, Presidenta de la AEAFA, Dña. Mercè Mira , Presidenta de la SCAF, y **Dña. Fanny Cardona**, abogada directora y coordinadora de dichas Jornadas. A lo largo de su discurso, el President del Consell Insular d´Eivissa alabó la iniciativa y manifestó abiertamente su apoyo a la celebración de futuras jornadas pues situan a Eivissa en primera línea desde el punto de vista cultural, intelectual y turístico. Por su parte, **Dña. Fanny Cardona** reivindicó, con especial énfasis, la idiosincrasia de Ibiza y la conexión con la materia de las Jornadas por la importancia que tiene la familia en la sociedad, cultura y tradición ibicencas que se materializan, como no, en el ámbito de nuestras

peculiares instituciones autóctonas de derecho foral y en su población. Asimismo, quiso tener un especial recuerdo para **D. Francisco Vega Sala**, expresidente de la AEAFA y SCAF, quien lamentablemente no pudo asistir al encuentro y cuyo ferviente deseo era poder celebrar unas jornadas conjuntas. También a instancias de la presidenta de la AEAFA, **Dña. Mariló Lozano**, se recordó al tristemente fallecido D. Luis Zarraluqui, expresidente de la AEAFA, guardando entre los asistentes un minuto de silencio in memoriam.

Concluida la apertura, dio comienzo la primera ponencia " La determinación del régimen económico matrimonial. Capitulaciones Matrimoniales, régimen legal supletorio" a cargo del Notario de Santa Eulalia del Rio (Ibiza) **D. Fernando Ramos Gil**. Para su presentación, Dña. Fanny Cardona cedió la palabra al Magistrado Decano Juez de los Juzgados de Ibiza, y Juez Titular del Juzgado de Violencia, **D. Juan Carlos Torres Ailhaud**, no sin antes solicitarle directa y abiertamente su apoyo para la creación en Ibiza de un Juzgado Especial de Familia y de un equipo psicosocial. Fue el Sr. Torres quien procedió a presentar al ponente **D. Fernando Ramos**, quien desarrolló una ponencia digna de elogio, partiendo de una visión histórica para abordar la necesidad de la publicidad, inscripción, obligatoriedad o voluntariedad y determinación del régimen económico matrimonial, entre otros numerosos aspectos.

La segunda y última ponencia del jueves dia 5 corrió a cargo de **D. Federico Garau Sobrino**, eminente Catedrático de Derecho Internacional Privado de la UIB. Una brillantísima ponencia que todos los asistentes siguieron

Dña. Beatriz Verdera Izquierdo, Catedrática de Derecho Civil de la Universitat de les Illes Balears, **Doña Sonia Alvarez Gómez Abogada** y Vocal de la Junta de la SCAF y **D. Gonzalo Pueyo Puente** Abogado y expresidente de la AEAFA fueron los encargados de defender la primera ponencia del viernes día 6, bajo el tituto "La Compensación Económica en los regímenes de separación de bienes".

Sus intervenciones, respectivamente, se centraron en abordar los diferentes aspectos relativos a los regímenes de separación de bienes en Baleares, en Cataluña y el sistema general recogido en el Código Civil estatal.

Las brillantes exposiciones a cargo de ponentes de tan alto nivel y el hecho de que en una misma ponencia se efectuara un estudio comparativo de la regulación y efectos del régimen de separación de bienes en orden a la compensación, desde la vertiente balear, catalana y estatal, resultó ser muy práctico y enriquecedor.

Después de unos minutos de pausa-café donde los asistentes, con vistas al mar, pudieron degustar un desayuno a base de sabrosas cocas ibicencas y pastelería, continuamos con nuestras ponencias.

Dña. Olga Cardona Guasch, Profesora de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares, abogada, nacida en Ibiza, e ibicenca hasta la médula, como así puso de manifiesto en su ponencia del viernes días 6 a las 12.30 hs., nos introdujo de forma ágil, eficaz y brillante en el Derecho de Crédito y Reintegro en el Régimen de Separación de Bienes. Para ello, como consideraciones generales, se refirió a la pluralidad de regímenes económicos de separación de bienes, pasando por la comunidad de los intereses patrimoniales y separación de bienes, para posteriormente profundizar minuciosamente en aquellos conceptos por los que pueden exigirse créditos y reintegros, con abundantes referencias a doctrina y jurisprudencia del TS, siendo enormemente interesante el apartado relativo a los "préstamos no evidentes " entre cónyuges o cómo desvirtuar la presunción de donación.

Acto seguido, todos los asistentes al congreso pudimos disfrutar gratuitamente de la comida de compañerismo "Sabors D`Eivissa"en el comedor del Hotel Torre del Mar. Momento ideal para conocer compañeros, cambiar impresiones y comentar los contenidos de las ponencias. También para disfrutar en un ambiente relajado de una sa-

brosa y abundante comida con un marcado sabor ibicenco. Productos locales, aromas y vinos de la Isla fueron los protagonistas.

A las 16.30 hs. dio comienzo la penúltima ponencia a cargo de **Dña. Beatriz de Pablo Murillo** Abogada y Vocal de la Junta directiva de la AEAFA y Dña. Maria Cristina Chárlez Aran, Abogada de Zaragoza. Bajo el título de "Otros regímenes económicos matrimoniales".

