

# Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN  
ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS DE  
FAMILIA

Año XVIII Número 70 - Noviembre 2013

## A LOS LECTORES

### **A vueltas con las tasas judiciales**

FERNANDO HERNANDEZ ESPINO

*Desde la entrada en vigor de la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y a pesar del contenido del Real Decreto-Ley 3/2013 de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, la exigencia de las tasas judiciales tanto en los “procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, como en los de “división judicial de patrimonios”, está siendo fuente de constante discusión, no resultándonos extraño ya, el que a diario se susciten miles de dudas respecto de si en un determinado procedimiento o recurso deba o no exigirse la tasa judicial, siendo los Jueces o Secretarios Judiciales, quienes con sus acuerdos o resoluciones, acertados o no, tratan al menos con buena voluntad, de intentar unificar criterios, y suplir las lagunas y deficiencias de las que referida norma adolece, y ello evidentemente, es del todo inaceptable, cuando la tasa judicial en cuestión, se trata de aplicar en los procesos de familia.*

*En el comunicado que nuestro Presidente remitió en nombre de la AEAFA a los portavoces del Grupo Popular de las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado con ocasión del entonces proyecto de ley, ponía claramente de manifiesto, la circunstancia de que en este tipo de procesos los ciudadanos no solo tienen el derecho de acudir a los Tribunales en defensa de sus legítimos derechos sino que es la única vía que tienen precisamente por tratarse de cuestiones de orden público, o lo que es lo mismo, y transcribo literalmente - “Los ciudadanos vienen obligados por imperativo legal a acudir a los tribunales para solventar todas aquellas cuestiones que afecten a su estado civil y al orden público en sus relaciones matrimoniales y paterno/filiales; es una necesidad ineludible. No tienen alternativa posible que justificaría la imposición de la tasa por recurrir a los tribunales.”*

## SUMARIO

### 01 Editorial

### 03 Enmiendas de la AEAFA al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental

### 22 Jurisprudencia comentada

Pago de hipoteca en separación de bienes

No es necesario formular reconvencción para solicitar la pensión compensatoria

Peticiones de nulidad de la compraventa en el proceso de liquidación de gananciales

Atribución de la custodia a un solo progenitor para que puedan relacionarse los hermanos

Cambio de custodia por provocar la madre el alejamiento de la figura paterna

Cambio de opinión del menor después de la sentencia que atribuye su custodia

Admisión del informe de detectives aportado en el acto del juicio

Inviabilidad de la custodia compartida

Acción de enriquecimiento injusto

Petición de pensión compensatoria en el divorcio, cuando antes se tramitó la separación

Petición de nulidad por falta de traslado del resultado de la exploración

Supresión de la pernocta

Impugnación de la filiación cuando no existe posesión de estado

Hija que comienza una segunda carrera

Ausencia del trámite de la vista

Patria potestad y cuentas bancarias

Derechos hereditarios tras la determinación de la filiación

### 41 Casos prácticos

### 42 Noticias

### 48 Información bibliográfica

Es cierto por otra parte, que referida norma establece exenciones objetivas de la tasa para la interposición de la demanda y presentación de ulteriores recursos en relación con los procesos de capacidad, filiación y menores, así como en los procesos matrimoniales que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de estos, etc., pero es que, aunque no concurriesen hijos menores de edad o incapaces, para obtener una declaración de nulidad, separación o divorcio, ineludiblemente hay que acudir a los tribunales, de ahí que la exención objetiva de dicha tasa debe también extenderse a los procesos en los que su resultado son las citadas últimas declaraciones, y este debe ser nuestro empeño como Abogados de familia.

Es evidente que la Tasa judicial está empezando a tener un efecto, disuasorio, y de manera muy significativa en lo que afecta a los recursos, al pretender con su imposición reducir de manera drástica la litigiosidad a la que debe hacer frente el sistema judicial español, lo cual atenta gravemente contra varios derechos constitucionales, y principalmente vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pero además de efecto disuasorio, tiene en referencia a estos procesos de familia, una finalidad claramente recaudatoria y por cierto nada equitativa, pues no encuentro otra explicación a la exacción obligatoria de la tasa, si tenemos en cuenta, que yo sepa, hoy por hoy en España, para separarse o divorciarse hay que acudir al Juzgado y no precisamente por capricho o para abusar de la justicia, sino porque así está establecido por Ley, por lo que, el que un matrimonio sin hijos, tenga que pagar una tasa para separarse o divorciarse, desde luego que no puede tener dicha exacción otra finalidad, que no sea la de recaudar, pues me cuesta mucho creer que la intención del legislador con la aplicación de la tasa en este caso, haya sido para disuadirles de que se separen o divorcien.

