

Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

Año XVII Número 65 Julio 2012

A LOS LECTORES

La nueva revista "ABOGADOS DE FAMILIA"

Gonzalo Pueyo Puente
Presidente AEAFA

El 21 de marzo de 1996 apareció el primer número de la revista "Abogados de Familia" fruto del acuerdo alcanzado entre La Ley-Actualidad, S.A. y nuestra Asociación, entonces presidida por nuestro compañero Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, hoy Presidente de Honor. Han transcurrido 16 años y, hasta hoy, han sido 64 números los que han visto la luz mediante su edición impresa.

El acuerdo alcanzado con La Ley-Actualidad S.A. por la Junta que en aquellos momentos tenía la responsabilidad de dirigir la Asociación fue un gran logro pues la AEAFA, si bien creciendo, aún se hallaba en situación casi embrionaria por lo que lograr que una gran editorial depositara su confianza en nuestra asociación para que asumiera la función redactora de la revista y además en las favorables condiciones pactadas supongo que no sería tarea fácil.

Desde entonces la revista ha venido desempeñando un papel que, en un principio, era fundamental pues, además de servir como vehículo de expresión de las distintas opiniones de los asociados a través de artículos doctrinales, era un medio de difusión de resoluciones judiciales destacables.

Hoy corren tiempos bien distintos y a nadie se le escapa que la acuciante crisis por la que atraviesa la economía española, que afecta a todos los sectores, lleva al replanteamiento de objetivos y planificación de estrategias comerciales con una ineludible reducción de los costes de producción. Dentro de este contexto nacional, La Ley-Actualidad Civil, hoy Wolters Kluwer España, S.A., en el ejercicio de sus legítimos derechos asumidos en el acuerdo suscrito con la AEAFA, decidió ofrecer a ésta una novación del acuerdo originario variando sustancialmente sus condiciones principales; condiciones que lamentablemente son

SUMARIO

- 1 Editorial**
- 3 Tribuna abierta**
 - 3** La llamada propuesta de convenio regulador de los arts. 81 y 86 del CC
 - 8** Custodia compartida, vivienda y una Gioconda entretenida.
 - 10** Los Juzgados y Tribunales deben justificar suficientemente la denegación de la custodia compartida
- 12 Jurisprudencia comentada**
- 19 Casos prácticos**
- 21 Legislación**
- 22 Noticario**
- 23 Información bibliográfica**

absolutamente inviables de asumir por la AEAFA.

A la vista de lo anterior, esta Junta directiva ha tomado la decisión de iniciar una nueva andadura para nuestra revista, dándole a la vez un enfoque diferente. Creemos que hoy en día, además de antieconómico, no es operativo ni práctico el editar una revista en papel impreso, con carácter trimestral, que tenga como principal objetivo el publicar y dar a conocer sentencias judiciales transcritas literalmente. Entendemos que este área se halla suficientemente cubierta por medio de nuestra página web, a través de la cual recibimos las más recientes sentencias de nuestros tribunales en un tiempo record gracias al trabajo y el considerable esfuerzo personal que realiza nuestro compañero José Luís Cembrano Reder -siempre faltarán palabras para agradecer lo suficiente su labor- asistido por Fco. Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona. Hoy por hoy la inmediatez de la información jurisprudencial es primordial en nuestro trabajo y ese servicio creemos que ya lo viene prestado, como digo, nuestra página web. Consideramos que ya no resulta práctico que, con tres meses de retraso, la revista informe de sentencias que ya son por todos conocidas.

La suma de estos factores nos ha llevado a la Junta a introducir un cambio radical en el planteamiento de la revista tratando de modernizar la misma. Así, será la AEAFA quien directamente editará la revista en formato digital con una periodicidad trimestral que será difundida a través de nuestra página web a todos nuestros asociados en el área privada de aquélla.

Nuestro objetivo es dotar a la revista un contenido más doctrinal mediante la publicación de los artículos que nos vayáis remitiendo, análisis o comentarios a sentencias que nos enviéis, etc. Igualmente, pretendemos confeccionar una sección de consultas que podréis remitir a la dirección de correo electrónico que os facilitaremos y, en cada número, intentaremos plantear una cuestión de interés procesal o de derecho sustantivo para debatir en el siguiente. La revista servirá igualmente como cauce de comunicación entre la Junta y los asociados y viceversa, mediante su sección de "cartas del asociado" cuya publicación seleccionaremos entre las que nos remitáis. Seguiremos informando de noticias jurídicas de

interés general en el ámbito de Derecho de Familia, manteniendo las secciones de noticias e información bibliográfica. En fin, como digo, es nuestra intención darle un enfoque distinto.

La nueva revista lógicamente lleva un nuevo diseño que responde a la nueva imagen corporativa que queremos dar a la Asociación mediante la renovación de su logo y colores que, poco a poco, iremos implantando y que aquí os presentamos:



Lógicamente, el primer número de esta nueva edición de la revista seguramente tendrá algunas carencias fruto de la inexperiencia pero es nuestro firme propósito el ir dotando a la misma de mayor contenido incluso ampliando sus secciones. Para ello, cómo no, queremos contar con vuestra inestimable colaboración, colaboración que se me antoja imprescindible por lo que os animo a que remitáis a la sede vuestros artículos vuestra opinión, sentencias que estiméis dignas de merecer un comentario jurídico, etc.

No quiero finalizar esta presentación sin agradecer Wolters Kluwer España, S.A. todos estos años de desinteresada colaboración con la AEAFA, el esfuerzo editorial y económico que han desplegado pero, sobre todo, la exquisitez en el trato que siempre nos han dispensado. Por ello no queremos cerrar tras nosotros esa puerta pues es posible que algún día volvamos a pasar por ella colaborando de algún otro modo o forma con esa editorial que tanto beneficio nos ha reportado en orden a la difusión de la labor de nuestra Asociación.

Un abrazo a todos y que aquellos que podáis disfrutéis de vuestras merecidas vacaciones:

*Gonzalo Pueyo Puente
Presidente AEAFA*



LA LLAMADA PROPUESTA DE CONVENIO REGULADOR DE LOS ARTÍCULOS 81 y 86 DEL CÓDIGO CIVIL

Gonzalo Pueyo Puente
Abogado.

Señala Juan Montero Aroca, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su obra “El convenio regulador en la separación y en el divorcio” (Triant Lo Blanch, Valencia 2002) que la expresión convenio regulador debería reservarse, en sentido estricto y con precisión terminológica, para aquellos acuerdos incorporados a un procedimiento de separación o divorcio, redactados conforme a lo prevenido en el art. 90 del CC por imposición expresa del art. 81 y 86 del CC, que finalmente resultan homologados. El referido autor precisa que “lo que los cónyuges hacen es una propuesta de convenio regulador, pero que el mismo solo existe cuando es homologado o aprobado judicialmente, pues si esto no ocurre, ni siquiera existe convenio regulador.”

Esta precisión que realiza el autor señalado es, a mi entender, de capital importancia pues, sumándome al pensamiento de Montero Aroca, esa propuesta de convenio regulador sólo debería surtir efectos si se produce la posterior ratificación de los cónyuges y su homologación judicial por sentencia que ponga fin al proceso al hallarse aquél íntimamente ligado a éste.

Cierto es que existen muchas sentencias que resuelven de modo contrario la cuestión, pero una detenida lectura de aquellas resoluciones pioneras del TS me llevan al convencimiento de que la doctrina desarrollada al amparo de las mismas se ha desviado de lo que era la intención inicial del TS.

Debemos partir de lo que realmente es y consiste la propuesta inicial de convenio regulador que los cónyuges presentan a la aprobación judicial. Este do-

cumento viene confeccionado por la plasmación de una serie de concesiones recíprocas que las partes se hacen entre sí, que forman un conjunto único, un todo del cual no pueden ser desligadas las unas de las otras. Su valoración debe de ser conjunta pues lo contrario equivaldría a desequilibrar las recíprocas concesiones que una y otra parte se han otorgado en aras de alcanzar un acuerdo por el cual regular las consecuencias de su separación o divorcio.

Algo de eso subyace en la sentencia del TS de fecha 05/02/1990 que examinaba la pretensión de uno de los cónyuges de dejar sin efecto una donación causada en el convenio regulador por no ser el instrumento adecuado para ello, según el recurrente. Así nuestro TS señalaba que:

“Ciertamente la denuncia desde el plano formal de los institutos jurídicos es exacta...ahora bien, si esa tesis es predicable de cualquier donación de inmuebles, no obstante, no cabe proyectar su rigor o disciplina en el contrato particular que suscribieron los interesados en 13 de diciembre de 1985, en donde **se ha rubricado su designio determinante de su causa o razón de ser de preparar un convenio regulador de su virtual estado de separación personal y patrimonial, y por ello, se efectúan una serie de recíprocas cesiones de bienes o derechos y se asumen otro tipo de obligaciones como la de otorgar en su caso las escrituras públicas consiguientes según el relato expuesto, por lo que no cabe disociar la eficacia de ese conjunto de pactaciones...**, con lo que no

sólo se rompe el equilibrio prestacional acordado sino que hasta se rompe el presupuesto determinante o base del contrato; la globalidad, pues, de lo así pactado, que reúne todos los requisitos de viabilidad general y no traspasa límite alguno prohibido, conduce a la necesidad de que cada parte cumpla sus compromisos, y ello al margen de que por una particular calificación de una de las prestaciones **-y no se olvide que cada una, en singular, formaban parte de la cadena determinante de la carga prestacional asumida por la contraprestacional recibida**, a la manera de un tránsito de patrimonios afín con la idea de causa referida en el artículo 1.274.1.º del Código Civil- quepa acaso descolgar en un plano meramente formal a la misma de ese “totum” pactado y, entonces, doblegar su eficacia al situarla, exclusivamente, subsumida en una ordenación que no tiene que operar por ese nexo obligacional y por repetido enganche a la serie o proceso de transferencias patrimoniales de que trae origen (y es que, podría decirse, con la doctrina más decantada en nuestro Derecho, que, en puridad, el contrato suscrito entre las partes en 13 de diciembre de 1985, dentro de la atipicidad contractual que rige en nuestro ordenamiento ex artículo 1.255 del Código Civil, más bien se trasluce una manifestación de las llamadas uniones de contratos, en donde con una dependencia de bilateralidad en lo acordado, no desaparece la esencial unidad de contrato o de consentimiento contractual, abocando, pues, en una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coaligadas, esto es, que cada parte asume una serie de obligaciones o contenido propio prestacional en contrapartida a las que, a su vez, asume la otra parte, de tal suerte que aún cuando puede ocurrir ---como en el caso del litigio- que cada una, en la asignación respectiva al obligado, sea de distinta naturaleza, de dar cosa inmueble, acciones, o participación económica, en su conjunto, como se dice, están incardinadas en el total exigible a cada contra parte, sin que, por ello, sea posible, se reitera, salvo la ruptura de ese contexto contractual y hasta la misma causa u objetivo perseguido por las partes --que es, no se dude, colmar, en su personal esfera de afectación, el resultado del completo tránsito de lo prometido y recibido, trasunto del “do ut das”- desvincular alguna parte de ese total prestacional o prestación singular aplicándoles un tratamiento jurídico independiente a las del resto a que va incorporada...; de ahí que, en sede la causa según el artículo 1.274 del Código Civil, la de cada parte, será, en su indiscutible versión de negocio mixto de carácter oneroso, el gravamen de lo comprometido y el monto de reciprocidad satisfactiva de lo recibido a cambio...”