Dña. Beatriz Pablo Murillo acercó a los asistentes la Ley Foral 2/2019 de 4 de Abril de modificación, actualización de la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, donde se regulan los regímenes económicos matrimoniales que coexisten en la actualidad, con especial referencia a las capitulaciones matrimoniales, la sociedad conyugal de conquistas, la comunidad universal de bienes y el régimen de separación de bienes.

Por su parte, **Dña. Maria Cristina Chárlez Arán** nos introdujo en el Código de Derecho Foral de Aragón y sobre la base de los artículos 183 al 270 efectuó una breve referencia a la regulación de los efectos generales del matrimonio en cuanto al domicilio familiar, capítulos matrimoniales, la separación de bienes, el consorcio conyugal, bienes comunes privativos, deudas comunes y privativas, gestión y disolución del consorcio.

Las ponentes con sus magníficas exposiciones sobre la regulación de los sistemas económicos matrimoniales de Aragón y Navarra cerraron el círculo. Con ello tuvimos una visión completa y global de prácticamente la totalidad de los sistemas legales de regímenes económicos matrimoniales que coexisten en nuestro territorio.

Dña. Maria Angeles Parra Lucán, Magistrada del Tribunal Supremo, fue la responsable de poner final brillante al ciclo de ponencias . Bajo el título " Las Cuestiones Procesales en la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales" contamos con el enorme privilegio de adentrarnos de su mano, entre otros muchas vertientes, en la regulación legal y jurisprudencial de la autonomía privada, los acuerdos de los cónyuges en la liquidación; el procedimiento liquidatorio del régimen económico matrimonial, dentro de cuyo aspecto puso de relieve la STS 375/2021 de 1 de Junio, sobre la responsabilidad del abogado de estar atento a la aplicación adecuada de las normas de competencia, dada su transcendencia en la defensa de los

intereses de los clientes.

Como no podía ser de otra manera, al finalizar la ponencia los asistentes se apresuraron animadamente a formular preguntas a **Dña. Maria Angeles Parra Lucán**, a las que respondió generosa y sabiamente nuestra Magistrada hasta agotar el tiempo.

Se ha de poner de relieve que tanto en esta ponencia como en las que le precedieron, el auditorio evidenció un notable interés en la temática planteada, a juzgar no solo por el extenso número de peguntas formuladas a los ponentes sino por su contenido.

A las 19,30 hs. estaba prevista una mesa redonda muy esperada e interesante a cargo de **D Francisco Vega Sala** Expresidente de la AEAFA y de la SCAF y Dña. **Carmen Lopez-Rendo Rodriguez**, Abogada y Tesorera de la AEAFA, bajo el tema ¿Es necesario un régimen económico matrimonial?

Debido a la imposibilidad de asistir de D. Francisco Vega, solo cambió apenas el formato, pues **Dña Carmen Lopez- Rendo** expuso cual era su criterio, defendiendo de manera vehemente la necesidad de tal régimen y la bondad del régimen de gananciales frente a cualquier otro, remontándose a la regulación legal histórica contenida en el sistema de Derecho Romano. Por su parte, tuvo la oportunidad de exponer a los asistentes cual era el criterio de D. Francisco Vega, radicalmente opuesto, como no podía ser de otra manera, que abogaba por la innecesariedad de

un régimen económico matrimonial, sobre la premisa de la libertad de disposición de los contratantes, libertad que no puede verse coartada por indicaciones o limitaciones de los poderes públicos.

Las jornadas ponían fin a su andadura. Y para clausurarlas con un broche de oro tuvimos el honor de contar con la presencia del Ilmo. Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Ibiza, **D. Rafael Ruiz Gonzalez**, quien en su discurso de clausura felicitó a la organización y asistentes por las Primeras Jornadas de Derecho de Familia en Ibiza, mostró en nombre de Ayuntamiento de Ibiza su total apoyo a seguir auspiciando posteriores ediciones, y acercó a los presentes nuestra joya Patrimonio de la Humanidad, Dalt Vila y recinto amurallado. Deseando que disfrutaran tanto la visita guiada como del coctail-cena en el Baluart de San Pere, gentileza del Excmo. Ayuntamiento de Ibiza.

No solo aguardaba el recinto amurallado, también lo hacia la "COLLA DE SA BODEGA" de Ball Pagés, quienes al son seco de tambores, de castañuelas, sonido dulce de flautas, xeremies, y gracias a la generosidad del Excmo. Ajuntamiento de Eivissa, dieron la bienvenida a los asistentes al pie de las murallas.

El ball pagès, declarado Bien de Interés Cultural Inmaterial, es la danza tradicional de Las Pitiusas, de origen muy remoto. Es un baile milenario de cortejo, con claras influencias catalanas y árabes. No sólo el ball pagès tiene una gran importancia a nivel cultural, sino todo lo que le rodea, como los instrumentos musicales únicos, las canciones, trajes y joyas de gran riqueza y complejidad.

Concluida la Primera Jornada de Derecho de Familia en Ibiza, la organización está plenamente satisfecha con su resultado pues la intención inicial de aunar con calidad el aspecto académico, cultural y de ocio, se han visto cumplidos con creces, y ello gracias a la inestimable colaboración de instituciones públicas y empresas privadas que nos han apoyado; al nivel sobresaliente de los Ponentes que han intervenido abordando diferentes aspectos de un tema tan apasionante como son los regímenes económicos matrimoniales, y al gran número de asistentes que se han dado cita en este Encuentro.