Pero es que además, aun considerando lícita la finalidad perseguida por el legislador de subvenir al coste que supone la Administración de Justicia (así se reconoce ex-presamente en la Exposición de Motivos de la Ley –“ la determinación de la carga tributaria no se hace a partir de la capacidad económica del contribuyente, sino del coste del servicio prestado”), tampoco estaría justificado exigir el pago de una tasa judicial a quien no puede considerarse beneficiado por la actuación judicial, y no tiene la consideración de tal beneficiado, quien se ve obligado a solicitar un pronunciamiento de separación o divorcio mediante una demanda contenciosa en la que no concurren hijos menores de edad o incapacitados y no se solicita ninguna medida complementaria y ser éste el único instrumento legal para ello, y además sin posibilidad legal alguna de obtener dicha declaración de separación o divorcio fuera de un proceso judicial, que evite acudir a los tribunales.

Recientemente, se ha planteado por la Sala de lo Contencioso –Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 7ª, mediante Auto de fecha 6 de septiembre de 2013, Cuestión de Inconstitucionalidad, que yendo más allá del mero acto de la exigencia de la tasa, parte de la base de que el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, queda conculcado, no por la exigencia del pago de una tasa, exigencia esta que la considera lícita en la manera de cómo quedó establecida por la Sentencia del T.C. 20/2012 de 16 de febrero, sino por las consecuencias procesales y sustantivas derivadas de la falta de dicho pago (-la preclusión del acto procesal y la consiguiente continuación o finalización del procedimiento según proceda- art. 8.2 de la Ley 10/2012-). Y así en este sentido, viene a dejar establecido en su Fundamento de Derecho Sexto: “la exigencia de una tasa, dentro de ciertos límites y procedimientos y circunstancias, es perfectamente constitucional, lo que puede no ser constitucional, es que el pago de dicha tasa, condicione: primero, la posibilidad de acceder a la jurisdicción, y segundo la posibilidad de obtener la tutela judicial; y son estas dos consecuencias inevitables, si no se pagan las tasas, las que se pueden considerar inconstitucionales.”

Y este es el panorama que tenemos ante la polémica ley de Tasas, que tantas críticas, dudas e inseguridad jurídica está produciendo, y que no nos queda otro remedio que, o esperar a que se reforme la norma, o esperar pacientemente a que el Tribunal Constitucional la declare inconstitucional, cuando después de un largo camino resuelva los muy diversos Recursos de Inconstitucionalidad que se han venido interponiendo desde la promulgación de la citada Ley 10/2012, comenzando por los primeros admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional en el mes de marzo del presente año de 2.013, -el interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo parlamentario Socialista (Rec.nº 973/2013), el promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña (Rec.nº 995/2013) o el igualmente instado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ( Rec.nº 1024/2013) -, hasta los recientemente admitidos a trámite en el pasado mes de septiembre, interpuestos por la Diputación General de Aragón (Rec.nº 4948/2013) y por el Gobierno de Canarias (Rec.4972/2013), además de la reciente Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional antes referida.





# INFORME

Tras la petición realizada por el Ministerio de Justicia, el grupo de expertos designado por la AEAFA redactó el siguiente informe.

## Enmiendas al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que propone la Asociación Española de Abogados de Familia

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. MODIFICACIONES SUSTANTIVAS
  - Modificaciones del Código Civil
- III. MODIFICACIONES PROCESALES
  - Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil
  - Modificaciones de la Ley del Registro Civil
  - Modificaciones de la ley de Mediación
- IV. DISPOSICIONES ADICIONALES Y TRANSITORIAS

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no solo ha procurado adecuar la propuesta de Anteproyecto de Ley a la más reciente jurisprudencia sino que también propone la introducción de cambios sustanciales en aquellas normas que, desde la experiencia profesional que conlleva el ejercicio y aplicación directa del derecho en el ámbito de familia, se han revelado insuficientes para resolver los conflictos que se generan tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal.

El trabajo se ha dividido en dos partes. La primera que hace referencia a las modificaciones que se pretenden del Código Civil, es decir, aquellas de carácter sustantivo y, la segunda, las referidas a la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás leyes afectadas.