Pero, como algún autor ha señalado, la actitud del jurista no puede ser la misma ante un negocio jurídico cualquiera que ante el que surge en el ámbito familiar

y, máxime, en un momento de crisis pues, a la hora de la interpretación de esos acuerdos, debe primar el criterio familiar sobre el patrimonial, ya que la familia es un bien de especial protección constitucional y el derecho no puede ignorar los sentimientos que subyacen en las crisis de pareja. A modo de ejemplo, son muchos los convenios en los que se pactan cesiones gratuitas de la vivienda familiar a favor de los hijos y en seguida se pretenden aplicar las normas de la donación. No cabe duda que estamos ante un acto traslativo de dominio a título gratuito pero ¿es realmente una donación? Existen opiniones discrepantes pues hay quien entiende que pese a la gratuidad del acto no nos encontramos ante una donación pues la formación del consentimiento no es la propia y pacífica de esta figura jurídica y si no la de un contrato con evidentes intereses contrapuestos, a cuyo consentimiento y perfección se llega por vía transaccional, del acuerdo. Este ejemplo creo que es clarificador pues las propuestas de convenio regulador se alcanzan de ese modo; es decir, dando y recibiendo, cediendo y obteniendo; todo ello es fruto de un proceso de negociación del cual una concreta prestación no puede ser desligada del resto. Por ello, el pretender que un proceso posterior la efectividad de algún pacto liquidatorio traslativo del dominio y sobre la base de una propuesta de convenio regulador que no fue ratificada a presencia judicial y que nunca llegó a regir la separación de hecho de los firmantes sino que, por el contrario, fue elaborada para su presentación en un proceso de separación o divorcio conllevaría desligar esa prestación del resto de obligaciones recíprocas contraídas desnaturalizándose de ese modo la causa de la atribución patrimonial cuyo cumplimiento se exige.

En razón a lo anterior entiendo que es indispensable el distinguir entre lo que es propiamente una propuesta de convenio regulador de aquellos otros pactos no homologados que nacen con la vocación de regular la separación de hecho y no como propuesta de regulación de la separación o divorcio judicial destinada a ser incorporada a una demanda consensuada.

Si no me equivoco, una lectura íntegra de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo respecto de esta materia nos revela que aquéllas lo han sido en procesos de menor cuantía u ordinarios referidos a “convenios reguladores” que pretendían la regulación de la ruptura matrimonial y que han sido respetados durante años sin ser incorporados a un proceso judicial y solo al cabo del tiempo llegan a ser parte de un procedimiento al interesarse el referendo judicial de los mismos ante un incumplimiento de aquéllos. Pero cosa bien distinta son aquellas propuestas de convenio regulador que nace con la exclusiva vocación de ser incorporadas al procedimiento de mutuo acuerdo del art. 777 de la LEC.

Convengo con quienes afirman que la propuesta de convenio regulador firmada por las partes destinada a ser acompañada a una demanda consensual de

separación o divorcio no puede ser sino contemplada como un acto preparatorio, de modo tal que el verdadero consentimiento solo puede producirse mediante el acto de la ratificación a presencia judicial.

Como digo, la lectura detenida de las sentencias dictadas por la mayoría de las Audiencias Provinciales al amparo del reconocimiento por parte del TS de la eficacia de los pactos suscritos por los cónyuges para ordenar su separación de hecho se ha extendido, a mi juicio indebidamente, a aquellas propuestas de convenios reguladores nacidas con el único y exclusivo propósito de ser acompañadas a la demanda consensuada de separación o divorcio y finalmente no ratificadas o no aprobadas.

Puedo equivocarme, pero no tengo conocimiento de que el TS haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez de las propuestas de convenio regulador presentados a la aprobación judicial y no ratificados si bien en sentencia de 15/02/2002, analizando un caso referido a un convenio regulador acordado no para su presentación ante la autoridad judicial sino para complementar una escritura de capitulaciones matrimoniales, asumió la tesis mantenida por la sentencia recurrida afirmando que:

“La Sentencia de la Audiencia (que es la objeto de recurso) resuelve el tema nuclear del recurso reconociendo la validez y eficacia jurídica del convenio litigioso como negocio extrajudicial. Dice que “nos encontramos con un convenio acordado por los cónyuges, no para su presentación ante la autoridad judicial y conseguir la homologación del mismo en un proceso de separación; se trata de un auténtico contrato de naturaleza privada, en el que los cónyuges de forma complementaria a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el día anterior, vienen a regular para el futuro las cuestiones económicas atinentes a los mismos, y ello a raíz de una crisis matrimonial surgida, y por la cual deciden separarse de hecho, y así lo expresan en el convenio reflejado en el documento aportado con la demanda, en cuya Cláusula tercera bis) se menciona la existencia de las anteriores capitulaciones, y de donde se infiere el carácter complementario del acuerdo respecto de lo contenido en dichas capitulaciones”. Y resume más adelante “encontrándonos ante un negocio jurídico de carácter privado, no ante un convenio regulador de una separación judicial, y siendo por tanto aquél vinculante para las partes, el recurso de apelación formulado por el demandado no puede prosperar.

Esta Sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la Sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en

*relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC EDL1889/1), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997 EDJ1997/2156), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC EDL1889/1), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “ad solemnitatem” o “ad substantiam” para determinados actos de disposición. **Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia** (Sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993 EDJ1993/509, 7 marzo 1995 EDJ1995/586, 22 abril EDJ1997/2156 y 19 diciembre 1997 EDJ1997/8995 y 27 enero EDJ1998/16 y 21 diciembre 1998 EDJ1998/30785) **y la doctrina registral** (Resoluciones de la DGRN de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), **que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante Inter-partes a la aprobación y homologación judicial.”***

Por lo tanto, la Sala en dicha resolución compartió la **apreciación finalista** del convenio efectuada por la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Luego es el propio Tribunal Supremo quien en esta sentencia ya nos marca una directriz de distinción entre propuesta de convenio regulador nacida para su presentación o incorporación a un proceso de separación o divorcio de mutuo acuerdo y aquellos otros pactos que no tienen esa finalidad específica.

En este mismo sentido se ha referido la AP de Palma de Mallorca (Sec. 3ª) en sentencias de 19/01/1998 y 26 de octubre de 2004, la AP de Cantabria en sentencia de fecha 16/09/2008; AP de Madrid en sentencias de 31/10/2006 y 15/10/2002 y Cádiz en sentencia de 30/03/2004, entre otras.

La sentencia de la AP de Palma de Mallorca (Sec. 3ª) de fecha 26/10/2004 que señala:

“...ha de recordarse al efecto que en el ámbito de la separación matrimonial y divorcio los acuerdos adoptados por los cónyuges, incluso en aquello que no se refiera a los hijos, en ningún caso son vinculantes para el juzgador como si de propios contratos de derecho privado se trataran... tal como claramente resulta tanto de la facultad reconocida al juez en el art. 90.2 del Código Civil de denegar la aprobación de los acuerdos adoptados para regular las consecuencias de la nulidad,

separación o divorcio que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges...Por otra parte, la sentencia de esta misma Sala de 19 de enero de 1998, declara que el documento privado suscrito por los litigantes que como convenio regulador de su separación debía regir en el caso de ser aprobado judicialmente es la intentada y frustrada separación consensuada, carece de fuerza vinculante entre las partes contratantes, pues si bien el art. 81.1 del Código Civil impone acompañar con la demanda de separación de común acuerdo la propuesta de convenio regulador conforme a los artículos 90 y 103 del mismo cuerpo legal, dichos preceptos condicionan su fuerza vinculante a la correspondiente aprobación judicial, previa ratificación en su contenido por los otorgantes. Y en orden a esta cuestión que se está ahora tratando, de la eficacia de los pactos conyugales reguladores de situaciones de crisis matrimonial, no puede dejarse de tener en cuenta además, que en el caso planteado el convenio firmado por las partes no estaba destinado, como a veces ocurre, a regular una separación extrajudicial o de hecho, sino a ser acompañado a una demanda consensual de divorcio con lo que la suscripción del mismo en el despacho del letrado encargado de su redacción no puede ser sino contemplada como un acto meramente preparatorio, dado que la verdadera propia prestación y exteriorización del consentimiento obligacional definitivo sólo acontece con la ratificación del convenio ante el Juzgado una vez requeridos los cónyuges para ello después de presentada y admitida a trámite la demanda.”