Siempre luchando por la especialización del derecho de familia y por la jurisdicción especializada, estamos ya pensando en la próxima edición para la que esperamos contar con todos los compañeros que nos han acompañado y con aquellos otros que se animen a viver esta experiencia.

HASTA SIEMPRE. OS ESPERAMOS EN IBIZA PARA LA PRÓXIMA JORNADA.

FANNY CARDONA

CÁCERES

Jornadas de Derecho de Familia
2 y 3 de junio de 2022

Los días 2 y 3 de junio se celebraron en Cáceres en el incomparable Complejo San Francisco de Cáceres, las II Jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Colegio de Abogados de Cáceres en colaboración con la Asociación Española de Abogados de Familia. La directora de tales Jornadas ha sido **Doña M. Isabel Sánchez Martín** (abogada miembro de la AEAFA, Presidenta de la Comisión de Familia del Ica Cáceres y diputada 2ª del Ica Cáceres).

El acto de inauguración corrió a cargo del Sr. Decano del Ica Cáceres, **Don Juan José Flores Gómez** agradeciendo la colaboración prestada desde la Aeafa que ha hecho posible este proyecto así como el intenso trabajo realizado desde la Comisión de Familia durante meses y poder así ofrecer al colegiado la necesaria formación y actualización en materia de Derecho de Familia, e igualmente reclamó la urgencia y necesidad de contar con Juzgados especializados en la provincia de Cáceres y la Sra. Vicepresidenta de la Aeafa, **Doña María Pérez Galván**, llenándonos de su habitual entusiasmo en esta materia, y recordándonos que el concepto de abogado matrimonialista ya pertenece al pasado, debiendo hablarse en la actualidad de abogado de Infancia, Capacidad y Sucesiones.

La primera ponencia bajo el título: "CRITERIOS AP CÁCERES EN MATERIA DE PENSIONES COMPENSATORIAS EN RÉGIMEN DE GANANCIALES Y COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIOS EN SEPARACIÓN DE BIENES DEL ART. 1438 CC." fue impartida por **Don Joaquín González Casso** (Presidente de la Audiencia Provincial de Cáceres), el cual analizó con gran claridad citando numerosas sentencias de la Audiencia Provincial que preside, los criterios más importantes en esta materia, tal como que, las pensiones compensatorias vitalicias sólo se conceden en mayores de 65 años en situaciones muy desfavorecidas.

Tras un breve descanso para un café e iniciar primeros contactos entre asistentes y ponentes, continuamos con la segunda Ponencia, "HIJOS MAYORES EN PROCESOS DE FAMILIA" a cargo de **Don Ángel Luis Campo Izquierdo** (Magistrado de la sección Nº 24 de la Audiencia Provincial de Madrid) que con gran dinamismo iniciando un coloquio desde el principio con los asistentes, expuso las cuestiones más relevante con numerosos casos prácticos en relación a los hijos mayores, así destacó que no debemos olvidar que los hijos mayores de edad si trabajan, de acuerdo al art. 155 CC, están obligados al levantamiento de las cargas de la familia.

Iniciamos la Jornada de tarde del día 2 de junio ya con la sensación tras finalizar la de la mañana, que se estaban cumpliendo las expectativas creadas entre los asistentes, entre los que había surgido ya un ánimo de compañerismo que reinó los dos días. A estas II Jornadas acudieron más de 150 compañeros no sólo de Cáceres, sino también de otros puntos de España, como Badajoz, Toledo, Salamanca, Madrid, Soria o Valencia y, Jueces y Fiscales de Cáceres y de otras provincias.

La tercera ponencia, "LOS MENORES EN EL PROCESO DE FAMILIA" fue impartida por **Doña Cristina Mendigutía de La Cruz** (Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Olivenza y adscrita temporalmente al Juzgado especializado de Violencia sobre la Mujer de Cáceres). A lo largo de la misma, desgranó los puntos más importantes de los menores en los procesos de Familia; cómo se lleva a cabo una exploración de menores, si a los menores de seis años su opinión es tenida en cuenta… Tras esta ponencia, tuvo lugar un coloquio rico en preguntas y respuestas.

Finalizamos la primera jornada con la cuarta ponencia

programada, "LA FAMILIA MULTIESPECIE" por **Don Luis Romualdo Hernández Díaz- Ambrona** (Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz). Son muchas las dudas que se nos plantean a los abogados en todo lo relativo a la reciente reforma del Código Civil por la Ley 17/2021 de 15 diciembre, otorgando a los animales la condición de seres sensibles. No había mejor ponente para resolvérnoslas que **Don Luis Romualdo Hernández Diaz Ambrona**, ya que, de forma dinámica, clara y con numerosos casos prácticos e iniciando un fructífero debate con los presentes, nos fue aclarando cuestiones tales cómo valorar el bienestar animal, si es posible pedir custodia compartida de un animal de compañía, cómo solicitar medidas al respecto en caso de ruptura de pareja…Esta reciente reforma legislativa tendrá una importante proyección teniendo en cuenta que cada vez son más las "familias multiespecies".

La mañana del día 3 de junio, viernes, comenzó con "LA INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 8/21, DE 4 DE JUNIO Y LA LEY 8/21, DE 2 DE JUNIO, EN EL RÉGIMEN DE VISITAS a cargo de LA INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 8/21, DE 4 DE JUNIO Y LA LEY 8/21, DE 2 DE JU-

NIO, EN EL RÉGIMEN DE VISITAS" por **Doña Pilar Martín Nájera** (Fiscal de Sala de la Fiscalía del Tribunal Supremo): De forma amena, dinámica y eminentemente práctica, impartió la referida ponencia ante el interés de los asistentes, aclarando todas las dudas respecto a la regulación de visitas en casos de violencia de género tras la reciente reforma operada en esta materia.