En la parte sustantiva cada propuesta de cambio de precepto va acompañada de la justificación que fundamenta el cambio reclamado para una mejor comprensión de lo que motiva tal cambio. Por el contrario, en la parte procesal, se ha hecho necesario una visión conjunta que ponga de manifiesto las ventajas

del cambio que se propone por lo que la justificación y necesidad de la propuesta se vierte al comienzo de la propuesta.

En líneas generales en el aspecto sustantivos, se ha abordado el contenido del convenio regulador analizando y comparando la situación inicial que estableció el legislador de 1981 con el texto actualmente vigente, resultado de las reformas aportadas por la Ley 42/2003 de 21 de noviembre y de la Ley 15/2005 de 8 de Julio, legándose a la conclusión de que tal cambio no ha resultado del todo satisfactorio en la obtención de su finalidad pues se mantiene la duda de si el contenido del convenio regulador no sólo era de mínimos sino de máximos, lo que lleva a abogar por un texto que, manteniendo la estructura del artículo del Anteproyecto, garantice lo mejor posible la finalidad del mismo y fije con claridad su contenido en función a las circunstancias de los cónyuges otorgantes; igualmente se trata de fijar su eficacia.

No se considera adecuado que en materia de de-

recho dispositivo se imponga a las partes la obligatoriedad de instar la liquidación de la sociedad de gananciales en un momento determinado del proceso, si bien se aboga por adelantar el efecto de la disolución del régimen económico al momento de la presentación de la demanda.

Se suprime la posibilidad de establecer medidas definitivas en ejecución de sentencia pues sería necesaria la existencia de un procedimiento que no se establece ni está establecido.

Reservado el art. 92 C.C. a regular la patria potestad y el art 92 bis C.C. la guarda y custodia parece conveniente que queden sintetizados y claros los aspectos que se regulan en una y otra.

Importancia técnica tiene el sustituir los “expertos” del número 4 del art. 92 bis Anteproyecto por los “peritos”, pues estos son una figura procesalmente conocida y regulada en la LEC.

El art. 93 contiene una terminología variada fijando que el Juez siempre determinará tres clases de pagos: La contribución para las cargas familiares, la pensión de alimentos por las necesidades ordinarias y los gastos necesarios extraordinarios, lo que provoca confusión e inseguridad, lo que aconseja un nuevo texto.

En cuanto al uso del domicilio familiar se recoge la doctrina del TS plasmada en la sentencia de 21/05/2012 mediante la cual se reafirma la connotación alimenticia que la atribución de dicho uso conlleva y, en consecuencia, se limita el mismo a la protección debida a los hijos menores de edad por lo que no se contempla tal atribución a favor de los hijos mayores de edad ni a favor uno de los progenitores en razón a la convivencia con dichos hijos mayores de edad, pues salvo en los supuestos de separación, la obligación alimenticia entre los cónyuges queda extinguida por lo que la necesidad de uno u otro cónyuge no puede ser atendida por esa vía y si bien, la emancipación por mayor edad no extingue por sí sola la obligación alimenticia, la atención de dichos alimentos debidos ha de ser por la vía del art. 142 y ss como previene el art. 93 del CC.

Se opta por la disolución del régimen económico en los procedimientos de mutuo acuerdo con la admisión a trámite de la demanda y en los procedimientos contenciosos al momento de convocarse a las partes a la Audiencia Previa una vez establecida la relación procesal.

En lo que a la pensión compensatoria afecta, entendemos que la redacción del art. 97 que contempla la propuesta de Anteproyecto no se ajusta al criterio jurisprudencial del TS (STS 864/2.010, de Pleno, de 19 de enero) según el cual las circunstancias del artículo 97 CC tiene una doble función al actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una

de las circunstancias y, una vez determinada la concurrencia del mismo, como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. Por otro lado, en lo que a la posibilidad de modificación de dicha pensión consideramos que lo más aconsejable es mantener el art. 100 en su actual redacción, más clara y concisa, si bien precisándose que en ningún caso puede ser objeto de incremento.

Como se ha dicho más arriba el mantenimiento de los arts. 81 y 86 del CC en su actual redacción hace que se considere en los mutuos acuerdos que la presentación de la demanda debe conllevar la disolución del régimen económico y, en los contenciosos, al momento de la convocatoria a la Audiencia Previa pues el hecho de que el mero transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio permita a cualquiera de los cónyuges instar la disolución del matrimonio por divorcio y al consentir el art. 770 de la LEC la reconvenición solicitando el divorcio por quien es demandado de separación, es obvio que salvo reconciliación siempre se va a producir una sentencia estimatoria, luego la suspensión de los efectos del régimen económico no tiene sentido. Se le añade el plus de que ofrece una mayor garantía y seguridad jurídica que acordar la suspensión de los efectos, evitando riesgos de un posible alzamiento y mayor garantía a los terceros.