Postura que, como digo, ratifica en sentencia de 19/01/1998 en la cual que señala:

“Por otra parte, conviene advertir es que el documento privado suscrito por los litigantes en esta ciudad el 3 de abril de 1997, que como convenio regulador, de su separación debía regir en el caso de ser aprobado judicialmente en la intentada y frustrada separación consensuada, carece de fuerza vinculante entre las partes contratantes, pues si bien el artículo 81.1º del Código Civil impone acompañar con la demanda de separación de común acuerdo la propuesta de convenio regulador conforme a los artículos 90 y 103 del mismo cuerpo legal, dichos preceptos condicionan su fuerza vinculante a la correspondiente aprobación judicial, previa ratificación en su contenido por los otorgantes que si bien se dio en el presente caso fue posteriormente desdicha por el recurrente y motivó que el juzgador de instancia por economía procesal y racionalidad dictara resolución inadmitiendo a trámite la demanda consensuada, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 91 del CC, determinó las medidas que han de regir la separación.”

Por su parte, la A.P. de Madrid en sentencia de

fecha 31 de octubre de 2006, al igual que hizo en su sentencia de fecha 15/10/2002, siguiendo la misma línea doctrinal que las anteriores, señaló que:

“En consecuencia, y en cuanto el acuerdo suscrito venía vinculado, por la propia voluntad de las partes, no a una situación de ruptura fáctica convivencial al margen de toda sanción judicial, si no a su presentación en un procedimiento consensual, finalmente frustrado, no puede sustentarse con lógico y legal fundamento, que nos encontramos ante un negocio jurídico de derecho de familia con toda la eficacia correspondiente al mismo, ya que ello sólo sería predicable de aquellas hipótesis en que el acuerdo logre su homologación judicial, o bien haya estado dirigido a regular privadamente entre las partes, sin ninguna intervención judicial, la situación derivada de su crisis convivencial. Entenderlo de otro modo, restaría eficacia jurídico-procesal al acto de ratificación ante el Juzgado de los convenios elaborados, como en el caso acaece, para su homologación, en modo tal que, aunque uno de los suscribientes del mismo manifestara finalmente su voluntad de no asumirlo, quedaría vinculado, según la tesis que sustenta la parte demandada, por el acuerdo no ratificado con lo que el posible procedimiento contencioso posterior constituiría un trámite absurdo, cuando no contrario a toda idea de economía procesal.”

Asimismo, la AP de Cantabria (Sección 2ª), en sentencia de 16/09/2008 recoge la misma tesis ya se pronunció en igual sentido al afirmar que:

“De entre los posibles acuerdos que realizan los cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, divorcio), es oportuno distinguir entre aquellos que no se generan como propuestas de convenio regulador para presentar en un proceso matrimonial, ni quedan supeditados o condicionados en su eficacia a la homologación judicial, de los que tienen tal aspiración.

Es respecto de los primeros, los extrajudiciales de los que la jurisprudencia (STS 15/02/2002 y las que ahí se citan) afirma son “auténticos negocios jurídicos de derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1.261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la Ley con carácter “ad solemnitatem” o “ad substantiam” para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia y la doctrina registral, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante Inter-partes a la aprobación y homologación judicial.

Los otros acuerdos, los que se confeccionan para someterlos a la aprobación del juez, sí

ven condicionada su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial, según se infiere del contenido del propio art. 90 del CC que prevé que sólo desde esa aprobación judicial lo convenido es exigible o de los arts. 84 y 86 CC ó 777.2 LEC, que denominan esos iniciales acuerdos, “propuestas” de convenio regulador.

Por su parte, la A.P. de Cádiz se pronunció en igual sentido doctrinal al que venimos señalando, al establecer en su sentencia de fecha 30/10/2004 que:

*“Ahora bien, en el caso que aquí tratamos tiene un matiz radicalmente distinto, ya que el escrito en cuestión, como se deduce de su lectura, **no constituye un convenio propiamente dicho, sino “una propuesta” de convenio al presentarse en un procedimiento de divorcio y requerirse la aprobación judicial. Por lo tanto, dicho escrito obedecía a una concreta finalidad, constituir un convenio regulador respecto de la pensión compensatoria en un procedimiento de divorcio, a someter a la aprobación del Juez (art. 90 párrafo 2º del Código Civil), lo que finalmente no aconteció al no ser posteriormente ratificado.**”*

Por ello, en definitiva, la validez y la eficacia jurídica del convenio como negocio extrajudicial dependerá de la finalidad del mismo, es decir, si nos encontramos o no ante un convenio acordado por los cónyuges para su presentación ante la autoridad judicial y conseguir la homologación del mismo en un proceso de separación o de divorcio o si, por el contrario, se trata de un auténtico contrato de naturaleza privada, en el que acuerdan y regulan para el futuro las cuestiones económicas que les afectan a raíz de una separación de hecho.

Pero cuando ese documento consiste en la propuesta de convenio regulador a la que hacen referencia los arts. 81, 86 y 90 así como el art. 777.2 de la LEC y que se somete a la aprobación del Juzgador en el marco de un proceso de divorcio o de separación de mutuo acuerdo, la validez del mismo debe quedar supeditada a la aprobación judicial del mismo. ¿Qué razón de ser tendría si no el acto de ratificación de la

propuesta de convenio regulador a presencia judicial para su convalidación? ¿Por qué se impone la ratificación de la propuesta si en cualquier caso la misma tiene carácter vinculante aun cuando no se ratifique por cualquiera de los cónyuges? ¿Por qué remitir a un proceso contencioso si finalmente esa propuesta va a quedar validada si se sobreentiende su carácter vinculante pese a no haber sido ratificado a presencia judicial?

Soy consciente de que afirmar que la ratificación judicial del convenio regulador debe operar como requisito de la aprobación judicial de dicho convenio que a su vez se revela como la “conditio iuris” de su eficacia jurídica puede ser no compartida por mucha gente pero debería considerarse que afirmar lo contrario supondría tanto como suprimir la necesidad de la ratificación judicial de la propuesta de convenio regulador.

Como señalaba, las contraprestaciones que acuerdan los cónyuges tienen causa más allá de las meras razones patrimoniales y se hallan todas ligadas entre sí por lo que dejar sin efecto alguna de ellas equivaldría a desmembrar una porción de un todo indisoluble rompiéndose el equilibrio alcanzado por las partes y, en la mayoría de los casos, colocando a uno de ellos en posición de inferioridad dando lugar a situaciones de desigualdad e incluso de enriquecimiento injusto.

En definitiva, considero que las resoluciones dictadas al respecto por Audiencias Provinciales y Juzgados de Instancia se han venido desviando de la doctrina del TS asimilando las propuestas de convenio regulador nacidas para su presentación ante la autoridad judicial y alcanzar su posterior homologación a aquellos contratos de naturaleza privada en el que los cónyuges vienen a regular para el futuro las cuestiones económicas atinentes a los mismos, y ello a raíz de una crisis matrimonial y por la cual deciden separarse de hecho.

Puede que ante este estado de cosas, la solución sea la de condicionar la eficacia de las propuestas de convenio regulador a la efectiva aprobación judicial salvando de este modo su no aplicación en el supuesto de no ratificación o no aprobación.



CUSTODIA COMPARTIDA, VIVIENDA Y UNA GIOCONDA ENTRETENIDA

María Dolores Azaustre Garrido

Abogado.

El salón resplandecía con aquella lámpara modelo lágrimas de cristal Swarovski. Las fotografías familiares –incluida la de la pareja feliz con sonrisa profidén y melena al viento- salpicaban todas las estancias del hogar familiar. En sólo cuestión de meses, el escenario había cambiado radicalmente: una triste bombilla alumbraba el salón, las lágrimas habían caído a mares y no eran de cristal. Apenas quedaba ningún adorno. Sólo en el recibidor alguien había colgado un póster-retrato - adquirido al módico precio de 1 €- de La Gioconda, la que tiene la peculiaridad de seguir con los ojos a todo el que la mira desde cualquier posición en que se observe.

Los que algún día compartieron amor y crearon ese hogar, ya no se amaban, pero un Juez los obligaba ahora a seguir compartiendo la vivienda, por el bien de sus hijos.

Todos conocemos Sentencias que han obligado al uso alternativo de la vivienda en supuestos de custodia compartida. Cuando la Ley 15/2.005, de 8 de julio, introdujo la posibilidad de custodia compartida, no se pronunció sobre qué hacer en esos casos con la vivienda familiar. No modificó el artículo 96 Cc, por lo que, en defecto de acuerdo, el Juez debe atribuir la a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. ¿Y si los dos son custodios?. El Juez debe decidir de manera motivada según lo que resulte más adecuado y conveniente a la situación familiar. Para suplir el vacío legal y permitir al Juez esquivar el carácter imperativo del artículo 96 Cc, hay algunos autores que defienden que, al no atribuirse la custodia exclusiva a ninguno de los progenitores, no puede aplicarse de manera automática el artículo 96.1º Cc, sino que sería de aplicación lo establecido en el artículo 96.3º Cc, por lo que, podrá

acordarse el uso de la vivienda a favor de un progenitor de forma temporal, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Otros entienden que es de aplicación analógica el artículo 96.2º Cc, que establece que, será el Juez el que resolverá lo procedente para el supuesto de que unos hijos queden en compañía de un progenitor y otros en la compañía del otro.

En ninguna de las legislaciones autonómicas que regulan la custodia compartida, se ha optado por el uso alternativo o rotativo de la vivienda, al menos de manera explícita (1).

Lo que está claro es que el Juez tiene que decidir en beneficio de los menores, y hay Sentencias que, en supuestos de custodia compartida, continúan aplicando el automatismo del artículo 96 Cc: que los hijos permanezcan en la vivienda, siendo los padres los que se trasladen a ella, en función de su periodo de custodia. La finalidad no es otra que cubrir la necesidad de alojamiento de los menores y preservarles su estabilidad. Los detractores de esta medida argumentan que es antieconómica, al obligar a los progenitores a mantener tres viviendas (la que ocupan con los hijos, y la que cada progenitor necesita para el periodo en que no ejercen la custodia). Y que es una fuente permanente de conflictos: pago de suministros, mantenimiento de reparaciones de mobiliario, electrodomésticos, etc...