La segunda ponencia de la mañana fue "EL DICTÁMEN DE ESPECIALISTA. LA INTERVENCIÓN DEL EQUIPO TÉCNICO: DOTACIÓN ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL" a cargo de **Doña Marta Grijalba Mazo** (médico forense y asesora de la Dirección General para el Servicio Público de Justicia del Ministerio de Justicia de España). Absolutamente necesario para los abogados de Familia conocer el funcionamiento de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados, por lo que, esta ponencia fue muy celebrada por los asistentes.

Y el broche final para estas II Jornadas organizadas por Ica Cáceres en colaboración con la Aeafa, fue la Mesa Redonda moderada por el Vicedecano del Ica Cáceres, **Don Enrique Pont Sanguino**. La misma estuvo formada por abogados de familia y jueces en la que en unos quince minutos cada uno de ellos expuso distintos temas de interés en Derecho de Familia. Participaron y con los siguientes temas:

- **Doña María Pérez Galván** (abogada de familia y vicepresidenta de la AEAFA: "LOS PACTOS EN PREVISIÓN RUPTURA"

- **Doña Clara Sánchez Urbano** (Magistrada- Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Coria del Río): "ART. 225 BIS DEL CÓDIGO PENAL"

- **Don Siro Sánchez-Escobero Fernández** (abogado del ICAC): "EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS MAYORES DE EDAD."

- **Doña Ana Isabel Plasencia González** (abogada deL ICAC): "COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN DIVORCIO DE EXTRANJEROS."

- **Doña Lourdes Barroso González** (Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Plasencia, Jueza Decana de Plasencia): "REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD."

No podía haber mejor cierre para estas Jornadas, que esta Mesa Redonda. Durante más de dos horas que a todos los asistentes nos pareció mucho menos por lo ameno de lo debatido y tratado, tras la intervención de los cinco ponentes, tuvo lugar un intenso coloquio entre éstos y los asistentes. Finalmente, estas II Jornadas fueron clausuradas con unas breves y cariñosas palabras de la Sra. Vicepresidenta de la Aeafa, d**oña María Pérez Galván** y el Sr. Vicedecano del Ica Cáceres, **Don Enrique Pont Sanguino**. ¡Nos veremos en las III Jornadas de Familia en Cáceres el próximo año!.

SANTANDER

Jornadas de Derecho de Familia
16 Y 17 de junio de 2022

Santander: La calidad de las ponencias sorprende a los asistentes

La respuesta de los asistentes a las jornadas de Derecho de Familia de Santander fue unánime: "El contenido de las ponencias ha sido un acierto". De este modo se puede resumir el encuentro que tuvo lugar los días 16 y 17 de junio en la capital cántabra dirigido por la Tesorera de la AEAFA y profesora de la Universidad de Oviedo, Carmen López-Rendo.

A la satisfacción de los inscritos se sumó una amplia cobertura informativa por parte de los principales medios de la ciudad. El Diario Montañés, el servicio territorial de Televisión Española, la Cadena Ser, Onda Cero, Europa Press y Popular Televisión, entre otros, se hicieron eco de las jornadas mediante entrevistas en profundidad.

El encuentro celebrado en el Palacio de Exposiciones y Congresos de Santander comenzó con el acto inaugural a cargo del decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria, **Andrés de Diego Martínez**, la presidenta de la AEAFA, María Dolores Lozano, el concejal de Familia, Servicios Sociales, Igualdad y Autonomía Personal, **Álvaro Lavín Muriente**, y la directora del congreso, **Carmen López-Rendo**.

Momento para la reivindicación

Durante la inauguración, **María Dolores Lozano** y **Carmen López-Rendo** incidieron en la necesidad de una especialización de los juzgados en Infancia, Familia y Capacidad y de todos sus operadores jurídicos. "Cantabria solo dispone de 2 juzgados de Primera Instancia especializados en asuntos de Familia, lo que deja a cerca de la 55% la población de la Comunidad, unos 320.388 residentes, sin acceso a este tipo de servicio público cualificado para resolver cuestiones tan delicadas como el divorcio, la custodia de los hijos, la herencia o la tutela y protección de personas con discapacidad", recordó López-Rendo. "La situación se agrava en los partidos judiciales de Santoña, Laredo, Torrelavega, Castro Urdiales, San Vicente de la Barquera, Medio Cudeyo y Reinosa, donde el 100% de la ciudadanía se ve privada de esta especialización. Todos los juzgados de Familia de la Comunidad se encuentran concentrados en el partido judicial de Santander, en detrimento de los siete restantes", apostilló.

A continuación, dio inicio la primera ponencia titulada 'Crédito inmobiliario, proceso matrimonial y Derecho de Uso', a cargo del presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria, **José Arsuaga Cortazar**. Durante su exposición, hizo una pormenorizada revisión de la jurisprudencia más relevante. El abanico de supuestos que la práctica plantea en cuanto a la contratación del préstamo hipotecario y la titularidad de la vivienda, unido a las particularidades que presenta cada régimen económico matrimonial, hacen especialmente complejo abordar el problema que suscita el pago del préstamo hipotecario cuando además sobreviene la crisis conyugal. En estos casos, lo habitual es que reste una importante deuda pendiente del préstamo garantizado con hipoteca que grava la vivienda familiar.

Con relación a la reclamación procesal de los reembolsos, Arsuaga aludió a la reciente sentencia del TS 10/01/2022. El Alto Tribunal señala que, en virtud de la libertad de pactos prevista en el art. 1323 C.C., un cónyuge puede atribuir carácter ganancial a bienes privativos, lo que se conoce como negocio de aportación, de modo que

los bienes pasan de una masa patrimonial a otra. Con ello nace un derecho de reintegro o reembolso a favor del aportante por su valor actualizado al tiempo de la aportación.

Las posibilidades que abre la indignidad frente a la desheredación

La segunda ponencia del día, '¿Desheredado o indigno? Causas y efectos', tuvo a la profesora de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, **Clara Gago Simarro**, y a **Carmen López-Rendo** como protagonistas, en una exposición amena en formato de pregunta-respuesta. "Habría que apostar más por la indignidad frente a la desheredación. Hay muchos supuestos donde no se ha otorgado testamento y el causante ha sufrido una situación de enorme vulnerabilidad, engaño o maquinación por parte de unos sucesores que se han comportado de manera inadecuada o han vulnerado el principio de solidaridad familiar. ¿Tendrían derecho a suceder aquellos que no cumplieron con el respeto, el cuidado y la atención hacia el causante? En principio sí porque no hay desheredación. Sin embargo, la indignidad permite privar de los derechos sucesorios", subrayó **Clara Gago**.

Carmen López-Rendo recordó que la indignidad constituye la privación al ofensor de todo derecho sucesorio tras el deceso como consecuencia de alguna de las conductas tipificadas en el artículo 756 del Código Civil: haber sido condenado por sentencia penal firme, estar privado de la patria potestad o removido del cargo de tutor, no haber denunciado la muerte dolosa del causante, haber obligado a modificar las últimas voluntades del causante o no haberle prestado las atenciones debidas.

Durante la exposición, **Clara Gago** también revisó las causas que pueden llevar a un padre a desheredar a un hijo o descendiente y los efectos que provocan la privación de los derechos sucesorios.

La jornada se reanudó por la tarde con la conferencia 'Alienación parental. ¿Mito o realidad?', impartida por el juez de Primera Instancia de Familia de Santander, **Ramón San Miguel Laso**. El juez santanderino repasó la controversia existente acerca del Síndrome de Alienación Parental (SAP). Desde el panorama jurídico-legal, aparece proscrito en la L.O. 8/21 de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia, al igual que en la Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género del CGPJ. En cambio, el TEDH, aunque obvia pronunciarse sobre la existencia del SAP, ha acogido las reclamaciones donde se socava la relación paterno-filial pese a que resultan beneficiosas para el menor.

Del mismo modo, en el plano científico el SAP no aparece en ninguno de los sistemas de diagnóstico de salud mental utilizados por la psiquiatría y psicología modernas, caso de los manuales DSM-V y CIE-11. Sin embargo, sí describen problemas asociados con las interacciones interpersonales en la infancia y los problemas de la relación entre cuidador y niño. En cualquier caso, la conclusión de **Ramón San Miguel** y de buena parte de los operadores jurídicos es que en muchos casos los progenitores, padres o madres indistintamente, utilizan a los hijos como 'arma arrojadiza' e intentan obstaculizar la relación con el otro progenitor, provocando graves perjuicios psicológicos en los niños.

La polémica reforma del art. 94 del CC

El jueves concluyó con la intervención de la magistrada del juzgado de Primera Instancia nº10 de Familia y Protección del Menor de Pamplona, **Margarita Pérez Salazar**, quien analizó las reformas legales en guarda, estancias, comunicaciones y atribución del derecho de uso de la vivienda. La magistrada dedicó una especial atención a la reforma del artículo 94 del Código Civil a través de la Ley 8/2021. La modificación implica que desde el momento en que se incoe un procedimiento penal en virtud de una de-

nuncia por violencia doméstica o de género, no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia y, si existiera, se suspenderá.

Asimismo, aunque no haya un proceso penal iniciado, si la autoridad judicial advierte, de las alegaciones y pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, el progenitor deberá ser privado del régimen de visitas.

Por último, introduce la posibilidad de que, pese a la existencia de un procedimiento penal o de indicios de violencia doméstica o de género, el juez o tribunal pueda establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia, previa evaluación de la situación de la relación paternofilial y en virtud del interés superior del menor o de la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado.

Margarita Pérez-Salazar expresó su preocupación por varias razones:

- "Valorar cada caso es en mi opinión algo esencial. Todo lo expuesto anteriormente en relación con las previsiones de la Ley Orgánica 8/2021 sobre las medidas de prevención y diagnóstico decae en gran medida con preceptos legales que dejan tan poco margen de actuación al juez y que además posibilitan una mayor manipulación de las situaciones familiares existentes".

- "La suspensión de la relación con los hijos comunes puede aumentar la frustración y la rabia, lo que constituye el germen de nuevos y más graves episodios de violencia".

- "Cómo conjugar el proceso civil con el penal y cómo valorar la existencia fundada de violencia de género o doméstica en un proceso civil si no hay proceso penal abierto".

- "Tal vez convenga reflexionar en este punto recordando el contenido de la Exposición de Motivos de Ley 17/2005 que modificó la LEC y el C.C. en materia de separación y divorcio: Cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés."