Pero hay otras cuestiones, importantes, que escapan de lo jurídico. Si reparamos detenidamente en ello, una Sentencia que establece el uso rotativo de la vivienda, está imponiendo a dos personas adultas que compartan, aún de manera alterna, algo tan esencial como es el lugar en el que tienen que vivir. Siempre


habrá uno al que la decisión le complazca más que al otro, generalmente, al que, de no establecerse ese uso rotativo, tendría que haber salido de la vivienda, pagando la mitad de la hipoteca y una nueva vivienda de alquiler. Pero, ¿cómo puede influir una decisión así en la estabilidad emocional, tanto de los padres como de los hijos?. Se dice que el lugar donde las personas habitan o trabajan refleja de algún modo su personalidad. Incluso hay una rama que estudia la psicología ambiental, existiendo investigaciones que demuestran que el ambiente tiene un efecto significativo en la estabilidad emocional y nivel de estrés. Ninguno de los dos progenitores va a volver a sentir esa vivienda como su hogar. La ilusión por mejorarlo se desvanece ante la sensación de permanente provisionalidad. Los muebles, la decoración, los libros, dejan de tener el sello personal, porque sólo se está de paso, como cuando pernoctas en una fría habitación de hotel, siempre con la maleta detrás de la puerta.

La realidad supera la ficción. Lo de la bombilla, y la Mona Lisa no es invención, y aún hay otros pequeños detalles: al progenitor que terminaba su periodo de custodia, se le había antojado pintar el techo del dormitorio de matrimonio de un amarillo chillón que provocaba un dolor agudo en los ojos. Y, seguramente por despiste, había olvidado tirar la fruta podrida del frigorífico, provocando un hedor insoportable que sirvió de inhóspito recibimiento para el nuevo ocupante. Poniendo a prueba su estabilidad emocional, contuvo el improperio, pero sólo porque estaban sus hijos delante y además, se sentía observado por aquella mujer de mirada penetrante y misteriosa. Ciertamente, es anecdótico, pero de lo que no hay duda es de la enorme trascendencia que una Sentencia puede tener en la vida de las personas, en su equilibrio personal y que duda cabe, en el beneficio y felicidad de los menores.

Hace tiempo leí un artículo periodístico cuyo titular

era: “La felicidad es contagiosa”. Al parecer, tenía base científica: investigadores de las Universidades de California y San Diego (EEUU) publicaron sus conclusiones en la revista *British Medical Journal*: “Lo más importante es el reconocimiento de que las personas son seres sociales y el bienestar y la salud de un individuo afecta a la de quienes le rodean”. Y yo me pregunto: si las Sentencias no relegaran a un ulterior o inexistente plano el bienestar de los progenitores –del que no se puede ni hablar-, ¿acaso no sería una clave para acercarnos al interés del menor?

(1) 1) en Cataluña, el Juez debe atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor más necesitado y excepcionalmente, aún en el caso de que no establezca custodia compartida, lo puede atribuir al no custodio si es el más necesitado y el custodio tiene medios para cubrir la necesidad de alojamiento propia y de los hijos. Ha de tener carácter temporal, aunque susceptible de prórroga; y establece que el ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. 2) En Aragón, el Juez atribuirá el uso de la vivienda al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda, y en su defecto, se decidirá su destino en función del mejor interés para las relaciones familiares. Si se atribuye a uno solo de los progenitores, será con carácter temporal. Y si pertenece en copropiedad a los progenitores, el Juez acordará su venta si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos; 3) en Valencia, sólo dice que se atribuirá en función de lo que resulte más conveniente para los hijos y siempre que sea compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente más dificultades de acceso a otra vivienda. Prevé que se fije una compensación para el progenitor al que la vivienda le pertenece con carácter privativo, o si es común de ambos, que se podrá computar como contribución a los gastos ordinarios. Salvo acuerdo en contrario, prevé la imposibilidad de que la vivienda familiar, privativa de un progenitor, sea adjudicada al otro si éste es titular de derechos sobre otra vivienda que le faculten para ocuparla. Igualmente fija el carácter temporal de la atribución del uso. Y la obligación de que el ajuar familiar –excluidos los efectos personales- permanezca en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él; 4) en Navarra, la ley no dice nada respecto a la vivienda familiar.



LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DEBEN JUSTIFICAR SUFICIENTEMENTE LA DENEGACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

A propósito de la STS de 25 de mayo de 2012

Maribel Torrens Llompart

Lozano Abogados.

Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia por la que se estima el recurso por infracción procesal interpuesto por un padre al considerar que el tribunal de instancia no resuelve el litigio atendiendo al interés del menor, siendo insuficiente la justificación de la negativa a establecer un sistema de custodia compartida al no explicitar los motivos concretos de la desestimación de tal medida.

En el caso concreto, un padre solicitó en el proceso de divorcio, posterior al de separación, que se estableciese un sistema de cuidado compartido de sus hijos de 5 y 3 años de edad, si bien, aún contando en primera instancia con el informe del equipo psicossocial adscrito al Juzgado que recomendaba dicho sistema para los menores y con el informe favorable del Ministerio Fiscal, el tribunal rechazó la petición del padre. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó igualmente establecer la guarda y custodia compartida al entender que la oposición del Ministerio Fiscal al recurso de apelación interpuesto por la representación del padre, suponía una falta del informe favorable del Ministerio Público lo cual implica la existencia de un “obstáculo procesal” que impide la adopción del sistema de guarda y custodia compartida. Esto es, la sentencia de la AP Palma de Mallorca denegó la guarda y custodia compartida por la inexistencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. No puede obviarse que en este supuesto, el Ministerio Fiscal en la primera instancia emitió un informe favorable motivado manifestando su conformidad con el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida, si bien, en la segunda instancia el Ministerio Público única y simplemente presentó un escrito mediante el cual se opone al recurso de apelación, interesando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida, sin motivación alguna, evacuando simplemente un trámite procesal.

En ningún momento el Ministerio Fiscal emitió informe en relación al sistema de guarda y custodia que debía establecerse, ni siquiera, manifestó las causas que llevaron al Ministerio Fiscal a cambiar el sentido de su informe de primera instancia, cambio que se produjo sin que hayan devenido nuevas circunstancias a tener en consideración. Ante la falta de motivación de la sentencia de la AP, la representación del padre interpuso recurso de casación por infracción procesal al considerar que se desestima la custodia compartida sin la suficiente motivación por parte del Tribunal sobre los criterios o motivos de tal desestimación.

El TS estima el recurso interpuesto por infracción procesal ante la existencia de falta de motivación y tras examinar la doctrina de la Sala sobre la motivación de las sentencias, afirma que en relación a las sentencias en las que se discute sobre la custodia compartida, tan sólo podrá examinarse en estos recursos si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia o no de este sistema de guarda y custodia. Una vez más el TS, recuerda que el criterio que deben seguir jueces y tribunales a la hora de establecer un sistema de custodia compartida o no, es el principio del interés del menor. En tal sentido se ha pronunciado en sentencias anteriores como la STS 614/2009 de 28 de septiembre, la STS 623/2009 de 8 de octubre, la STS 469/2011 de 7 de julio, la STS 641/2011 de 27 de septiembre, la STS 154/2012 de 9 de marzo, la STS 579/2011 de 22 de julio y la STS 578/2011 de 21 de julio.

Considera la Sala que la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida únicamente tiene en cuenta el interés del menor de forma retórica, lo cual no es suficiente para desestimar la medida de la guarda y

custodia compartida, puesto que no se aplica ningún criterio integrador del interés del menor para acordar la guarda de los niños y no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de dicha medida. Del mismo modo el TS considera insuficiente el apoyarse en el informe puramente formal del Ministerio Fiscal que se opone en segunda instancia al recurso de apelación y pide la confirmación de la sentencia de instancia, un informe que no dice absolutamente nada de la medida discutida siendo un simple formulario o modelo tipo sin argumento alguno.

En la sentencia comentada el Tribunal Supremo de nuevo deja patente que exista o no informe favorable del Ministerio Fiscal, dicho informe por sí solo no es suficiente para poder adoptar o denegar la custodia compartida sino que deben valorarse otras circunstancias del caso concreto siempre desde la óptica del interés superior del menor; será precisamente el interés del menor el que determinará el sistema de custodia a adoptar. La adopción por parte del Tribunal de medidas en relación a los menores de edad deberá dejar suficientemente expresadas en la motivación las razones esenciales de su conclusión finalmente adoptada a fin de comprobar que en todo momento se ha tenido en cuenta el interés superior del menor que constituye el criterio preferente y rector en esta materia, sin que la existencia de informes psicosociales o el informe del Ministerio Público, favorables o desfavorables, sean vinculantes a la hora de determinar el sistema de cuidado y atención de los menores. Este criterio aparece ya en otra reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2012, en la que la Sala desestima un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada también por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca; en este supuesto la Sala consideró no modificar la custodia materna pues aunque el informe psicosocial y el Ministerio Fiscal estuviesen a favor de la custodia compartida, siguiendo el criterio de que el Juez no está vinculado por el contenido del informe, existe motivación suficiente en la sentencia de la AP para denegar dicha medida y mantener la custodia materna.

De esta manera entiendo que queda zanjada la discusión sobre la vinculación del juez con el informe de los especialistas y del Ministerio Fiscal; la Sala en los casos en que se discute el sistema de custodia de los hijos menores, no considera vinculantes para el tribunal ni el informe del Ministerio Fiscal ni el informe del equipo psicosocial, bien sean favorables o desfavorables a la adopción de la custodia compartida, cuyo contenido sólo debe valorarse a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor.

Son ya muchas ocasiones en las que el TS se ha pronunciado acerca de los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar un sistema de custodia compartida para los menores atendiendo al “interés del menor” (STS 623/2009, de 8 de octubre, STS 469/2011, de 7 de julio, STS 579/2011 de 22 de julio y STS 578/2011 de 21 de julio); criterios que son los siguientes: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

El comentario a esta reciente sentencia del Tribunal Supremo no puede finalizar sin destacar que la Sala considera –como ya lo hizo en su STS 579/2011 de 22 de julio– que el sistema de custodia compartida es la medida más normal de cuidado de los hijos dado que, de la interpretación del artículo 92 del Código Civil el sistema de custodia compartida no se trata de una medida excepcional sino más bien todo lo contrario, debería considerarse la más normal porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis siempre que ello sea posible.

En mi opinión, el Tribunal Supremo con esta sentencia y las más recientes en materia de custodia compartida, está impulsando y apoyando el cambio legislativo que se está materializando a nivel nacional, siendo una de las pocas ocasiones en las que la jurisprudencia de nuestro alto tribunal se adelanta y adapta a los cambios sociales, reflejando en la sentencia comentada que el sistema de guarda y custodia compartida debe ser aplicado con normalidad y no con carácter excepcional; no obstante, creo que no puede interpretarse la aplicación de la custodia compartida de forma automática y a todos los casos, de la misma manera que en la actualidad tampoco se aplica la custodia exclusiva, sino que hay que valorar las circunstancias específicas en cada caso concreto a efectos de determinar cuál es el sistema que mejor se adapta a los hijos de cada familia y en definitiva, que sistema es el que protege el interés de los más pequeños.

AP La Rioja, Sec. 1.^a, Sentencia de 12 de junio de 2012

Nulidad de lo actuado con retroacción al momento procesal del inicio de la Audiencia Previa al no permitirse al letrado intervenir por haber llegado dos minutos tarde

En una comparecencia llevada a cabo en un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, comparecen el letrado un minuto más tarde, el Juzgado le advirtió que no podía intervenir, razonando que había sido declarado en rebeldía, el Letrado interviene togado y al lado del Procurador.

Así la causa se deberá de analizar, si resulta correcta la intervención de la Juez, de no permitir la intervención del Letrado por llegar dos minutos tarde, cuando faltaba todo el procedimiento.

La Sala estima que la Juez es quien interpone la norma procesal de una forma extremadamente rigorista. Una interpretación "por accione" de la las normas procesales, hubiera exigido que se hubiera autorizado la intervención del letrado comparecido una vez que le

fue permitida la presencia en los estrados.

Hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente, que la falta de representación procesal es subsanable siempre que tal subsanación sea posible.

Otro motivo por el que señala la nulidad es por la falta de motivación de la resolución.

La exigencia de la motivación de la Sentencia y de Resoluciones está relacionado con los principios de un Estado de derecho y con el carácter vinculante por Jueces y Magistrados.

El derecho a obtener una resolución judicial en derecho favorable o adverso exige que contenga elementos y razón de juicio que permitan conocer cuál ha sido el criterio judicial en que se basa la decisión.

TSJ de Navarra, Sentencia de 17 de abril de 2012

Debe incluirse en el activo de la sociedad de conquistas del segundo matrimonio las cantidades abonadas por el ex esposo a su primera esposa en concepto de pensión compensatoria

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de abril de 2012 casa la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sec. de 16 de mayo de 2011 y ha acordado el reembolso de las pensiones compensatorias satisfechas a la primera esposa ,por la sociedad formada por el segundo matrimonio al fallecimiento del esposo

Queda definitivamente acreditado

a) Que desde finales de 1.996 fecha que se contrajo segundo matrimonio, hasta septiembre de 2007 se vinieron abonando periódicamente e interrumpidamente las pensiones compensatorias a la primera esposa.

b) Que fueron a cargo en cuentas cuyos fondos han de considerarse de la sociedad conyugal

Que siendo este pago conocido por la de-

mandada (segunda esposa,) ninguna protesta o reserva se hizo en su realización con los fondos aplicados a su satisfacción, ni ninguna pretensión para su reembolso a lo largo de once años en que se mantuvo su pago y el matrimonio

Tal postura de pasividad y silencio contrasta, con la postura de que los cónyuges mantuvieron acerca de determinadas adquisiciones, como privativas o de conquistas.

De todo ello la Sentencia de la Audiencia Provincial consideró que el tácito consentimiento por la demandada, de la disposición de fondos comunes para el pago de las pensiones debidas, por su consorte y la contradicción con la actual pretensión de reembolso de su importe, va contra los actos propios de la reclamante.

Se impugna la sentencia ante el TSJN en el

recuso, las premisas de hecho y derecho a través del motivo de infracción procesal y otro de casación.

Vulneración del Art. 24 de la CE., por falta de lógica en la presunción judicial.

La oposición se realiza, el consentimiento por la demandada al pago de la pensión compensatoria, con cargo a cuentas comunes, no llegando a la Sala de Instancia, por la vía de las presunciones judiciales, sino a través de pruebas directas y cualquier caso, la eventual presunción de aquel consentimiento no resulta carente de lógica, ni vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

La recurrente combate la lógica del consentimiento tácito deducido o inferido por presunción a) que las partes eran abogados y sabedores que los reembolsos podían practicarse, tanto en el curso del matrimonio, como en su liquidación, del silencio de la demandada no podía derivarse consecuencia alguna en relación a la reclamación en la liquidación, b) que otras adquisiciones con naturalezas deban de tener en cuenta sobre el consentimiento del pago de la pensión con fondos de conquistas.

El recurso de casación fue estimado.

Razona:

- El conocimiento de estos pagos periódicos y de carácter común de los cuales empleados, sin la formulación de objeción, ni reclamaciones, puede razonablemente inferirse, la adquisición de la atención de esta carga indivisible e indiscutidamente privativa del marido, con fondos de conquistas, pero no la asunción, por ella de dicha carga, como responsabilidad definitiva de la Sociedad Conyugal, con la consiguiente renuncia al reembolso de la suma satisfecha en la liquidación final de la Sociedad de Conquistas.

La posibilidad de poder realizar los reintegros y operaciones liquidatarias durante la vigencia de la Sociedad, nos permite desconocer la habitualidad o normalidad de su posposición o realización en la liquidación definitiva.

Esta misma normalidad es comprensible en el marco de una distendida y confiada convivencia conyugal.

La mera quietud pasividad o inercia del afectado no puede reputarse expresiva de su consentimiento o de la contribución, modificación o extinción de un derecho.

El solo conocimiento, no significa consentimiento, este necesita expresión de voluntad.

El empeño de los cónyuges en calificar, en uso de la autonomía privada como privativas de consorcio, adquisición o derechos, viene a poner de manifiesto su voluntad de someter la relación, carente de otro específico tratamiento convencional con la derivada del pago de la pensión compensatoria al régimen legal supletorio.

2.- La indebida aplicación de la doctrina de los actos propios por la Audiencia Provincial.

A la hora de determinar el significado y alcance de este límite la jurisprudencia ha señalado que se falta a la buena fe, cuando se va contra de Actos Propios y en particular cuando contra ella quiere ejercitar un derecho en contradicción con el sentido objetivamente cabría atribuir a la anterior conducta

Para que la contradicción sea apreciable, es pues preciso en el plano objetivo que entre la conducta anterior y la pretensión o el ejercicio del derecho que se dice opuesto a ello, existe una patente incompatibilidad, atendiendo el significado constituyente, indebido e inequívoco objetivamente atribuible a los actos realizados o al comportamiento llevado con anterioridad.

Pero bien en la presente causa la falta de oposición y reacción de la demandada al pago de la pensión debida por su esposo con fondos de Conquistas, indica su pago inmediato con tales fondos y no representa una conducta concluyente, objetiva e inequívoca reveladora de su consentimiento, de la asunción definitiva a dicha carga privativa como consorcial.

AP Valladolid, Sec. 1ª, Auto de Sentencia de 17 de abril de 2012

La aportación o constancia en autos de la legislación extranjera para determinar la ley personal aplicable al divorcio no puede ser suscitada con carácter previo, a modo de requisito de procedibilidad, para poder dar curso legal a las actuaciones, ya que se trata de una cuestión que deberá abordarse en el periodo probatorio.

El Juzgado acordó el archivo de las actuaciones al no haber atendido la parte actora el requerimiento que se le formuló para que aportara a las actuaciones la legislación personal aplicable a la acción de divorcio bajo apercibimiento de procederse al archivo de las actuaciones si no fuera atendido el requerimiento. Sin embargo, interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial tiene otro criterio distinto al Juzgado y estima el recurso. La cues-

tión suscitada sobre incumbencia de la aportación o constancia en autos, de la legislación extranjera, ley personal aplicable, en su caso, en el presente procedimiento de divorcio, conforme a lo prevenido en los arts. 9 y 107 del Código Civil, no puede ser suscitada con carácter previo, a modo de requisito de procedibilidad, para poder dar curso legal a las actuaciones, sino en todo caso en curso de la actividad probatoria que deba desarrollarse en los autos, cuestión que

finalmente se resolvería en Sentencia o resolución definitiva, conforme se regula en el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual y vigente, donde se contempla, incluso la posibilidad de intervención, de oficio, por el propio Tribunal para su constancia y aplicación, conforme al principio, procesal “iura novit

curia”. Al tiempo que conforme a referido art. 107 del Código Civil, pudiera darse el caso (decisión reservada al Juez de Instancia) de resultar aplicable la legislación española, conforme se solicita expresamente por esa parte apelante. Por todo lo cual el recurso debe ser estimado.

AP Murcia, Sec. 4.^a, Sentencia de 29 de marzo de 2012

Aunque los cónyuges realizaron obras en la vivienda propiedad de los padres del esposo, se estima la acción de desahucio por precario dado que aquellas no constituyen un hecho impeditivo a la acción de desahucio.

La sentencia de instancia desestima la demanda al entender que la ex esposa tiene un derecho de indemnización sobre la propiedad de la vivienda, adquirido por accesión sobre el inmueble de la demandante, y ello por las inversiones realizadas con consentimiento de la misma, consistente en la ampliación y reforma, lo cual le concede cuando menos un derecho de crédito sobre esa, artículo 360 del Código Civil, sin perjuicio de la previa liquidación de la sociedad de gananciales con su esposo.

Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso y acordó el desahucio.