¿Problemas en las notarías?

La jornada del viernes se inició con la conferencia de la magistrada del Tribunal Supremo **María Ángeles Parra Lucán**, quien repasó la última jurisprudencia del Tribunal Supremo. Parra Lucán examinó una veintena de resoluciones sobre filiación, discapacidad, custodia compartida, pensión de alimentos, autonomía de la voluntad, liquidación de gananciales o derecho de sucesiones. Sobre este último ámbito, citó la STS 419/2022 relacionada con la falta de relación y distanciamiento familiar. "Una falta de relación continuada e imputable al desheredado, ponderando las circunstancias del caso, podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima. Sin embargo, la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, y sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar", advirtió.

En el ámbito de la autonomía de la voluntad, Parra Lucán pronosticó problemas por la manera y las condiciones en que se otorga la escritura ante notario para designar al curador. "En la autonomía de la voluntad hay situaciones que son fronterizas. Puede haber sospechas o dudas sobre la influencia que ejerce el hijo o la hija con el que convive esa persona y sobre el contenido de esas designaciones", dijo. Cabe recordar que la aplicación de la Ley 8/2021, ya en vigor, determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad y se sustituya por la fijación de medidas de apoyo y también la sustitución de la tutela por la institución de la curatela.

El abogado especialista **Jesús Urraza Abad** tomó el testigo de la magistrada del Supremo con una conferencia sobre infracciones penales en materia de Familia. Su exposición exhaustiva al tiempo que entretenida planteó una casuística amplísima. Así, analizó si podemos aportar grabaciones de conversaciones en los pleitos de familia. En este sentido, dijo que la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones "únicamente podrá tener lugar cuando la grabación se realiza por un tercero ajeno a la conversación, pero no en el supuesto de que quien graba es partícipe de la misma".

También se preguntó si se pueden poner micrófonos o cámaras en el domicilio familiar. "Dentro del entorno familiar no es posible la instalación de cualquier artificio técnico de grabación por parte de uno de los moradores sin el consentimiento de los demás", manifestó.

Jesús Urraza suscitó gran interés cuando esbozó los límites en la presentación de documentos en los procedimientos de familia. Como norma general, subrayó, "no podrá aportarse ningún documento que se haya obtenido vulnerando el derecho a la intimidad o privacidad de las personas". A renglón seguido, citó varios supuestos en los que se condenó al litigante por: apoderarse de un pendrive de la esposa conteniendo conversaciones de ésta con terceras personas que entregó a un abogado que las aportó al proceso de divorcio; abrir una carta de la Seguridad Social dirigida a su marido para utilizarla en el proceso de separación; apoderarse de una carta certificada que la Agencia Tributaria había remitido a su exmarido en el domicilio que fue conyugal.

Las Jornadas de Derecho de Familia de Santander con

cluyeron con el Foro Abierto, dirigido por **Carmen López-Rendo,** la abogada **Isabel Bonilla Moreno** y la vicepresidenta de la AEAFA, **María Pérez Galván**. Durante más de una hora los profesionales asistentes y la mesa del Foro respondió a las numerosas preguntas planteadas antes de la clausura a cargo de la presidenta de la AEAFA, **María Dolores Lozano**.

Al margen del intenso trabajo que desarrollaron ponentes y profesionales inscritos, los participantes pudieron disfrutar de unas jornadas de convivencia marcadas por el buen ambiente, una meteorología excepcional y momentos de ocio y gastronomía que puso la guinda a unas jornadas de Derecho de Familia que quedarán para el recuerdo.

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

LAS CRISIS FAMILIARES
TRATADO PRÁCTICO INTERDISCIPLINAR

Director: José Ramón de Verda y Beamonte
Editorial Tirant lo Blanch
2.ª Edición
2022 - 1068 pág.

El presente Tratado se dirige a los Abogados de Derecho de familia, abordando desde un punto de vista práctico la pluralidad de problemas jurídicos a que pueden dar lugar las crisis familiares. Los temas se estudian desde la óptica del que habitualmente se enfrenta a estos problemas ante los Tribunales, proporcionando criterios jurisprudenciales claros para su resolución, con abundantes y exhaustivas referencias a sentencias, pero huyendo de tediosas repeticiones literales de fragmentos de las mismas, que, a veces, caracterizan las obras dirigidas a los prácticos del Derecho. El Tratado, que en esta segunda edición ha sido actualizado, recogiéndose -entre otras novedades- las reformas llevadas a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad, o la Ley 17/2021, 15 de diciembre, en materia de animales, está escrito de manera clara y sencilla y las cuestiones se abordan de manera detallada y sistemática. En él no solo se encuentran las cuestiones civiles más relevantes, tanto desde el punto de vista del Derecho civil común, como foral, sino también las atinentes al Derecho procesal, penal, internacional privado, fiscal o de Seguridad Social. Una obra, en definitiva, imprescindible para quienes operan en el ámbito del Derecho de familia.