La vivienda, objeto de la acción de desahucio, fue cedida por la actora y su esposo para la ocupación por su hijo, D. Humberto, al contraer matrimonio con la demandada, Doña Julieta, resultando que éstos contrajeron matrimonio en fecha 6 de septiembre de 1.992, dictándose sentencia de divorcio en fecha 5 de febrero de 2010, por la que se aprueba el convenio regulador de fecha 1 de octubre de 2009. En este convenio regulador se indica que el uso y disfrute de la vivienda familiar se continúa atribuyendo a la esposa.

La sentencia de fecha 13 de abril de 2004, de la Sección V, de la Audiencia Provincial de Murcia, declara: “ En la actualidad y como consecuencia de la reforma introducida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el juicio verbal de precario (en el que se formula la pretensión contemplada en su art. 250.2) ha perdido el carácter sumario que, en esencia, mantenía como juicio de desahucio en el régimen procesal anterior pues, como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala (sentencia de 3 de junio de este mismo año, recaída en el rollo núm. 219/02) en la nueva Ley se configura como un juicio plenario tal y como claramente se deriva de su exposición de motivos al señalar, de forma terminante, que en la nueva regulación se excluye el carácter sumario de este tipo de procesos en la medida que se desenvuelve con apertura a plenas alegaciones y pruebas hasta el punto de que finaliza con plena efectividad, es decir, con la eficacia de la cosa juzgada, de manera que no existe la restricción en orden al conocimiento de las denominadas cuestiones complejas en su seno”.

Y en el mismo sentido, esta misma Audiencia en su Sentencia de 25-03-04 Rollo 72/04. Por lo demás, la demandada trata de derivar esas cuestiones complejas de su condición de “adquisitoria” de buena fe por las inversiones y gastos que ha realizado durante el tiempo de su ocupación, y ello con base en al art. 361 del Código Civil, (...), y no existe una accesión que pueda tener como base las mejoras realizadas por el precarista; el tema de las mejoras en la cosa poseída en precario ha sido objeto de pronunciamientos reiterados en la jurisprudencia, incluso del Tribunal Supremo, y también ha sido objeto de algunos pronunciamientos en esta Audiencia (por ejemplo, sentencia de la Sección 1^a de 26 de febrero de 2001), señalando que ni introducen una cuestión compleja ni pueden determinar una especie de derecho de retención a favor del demandado ya que no cabe atribuirle la buena fe del artículo 453 del Código Civil, pues, en caso de haber realizado esas modificaciones o mejoras, tenía que saber que la vivienda no era de su propiedad exclusiva y, precisamente por tal circunstancia, carece de tal derecho de retención; este criterio se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se sostiene (sentencia de 9 de julio de 1984) que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio, según se desprende de los artículos 1599 y 1600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Las mejoras, por tanto, no puede impedir el desahucio “.

A la vista de los particulares referidos, del concepto de precario y de las resoluciones judiciales antes citadas, procede estimar la pretensión revocatoria y, consiguientemente, la acción de desahucio por precario, pues la demandada ocupa la vivienda, propiedad de la actora, sin título oponible frente a ésta, no existiendo elementos para deducir que se está en presencia de una situación de comodato, al no resultar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos por éste,

con la circunstancia de que la sentencia de instancia no basa la desestimación en la existencia de comodato y, finalmente, que las mejoras realizadas por la demandada en la vivienda no obstan al ejercicio de la acción de precario, no aceptándose lo razonado en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia

de instancia, pues la demandada no ostenta derecho de retención sobre la vivienda por el simple pago de los materiales utilizados en las obras de mejora, ello teniendo también en consideración que la demandada tenía conocimiento de la que la vivienda no era propiedad de su esposo.

AP de Cáceres, Sec. 1.^a, Sentencia de 28 de marzo de 2012

El artículo 148 del CC no es aplicable a los supuestos en los que se aumenta el importe de la pensión alimenticia en un procedimiento de modificación de medidas.

Instada una demanda de modificación de medidas por el padre, la madre reconvinó solicitando el aumento de la pensión alimenticia que finalmente fue aceptado por la Audiencia Provincial planteándose la cuestión jurídica de si la nueva pensión debe abonarse desde la fecha en que se formuló la pensión (demanda reconvenional) o sólo debe abonarse desde que se dictó la Sentencia. El Juzgado entendía que los efectos debían retrotraerse a la fecha de la demanda reconvenional, pero la Audiencia es partidaria del criterio de que la nueva pensión solo surte efectos desde la Sentencia que la acuerda.

Razona la Sentencia de la Audiencia Provincial que la decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, en sintonía con la pretensión de la parte demandada reconviniente, no encuentra justificación legal ni jurisprudencial. No abriga género de duda alguno el hecho de que la disposición legal establecida en el primer párrafo del artículo 148 del Código Civil (“la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la Demanda”) se aplica a la petición de prestación de alimentos, pero no a las sucesivas modificaciones que, respecto a su cuantía, pudieran adoptarse con posterioridad, por lo que la nueva cuantía de una prestación alimenticia, ya declarada con anterioridad, no puede tener efectos retroactivos al momento de la Demanda de Modificación de Medidas, ni, en su caso, al momento de la interposición de la Reconvenición que pudiera deducirse en esta clase de Procesos. En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 8 de Abril de 1.995, ha declarado que, “por tanto, no debe confundirse tiempo del nacimiento y tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado; y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos por carecer aquéllos de efecto retroactivo no puede condenar a pagarlos sino desde la fecha que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla clásica “in praeteritum non vivitur” y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de

épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide; prescindiendo de la circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido, para en su momento, e incluso de otras acciones que pueda tener o considere tener contra el mismo acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, una vez concluida la patria potestad”.

Con mayor explicitud, el Alto Tribunal, en Sentencia de fecha 3 de Octubre de 2.008 (citada por el parte apelante en el Escrito de Interposición del Recurso), ha establecido que “aunque los alimentos debidos a los hijos no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes (en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Marzo de 2.005, señala: “que mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se le abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos, en la medida que tienen su origen en la filiación, artículo 39.3 de la Constitución Española, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos”), sin embargo, comparten en gran medida los caracteres de la regulación legal de los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Tal criterio es seguido por esa Sala en Sentencia de 5 de Octubre de 1.993: “no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad”. Por tanto, a la obligación de abonar alimentos a los hijos es aplicable el artículo 148 del Código Civil, que establece: “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”. Pero lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos an-

teriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, (...), que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: “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 en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “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”, por lo que cada resolución desplegará su

eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la Demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente (...).”

En consecuencia, se declarará, con estimación del motivo, que la obligación de pago de la pensión de alimentos, en su nuevo importe, se verificará desde la fecha de la Sentencia dictada en la primera instancia (23 de Mayo de 2.011).

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2012.

No se ha producido alteración alguna que justifique el cambio de la custodia compartida fijada en la sentencia de divorcio y que ha venido funcionando correctamente y con escasas incidencias hasta el momento.

La cuestión litigiosa a resolver radica en si procede o no la modificación de la situación de guarda y custodia compartida acordada en el proceso anterior de divorcio y su sustitución por una guarda atribuida a la madre y apelante, con las medidas derivadas de ello como son el régimen de visitas y el pago de pensión de alimentos. Y desde este momento debe anticiparse que el recurso de apelación debe ser desestimado e íntegramente confirmada la motivada sentencia dictada por la juez a quo, haciendo suyos los argumentos de dicha resolución esta Sala e incorporándolos a esta sentencia, sin que en modo alguno exista error en la valoración de la prueba, sino que al contrario la juez a quo ha aplicado de forma correcta el derecho y ha valorado las pruebas de acuerdo con principios de racionalidad y sentido común en defensa de los intereses de los más necesitados de protección, en este caso los menores de edad.

Si se analizan las alteraciones que se indican en la demanda y se reiteran en el recurso se aprecia que no hay alteración alguna sustancial, más allá del desarrollo por la apelante de un nuevo trabajo con un horario matutino y que le permite tener las tardes libres, cuestión que en modo alguno puede considerarse como sustancial, principalmente por el carácter interino de dicha actividad y por ello la posibilidad de que cuando termine el contrato suscrito pueda ser modificado de nuevo el horario. De aceptarse este hecho como justificativo de cambios de custodia se estaría en una situación en la que se produciría de forma constante tales cambios en el momento que el trabajo de cualquiera de los progenitores tuviese alteraciones de horario o turnos, lo que sin duda es una opción que va en contra de la necesaria estabi-

lidad de la custodia fijada en atención del interés de los menores.

Con respecto a la situación laboral del padre, sobre la que se incide de forma especial por parte de la apelante, hay que destacar que es exactamente la misma que existía cuando se adoptó la medida que se pretende modificar, pues desarrolla el mismo trabajo y tiene el mismo horario laboral que tenía en aquel momento, sin que se haya producido alteración o modificación alguna en este extremo, lo que hace que falte el elemento básico para el cambio de custodia pretendido en atención a lo exigido en el artículo 91 Código Civil y a la jurisprudencia que lo ha interpretado. Ello implica que cuando se adoptó dicha medida la propia apelante era plenamente conocedora del horario de trabajo de su ex esposo, por ser la misma actividad laboral desarrollada durante el matrimonio, y por tanto consintió en la posibilidad de la necesidad de ayuda de terceros en momento más o menos puntuales para la atención de sus hijos menores de edad cuando estuviesen en compañía del padre. Por otro lado los informes periciales psicológicos y social emitidos en esta causa ponen claramente de manifiesto que el hecho de estar en compañía de la tía paterna y con sus primos no ha perjudicado en modo alguno ni el desarrollo de los menores ni la afectividad de los mismos con relación a su madre ni ha supuesto una dejación por parte del padre de las labores de cuidado de sus hijos a los que atiende adecuadamente cuando finaliza su jornada laboral.