PROBLEMAS JURÍDICOS ACTUALES DE LA PATERNIDAD. CONFLICTOS DE PATERNIDADES Y MULTIPARENTALIDAD

M.ª Corona Quesada González

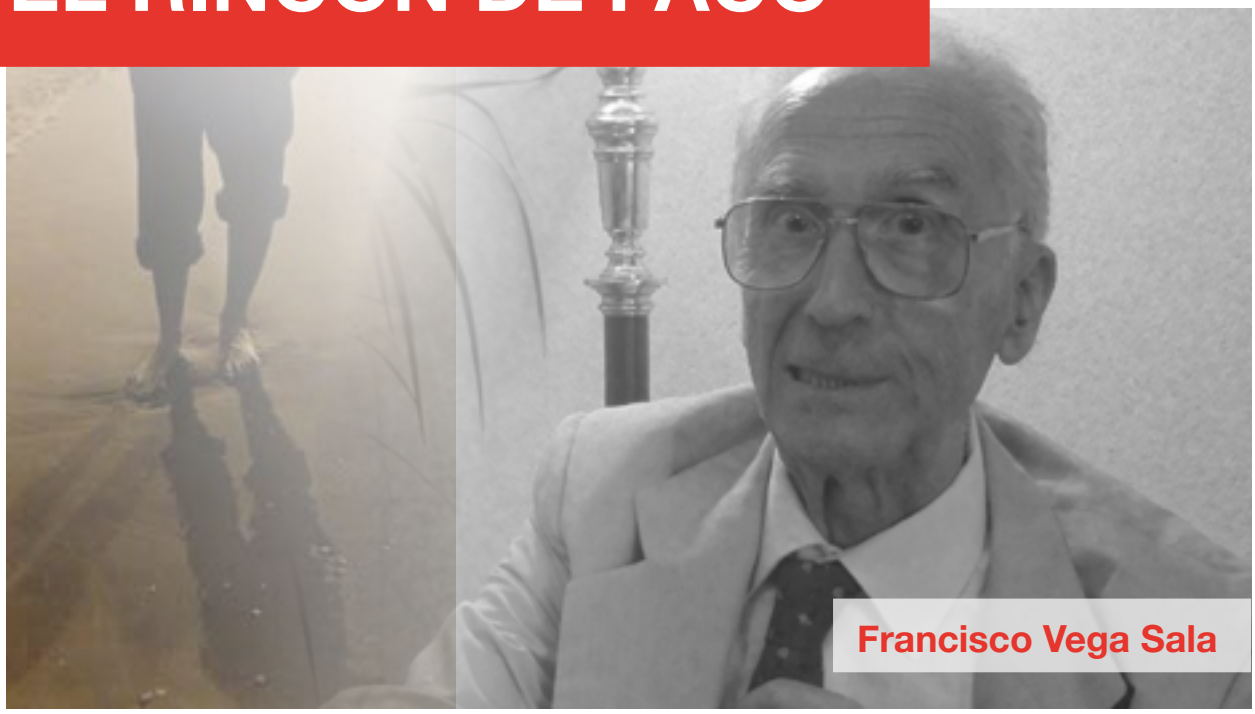
Editorial Atelier

2022 - 160 pág.

La paternidad sigue planteando en la actualidad serios problemas jurídicos a pesar de que los avances científicos y técnicos de las últimas décadas permiten averiguar con un ínfimo margen de error si biológicamente una persona desciende de otra. En esta obra se abordan cuestiones de indiscutible trascendencia práctica, como resulta del gran número de resoluciones de distintos tribunales examinadas, comentadas e interpretadas por la autora, la profesora María Corona Quesada González, que aporta sus conocimientos sobre la materia y su dedicación desde hace muchos años a la misma. Problemas jurídicos actuales que se analizan en este libro -teniendo presentes tanto el Código civil español como el Código civil de Cataluña- son, fundamentalmente: en primer lugar, diferentes conflictos de paternidades, en particular el caso en que el deseo del padre biológico de asumir la paternidad jurídica de su hijo puede colisionar con la posición de otro varón cuya paternidad legal respecto del mismo niño ya está determinada; en segundo lugar, el requisito antes reconocer que reclamar que se exige en el Derecho catalán para que el (supuesto) progenitor pueda ejercitar la acción de reclamación de la paternidad; y en tercer lugar, por lo que se refiere a la cosa juzgada en los procesos de filiación, la posibilidad de revisar sentencias judiciales firmes en las que se declaró (o se confirmó) erróneamente la paternidad y la (defendible) legitimación del hijo para reclamar judicialmente su filiación paterna aunque su madre como representante legal ya lo haya intentado sin éxito.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

"COMO DECIAMOS AYER…"

Que Fray Luis me perdone porque lo que voy a decir no tiene la importancia ni el significado de sus palabras, simplemente es una frase que me permite enlazar con un anterior "Rincón de Paco" en el que me refería al régimen económico matrimonial de participación. En realidad yo no hacía nada más que preguntar si había necesidad de los 24 artículos del Código Civil (del 1411 al 1434) que regulan el régimen de participación, porque, a diferencia de lo que pasa con el régimen de gananciales y con el de separación, no había ningún supuesto, o yo no sabía encontrarlo, que obligase, en determinadas circunstancias a aplicar el régimen de participación. Recordemos que el régimen de gananciales es de obligada aplicación "A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces…" (art. 1316 CC) y el de separación "Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes." (art. 1435,2º CC) y "Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto." (art. 1435. 3º CC).

En estas preocupaciones estaba cuando me encontré con un amigo al que hacía tiempo que no veía y aunque tuvimos una gran amistad durante el bachillerato él se fue después a estudiar ciencias exactas y luego ingeniero de caminos mientras yo me metía en el mundo del derecho. Charlamos mucho, pero lo agradable del encuentro no impidió que mi amigo detectara mi preocupación, la de saber cuándo se tenía que aplicar el régimen de participación. Le confesé que

había leído centenares de veces los artículos 1411 a 1434 CC y no había encontrado ninguno que me diera la solución, ni si quiera una pista y lo lógico era que si estos artículos constituían el Capítulo V del Título III que se intitula "Del régimen económico matrimonial", estuviese entre ellos la norma que buscaba.

"No te preocupes", me dijo él, "Ya verás como lo encontraremos, porque estar estará porque vosotros, los juristas, por escribir no os quedais, lo que pasa es que no escribís con lógica. Di un número, el que quieras" Yo le dije el 1000, por decir. "No hombre no, demasiado cerca. Tiene que ser más alejado. Tu, como buen abogado que eres (lo que supongo me dijo para levantarme la moral) tienes que dar un numero más alejado de lo que sería lógico, por debajo del 100", "¿Por debajo del 100? ¿Con más de mil números de diferencia y me haces pasar del "Libro IV" del Código Civil que trata "De las obligaciones y contratos" al "Libro I" que trata "De las personas?....Pues venga, tu lo dices, lo hago. El 95".

¡Bingo! Dijo él. El art. 95 CC en su párrafo segundo dice: "Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte".

El tema no es fácil ni cómodo. Deben darse todos estos requisitos que, a primera lectura, aparecen:

1º) Que la sentencia sea de nulidad matrimonial, no de separación o divorcio.

2º) La sentencia puede ser civil o canónica. Si es canónica habrá que declarar su ajuste al derecho de l Estado (REINA, Victor, Lecciones de Derecho Matrimonial,I. PPC, Barcelona, p. 233)

3º) Si la mala fe debe declararse en la sentencia ¿deberá pedirse en la demanda de nulidad?

4º) ¿ Y si los dos son de mala fe ? No olvidemos la existencia de la reconvención. Etc.

Los problemas son inacabables. Y las leyes ¿para qué son? ¿Para solucionar los problemas de los ciudadanos o para creárselos?

Y quizás no estaría de más recordar que el Código Civil se publicó el 24 de julio de 1889, es decir, hace 133 años, más de un siglo, y seguro que ni siquiera un visionario soñó con las actuales tecnologías (Julio VERNE no pasó del viaje a la luna). El concepto de familia era muy diferente del existente hoy en dia y podía justificar toda la creación del sistema de los regímenes económicos matrimoniales ¿Pero hoy? No hace muchos días, la inteligente compañera Pilar TINTORE me preguntó cómo creía que iba a desarrollarse, en el mundo que nos toca vivir, el concepto de "familia". No había pensado sobre ello y no le contesté, pero tal vez no me hubiese equivocado si hubiese recordado que vivimos en el mundo de "internet" y que "internet" se define como una "red de redes". A mi modesto entender la esquela que publicó "La Vanguardia" por la muerte del arquitecto BOFILL lo confirma. En este contexto, ¿los regímenes económicos matrimoniales, excepto los primarios que son de orden público, no sobran? ¿No volvemos a Protágoras y podemos decir que "el hombre es la medida de todas las cosas"?

(**Nota del corrector de pruebas de imprenta**: En la última línea, donde dice "hombre" debe leerse "ser humano" o "hombre y/o mujer" o "mujer y/o hombre")

PRÓXIMAS JORNADAS

XXVI JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2022

AEAFA · ICAS

6 y 7 de octubre

LUGAR DE CELEBRACIÓN

Salón de Actos de la Facultad de Derecho
C/ Enramadilla, nº 18-20
(frente Edf. Viapol) 41018 SEVILLA

DIRECTORA DE LAS JORNADAS

D.ª María Pérez Galván
Abogada. Vicepresidente de la AEAFA

JUEVES 6 DE OCTUBRE

16:00 h.
Acreditación y entrega de documentación

16:30 h.
Presentación y apertura

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

D. Fernando Rodríguez Villalobos
Presidente de la Diputación Provincial de Sevilla

D. Óscar Cisneros Marco
Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

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

17:00 h.
Acuerdos prematrimoniales: Una forma inteligente para regular el matrimonio y el divorcio en la sociedad global del siglo XXI

D.ª María José Valverde Martínez
Abogada especialista en Derecho de Familia e Internacional

18:30 h.
Extinción de la pensión alimenticia, efectos retroactivos y cobro de lo indebido

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

21:30 h.
CENA (opcional). Hotel Alfonso XIII

ORGANIZAN

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Abogacía Sevilla

libertas ediciones

VIERNES 7 DE OCTUBRE

10:00 h.
Última Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en materia de Familia
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

11:30 h.
PAUSA

12:00 h.
La experiencia de un Notario en Derecho de Familia
D. Fernando Gomá Lanzón
Notario de Madrid

13:30 h.
PRIMERA COMUNICACIÓN
Deontología del Abogado y conflicto de intereses
D. Óscar Cisneros Marco
Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

14:00 h.
PAUSA

17:00 h.
SEGUNDA COMUNICACIÓN
Cambios tecnológicos y Derecho de Familia. Perspectivas
D. Miguel Salas
Abogado

17:30 h.
TERCERA COMUNICACIÓN
Problemática de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero
D. Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Abogado

18:00 h.
FORO ABIERTO
D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

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

D.ª María Pérez Galván
Abogada de Familia. Vicepresidente de la AEAFA

20:00 h.
CLAUSURA

COLABORAN