Finalmente, por lo que respecta a los menores de edad, es evidente que los mismos están perfectamente integrados tanto en la familia materna como paterna, así como en el colegio y el círculo de amistades

que tienen la localidad de Fuente Álamo, donde residen con su padre, estando debidamente escolarizados y siguiendo sus estudios con un rendimiento adecuado a su edad, realizando igualmente actividades extraescolares como es propio de la mayor parte de los niños actualmente. Los informes sociales y psicológicos así lo muestran, siendo muy significativas las declaraciones de los menores que obran en los citados informes. Esta era la misma situación que se daba cuando se produjo la separación de los progenitores y se adoptó la guarda y custodia compartida que ahora se pretende modificar. Por tanto tampoco en este ámbito se ha producido ninguna variación y mucho menos con el carácter de sustancial que se exige para modificar las medidas adoptadas. El hecho de que la madre, o incluso los propios hijos así lo sientan, tengan necesidad de tener un mayor contac-

to ellos en nada afecta a la medida adoptada, pues la solución a dicha cuestión pasa por el establecimiento de unos mayores criterios de contacto, como se ha hecho en la propia sentencia, así como por una actuación más conciliadora en este extremo de ambos progenitores. Las consecuencias añadidas al cambio pretendido (modificación del domicilio y por tanto del entorno familiar y social en el que se mueven los menores; sometimiento a un régimen de visitas estricto que podría afectar a las actividades formativas extraescolares; cambio de colegio; pérdida de relación con la familia paterna, etc.) es evidente que en modo alguno favorecen a los menores, que no se olvide son a los que hay que atender en primer lugar a la hora de dictar una resolución que les afecte. Por todo ello procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

AP Valladolid, Sec. 1.^a, Auto de 16 de marzo de 2012.

Se deniega la solicitud del padre de que se le autorice el traslado de residencia con la menor a otro país ante la absoluta carencia de prueba alguna que sustente el motivo del traslado

D. Bienvenido interpone recurso de apelación contra el auto dictado en el procedimiento de adopción de medidas al amparo de lo establecido en el artículo 158 del Código Civil que se ha seguido con el número 79/2.011 ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número Uno de Valladolid, en el que se desestima por el Juez de Instancia la solicitud del ahora apelante de autorización para el traslado del lugar de residencia de su hija menor de edad a Costa Rica.

En el escrito de interposición del recurso de apelación se interesa la revocación de la referida resolución cuestionándose la decisión adoptada en la instancia, suscitándose además con carácter subsidiario una suerte de infracción procesal cometida en la instancia que determinase la procedencia de una declaración de retroacción de las actuaciones a un momento anterior al del dictado de la resolución recurrida para que se acordase la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Formulado en estos términos el recurso de apelación debe indicarse al respecto por esta Sala, en primer lugar, que no resulta procesalmente procedente la formulación subsidiaria de una pretendida nulidad de actuaciones que no es formalmente denunciada, ya que de haberse producido una infracción procesal determinante de esa nulidad su formulación debería ser prioritaria y necesariamente examinable antes de entrarse a conocer el fondo de la cuestión debatida.

En todo caso, resulta que no concurre aquí ningún atisbo de nulidad por causa de infracción de procedimiento que hubiere sido causante de indefensión, ya que el artículo 158 del Código Civil que determina la procedente adopción de determinadas medidas no prevé trámite alguno para ello, ni remite a ningún procedimiento concreto, de tal forma que se admite

expresamente la posibilidad de adopción de estas medidas "...dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria", sin que por ello resultase exigible el trámite procesal de comparecencia a que se refiere el artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la adopción de las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, y por tanto fuera del ámbito al que se refiere la pretensión articulada por el Sr. Bienvenido.

En cuanto a la cuestión propiamente de fondo, no puede esta Sala sino confirmar la decisión adoptada al respecto por el Juez de Instancia, en cuanto se entiende que la misma no solo es plenamente ajustada a derecho, compartiendo esta Sala al objeto de evitar innecesarias repeticiones unos razonamientos que se hacen enteramente propios, sino que además resulta consecuente con la absoluta carencia de prueba alguna que sustente la petición efectuada por el Sr. Bienvenido, dado que no solo no consta dato alguno que acredite que efectivamente su empresa se ha instalado en Costa Rica, sino que ninguna justificación se aporta del alegado interés de la misma porque D. Bienvenido forme parte integrante del equipo humano que se traslade a dicho país, ni de las condiciones económicas, familiares o personales en que hubiera de practicarse dicho traslado, tiempo mínimo estipulado de estancia en el país extranjero y otras consideraciones que resultarían determinantes para valorar si al superior interés de la menor que ahora interesa proteger le conviene un traslado como el sugerido, o si resulta más conveniente que la menor permanezca en el ámbito familiar y personal en el que se ha desarrollado hasta la fecha su existencia. Es por todo lo indicado que el recurso interpuesto no puede ser estimado.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Auto de 24 de enero de 2012.

Si una de las partes pide la celebración de vista, el Juez, antes de decidir el incidente de ejecución, debe pronunciarse expresamente sobre esta petición, si bien no se declara la nulidad de actuaciones dado que la parte solicitante no expuso los motivos o razones por las consideraba imprescindible la vista.

El primer motivo del recurso de apelación pretende la nulidad de las actuaciones por considerar infringido el artículo 560 de la LEC, ya que al formular la oposición el recurrente demandado solicitó expresamente la celebración de vista sin que el tribunal haya resuelto expresamente acerca de la procedencia o improcedencia de la misma, por lo que se le ha ocasionado una manifiesta indefensión al no haber podido recurrir expresamente, en su caso, la decisión del tribunal, que tácitamente ha entendido que la controversia podría resolverse con los documentos aportados.

Es cierto que el artículo 560 establece que las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de esta, podrán solicitar la celebración de vista, que el tribunal acordará mediante providencia si la controversia sobre la oposición no pudiese resolverse con los documentos aportados, añadiendo el párrafo siguiente que si no se solicitara la vista o el tribunal no considerase procedente su celebración, se resolverá sin más trámites la oposición conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

De todo ello, parece evidente que es exigible al órgano jurisdiccional una decisión expresa sobre la necesidad de celebrar vista o, por el contrario, considerar la misma improcedente al poder resolverse la controversia únicamente con los documentos aportados a las actuaciones.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, que la Ley Orgánica del Poder Judicial en los artículos 238 y siguientes regula la nulidad de los actos judiciales, incluyendo entre las posibles causas de nulidad de pleno derecho cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

Es decir, no basta con que se prescinda de las normas del procedimiento, sino que debe haber una

efectiva indefensión para la parte como consecuencia de esa infracción de normas procesales, siendo reiterada la jurisprudencia y sobradamente conocida por el letrado recurrente, que exige que al menos se deje constancia clara y precisa de cuáles serían los actos procesales o alegaciones que hubiesen podido invocarse o realizarse en el acto omitido o indebidamente practicado, con el fin de poder decidir si efectivamente esa infracción ha provocado la situación de indefensión, contraria al principio de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española. En el mismo sentido se manifiesta la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 225.

Conforme a los artículos 238. 3º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225. 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los actos procesales serán nulos de pleno derecho, entre otros caso, cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión; añadiendo los artículos 240 y 227.1, de las mismas leyes, respectivamente, que la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate.

... En el presente caso es cierto que se ha cometido una irregularidad procesal, pues como decimos, el juez de instancia no dictó una resolución expresa, habiendo privado, en principio, a la parte demandada de ejecución de la posibilidad de acudir a la vista, pero, hay que tener en cuenta que en ningún momento en la solicitud de celebración de vista se aclaran los motivos o razones por las que la misma se considera imprescindible.

CUESTIONES PROCESALES

¿Es correcto presentar una demanda de modificación de medidas pidiendo la extinción de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, y dirigirla exclusivamente contra ésta al entender que ya no convive con la madre?

En relación con la legitimación pasiva en el proceso de modificación de medidas acordadas judicialmente en los procesos de separación y divorcio, la jurisprudencia otorga capacidad únicamente a los cónyuges que fueron parte del proceso matrimonial y al Ministerio Fiscal en caso de que existan hijos menores de edad. Por ello, existirá falta de legitimación pasiva “ad caussam”, por cuanto ésta sólo la ostenta, en un supuesto como el presente, el progenitor con el que convive la misma aunque haya alcanzado la mayoría de edad, como ad-

ministrador de los alimentos de ésta mientras con ella conviva, y también una falta de “legitimatío ad processum” de la hija mayor de edad, dado que en este procedimiento solo tienen la condición de parte procesal legítima quienes la tenían para serlo en el proceso en el que se establecieron las medidas cuya modificación se interesa, es decir, los cónyuges, pues así se deduce de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 775-1 del mismo Texto Legal.

LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

En el procedimiento de divorcio la esposa solicitó la atribución del uso de la vivienda familiar, petición que fue concedida en la Sentencia que declaró extinguido el matrimonio y que aprobó el convenio regulador presentado por ambos cónyuges. Posteriormente al instar el esposo la liquidación de la sociedad de gananciales y no incluir en el activo otro inmueble distinto que adquirió antes de contraerse el matrimonio, aunque en parte se pagó después, la ex esposa pretende que se aplique a éste inmueble el artículo 1354 del Código Civil y no el art. 1.357 del mismo cuerpo legal, de tal forma que una parte se considere ganancial ¿Puede prosperar la tesis de la ex esposa?

Con tal pretensión la ex esposa contrae sus propios actos en el proceso de divorcio, donde ambas partes manifestaron que el domicilio familiar estaba radicado en una determinada vivienda. En consecuencia, la segunda vivienda mantendrá en cuanto a su titularidad el carácter enteramente privativo del esposo sin perjuicio del crédito de la sociedad de gananciales contra éste por las cantidades pagadas constante matrimonio con dinero ganancial para amortización del préstamo

hipotecario con el que se financió una parte del precio. El beneficio que otorga el art. 1354 del Código Civil solo es aplicable a la vivienda que ha tenido en algún momento el carácter de familiar, no pudiendo en consecuencia considerarse la existencia de un pro indiviso, aunque parte del dinero se haya pagado constante el matrimonio, cuando el inmueble se adquirió y se inscribió en el Registro de la Propiedad antes de que se contrajese el matrimonio.

LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

A finales de 2004 el esposo sufrió lesiones en un accidente por las que percibió una indemnización por un total de 300.000 euros. Nada más recibir la indemnización constituyó un depósito bancario conjuntamente con su esposa y a partir de aquí hubo continuos actos de disposición y confusión entre ese dinero y el resto con el que contaba el matrimonio, incluyendo el procedente de su trabajo y el de préstamos conjuntos, adquiriendo incluso posteriormente una vivienda con carácter ganancial. En el momento de formación de inventario, el esposo pretende que se excluya del activo la vivienda que adquirieron y que se incluya en el pasivo un crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe de lo que se adquirió con el resto del importe de la indemnización, a lo que se opone la esposa al considerar que todos los bienes tienen carácter ganancial y no debe incluirse ninguna partida de pasivo ¿Cuál de ellos lleva razón?

Debemos partir del carácter privativo de la indemnización, y llegados a este punto existen dos tendencias jurisprudenciales, por un lado la que entiende que todos los actos posteriores evidencian la inequívoca voluntad del esposo de atribuir a dicha indemnización el carácter ganancial, puesto que cuando se adquirieron los distintos bienes, especialmente la vivienda, se hizo con carácter ganancial, sin hacer reserva alguna pese a que parte de lo abonado como pagos previos a la escritura pública provenía de la indemnización (AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 14 de abril de 2011 y AP Burgos, Sec. 2.^a, Sentencia de 12 de junio de 2003). En cambio, otro sector de la jurisprudencia menor sostiene que el mero hecho

de que la indemnización se ingrese en una cuenta conjunta en modo alguno permite presumir atribución de ganancialidad, porque sólo supone la aportación a un depósito bancario e incluso aunque la finalidad sea atender a deudas gananciales resulta obvio que esa aportación de dinero privativo supone una aportación patrimonial personal a una deuda del patrimonio común, que no excluye su derecho al reembolso (AP León, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de febrero de 2011 y AP Asturias, Sec. 4.^a, Sentencia de 4 de junio de 2007). Lamentablemente, no se ha dictado ninguna Sentencia por el Tribunal Supremo resolviendo un recurso de casación para unificación de la doctrina de las Audiencias Provinciales.

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La acción de división de cosa común puede ejercitarse dentro del procedimiento de separación o divorcio

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 162 de 7 de julio de 2012), en su disposición final tercera modifica los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La modificación de estos preceptos tiene como finalidad la aplicación de la mediación dentro del proceso civil. Se regula así la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación. Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Por otro lado, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma. La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil comprende, por último, la de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución. Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución.

Sin embargo, entre las modificaciones realizadas se introduce una que no está relacionada directamente con la Ley de Mediación, nos referimos la inclusión de una excepción 4.ª al apartado 3 del artículo 438, con la siguiente redacción:

«4.ª En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos.»

La razón de ser de esta modificación hay que buscarla en la Sentencia 21/2012, de 16 de febrero de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional Sentencia (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2012) que declaró inconstitucional y nulo el artículo 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia que precisamente permitía, dentro del ámbito del derecho foral catalán, el ejercicio de la acción de división de cosa común dentro del procedimiento matrimonial.

PROPUESTA DE LEY CIVIL VASCA

Pretende ser la piedra angular de derecho civil vasco

La Academia Vasca de Derecho/Zuzenbidearen Euskal Akademia y el Grupo de Estudio del Derecho Civil Foral del País Vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, con la aprobación de la Junta de Gobierno de éste último, han elaborado una Propuesta de Ley Civil Vasca que será remitida a los Grupos Políticos que forman parte del Parlamento Vasco y a otras Instituciones Jurídicas para su difusión y tramitación legislativa.

Esta propuesta de ley pretende ser la piedra angular del derecho civil vasco “que nace de las raíces inequívocamente forales de su origen y se extiende a toda la Comunidad Autónoma del País Vasco”.

Su contenido regula las Fuentes del Derecho civil vasco y los principios inspiradores de la Ley Civil Vasca, su ámbito de aplicación, la vecindad civil (institución clave para el desarrollo del derecho civil vasco, el territorio en el Derecho civil vasco). Aborda los principios de Derecho patrimonial, las sucesiones y el régimen económico matrimonial.

Al texto íntegro de la Propuesta de ley puede accederse en la siguiente dirección:
<http://www.icasv-bilbao.com/images/actualidad/PropuestaLeyCivilVasca.pdf>



SEVILLA

XVII Jornadas de Derecho de Familia

Durante los días 27 y 28 de septiembre de 2012, se celebrarán en el salón de Actos de la Fundación Cajasol, las XVII jornadas de Derecho de Familia de Sevilla en las que se tratarán los siguientes temas:

RÉGIMEN DE VISITAS: PROBLEMAS DE EJECUCIÓN EN VÍA CIVIL Y PENAL: Consideraciones generales; formas de cumplimiento de régimen de visitas; consecuencias de incumplimiento por cualquiera de los progenitores; modificación, suspensión o supresión del régimen de visitas. Dña. Susana Moya Medina. Abogada.

NUEVO RÉGIMEN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DESPUÉS DE LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: Requisitos para su concesión; circunstancias a valorar para su cuantificación; temporalidad; situaciones por las que desaparece el desequilibrio; momento del abono de la nueva cuantía, después de ser modificada. Dña. Pilar González Vicente. Magistrada.

UNIONES DE HECHO. ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE LA CONVIVENCIA Y LA RUPTURA: La regulación de las relaciones económicas y patrimoniales de la pareja de hecho; aspectos jurídicos derivados de la convivencia de la pareja de hecho; los efectos de la ruptura. Liquidación del patrimonio formado durante la convivencia; fórmulas indemnizatorias en caso de ruptura. D. Julio Picatoste Bobillo. Magistrado.

CÓMO CONSEGUIR UNA TRIBUTACIÓN MÁS FAVORABLE EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA: El régimen tributario general de las liquidaciones de la sociedad de gananciales y de la herencia; los excesos de adjudicación, su concepto, origen y tributación; posibilidades de evitar la aparición de excesos de adjudicación. D. Alfonso Polo Soriano. Abogado.

CRISIS ECONÓMICA Y PENSIÓN ALIMENTICIA: Fijación, reducción y extinción; posibilidad de demanda de modificación, así como medidas provisionales. D. Ramón Tamborero y del Pino

Las jornadas finalizarán con el foro abierto que dirigirán D. Antonio Javier Pérez Martín y D.^a María Pérez Galván.



MADRID

Encuentro de la AEAFA con el Consejo General del Poder Judicial



CÁDIZ

Jornadas de Derecho de Familia



MEMENTO EXPERTO-Crisis matrimoniales

Coordinadora: Encarnación Roca Trías

Editorial: Ediciones Francis Lefebvre - Madrid 2012 - 387 pág.

Un estudio detallado y eminentemente práctico de la regulación del divorcio y la separación matrimonial, sus causas y efectos, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Aborda el estudio de la normativa tanto estatal como autonómica. Incluye la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor. Analiza en detalle la figura de la mediación de acuerdo con la reciente regulación contenida en el RDL 5/2012.



La modificación y extinción de las medidas

Antonio Javier Pérez Martín

Editorial Lex Nova - Valladolid 2012 - 1060 pág.

En este libro, que alcanza su segunda edición, se analizan una por una todas las peticiones de modificación y extinción de las medidas tanto personales como económicas, incorporando la última jurisprudencia de nuestros tribunales como la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 que excluye a los hijos mayores de edad del derecho de uso de la vivienda familiar.



La guarda y custodia compartida (Una Medida Familiar igualitaria)

Aurelia María Romero Coloma

Editorial Reus 2011 - 198 pág.

La autora, asociada por Cádiz de la AEFA, profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de la Frontera y galardonada con el Premio José Corrales de nuestra Asociación en el año 2010, aborda en esta monografía la problemática de la actual regulación de la guarda y custodia compartida. En su obra la autora se muestra partidaria de esta opción de custodia en tanto en cuanto las condiciones de ambos progenitores la permitan sobre la base de que es el marco ideal para que los hijos se desarrollen sin traumas.



La determinación judicial de la filiación

Mª Corona Quesada González

Editorial Bosch, S.A. - Barcelona 2012 - 377 pág.

Esta obra, distingue los medios de determinación y de acreditación de la filiación de los simples medios de prueba de la filiación. La determinación judicial de la filiación ofrece, en definitiva, un marco de referencia para el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad o de la maternidad, combinado con un exhaustivo análisis de jurisprudencia, un apartado práctico de preguntas y respuestas y una completa selección de formularios.



Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho

Coordinadora: Ana Rodríguez Álvarez

Editorial Aranzadi, S.A. - Pamplona 2012 - 237 pág.

La sociedad española ya no contempla el matrimonio como la única alternativa en orden a vivir en pareja y a contar con una cobertura legal de ese vínculo afectivo y de los hijos que del mismo nacen; sin embargo, las garantías legales que revisten este tipo de uniones distan en mucho de equipararse a las de una pareja casada.

La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas en los artículos, comentarios y reseñas firmadas que publica.

A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 11/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, la ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley; para obtener la debida autorización puede dirigirse a ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (aeafa@aeafa.es). La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no aceptará responsabilidad alguna por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

PRESIDENTE DE HONOR

D. LuíS Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

JUNTA DIRECTIVA

D. Gonzalo Pueyo Puente. Presidente
D^a M^a Gabriela Domingo Corpas. Vicepresidenta
D^a Isabel Bonilla Moreno. Tesorera
D. José LuíS Ferrer-Sama Pérez. Secretario
D^a M^a Dolores Azaustre Garrido. Vocal
D^a Pilar Cunchillos Pérez. Vocal
D. Fernando Hernández Espino. Vocal
D^a M^a Antonia Mateu Gelabert. Vocal
D^a M^a Mercedes Mira Cortadellas. Vocal
D. Santiago de Miotá Navarro. Vocal
D. Jose Gabriel Ortolá Dinnbier. Vocal

COMITÉ DE REDACCIÓN

D^a Pilar Cunchillos Pérez
D^a M^a Mercedes Mira Cortadellas
Colabora: Lexfamily S.L.

 ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

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