En la redacción del art. 103 se han ampliado los supuestos de riesgo de sustracción del menor a los casos de traslado ilícito y cambio de domicilio.

Hemos entendido necesario eliminar algunas imprecisiones que contiene la redacción del art. 152 del CC pues parece que proclama que el hecho de contraer matrimonio provoca por sí mismo la extinción de la obligación alimenticia cuando lo cierto es que lo que conlleva es la modificación del sujeto obligado al pago. De la misma manera si se introduce como causa de extinción de la obligación alimenticia la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el alimentante y el alimentista, si es por causa imputable a éste último.

Asimismo, consideramos que es ineludible que, en relación al contenido de la patria potestad y ante la falta de concreción de qué facultades son de ineludible consenso, sea el juez quien fije, a falta de acuerdo, qué decisiones habrán de ser adoptadas conjuntamente por ambos progenitores o por uno de ellos con autorización judicial y se introduce además, la posibilidad de recurso en las decisiones que el Juez adopte en las discordias que se planteen en el ejercicio de la misma.

En el ámbito procesal y a falta ese acuerdo, los cónyuges se ven abocados a un procedimiento especial que procesalmente está provocando innumerables disfunciones creando, en la mayoría de las veces, situaciones de indefensión por la imprecisión de sus trámites.

Es por esa razón por la que se aboga que el cauce procedimental para tramitar las separaciones y divorcios contenciosos, los procedimientos que tienen por objeto la adopción de medidas en relación a los hijos no matrimoniales, las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil, así como los procedimientos de modificación de medidas, sea el juicio ordinario.

Las razones de tal propuesta vienen fundamentadas en el tiempo de duración va a ser prácticamente el mismo que el actual juicio verbal pese a lo que pueda parecer en un principio pues según el sistema actual pueden darse el caso de que las partes y sus abogados tengan que comparecer, al menos, en tres ocasiones ante el tribunal, mientras que con el procedimiento ordinario las comparecencias ante el Tribunal, como regla general, se reducirían a dos ocasiones (Audiencia Previa y juicio). La mayor ventaja es que previa a la celebración del juicio se hallarán practicadas todas las pruebas documentales y periciales quedando solo pendientes de práctica los interrogatorios de las partes, testigos y aclaraciones periciales; sin olvidar además que, en determinados casos, tras celebrarse la Audiencia Previa, el juicio podría quedar visto para sentencia.

Por lo que se refiere a las parejas de hecho, el texto del anteproyecto sigue obviando las peticiones entre convivientes relativas a reclamaciones compensatorias o indemnizaciones, ya sea de las previstas en alguna de las legislaciones autonómicas o la que se viene estableciendo cuando se acude a la analogía o al principio general de evitar el enriquecimiento injusto. Por ello, se considera adecuado que se amplíe el objeto del proceso a éstas, dejando fuera del litigio solo aquellas pretensiones patrimoniales que pudieran existir entre los integrantes de la pareja de hecho en orden a la liquidación del patrimonio común.

No creemos conveniente que el Secretario judicial pueda aperturar de oficio la liquidación del régimen económico matrimonial, pues la práctica aconseja no mezclar el procedimiento de separación y divorcio con la liquidación del régimen y dejar a la libre decisión de cualquiera de los cónyuges cuándo consideran más adecuado iniciar el proceso liquidatorio como facultad que le es inherente al ser una cuestión de derecho dispositivo.

## II. REFORMAS SUSTANTIVAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL

### Art. 90 del CC.

La finalidad que el legislador de 1981 atribuyó al art. 90 C.C. fue la de fijar el contenido mínimo (“deberá referirse, al menos”) del convenio al que se refieren

los arts. 81 y 86 C.C. El texto actualmente vigente (“deberá contener, al menos”), resultado de las reformas aportadas por la Ley 42/2003 de 21 de noviembre y de la Ley 15/2005 de 8 de Julio, no ha resultado del todo satisfactorio en la obtención de su finalidad lo que ha dado lugar a que se planteara ante los Tribunales si el contenido del convenio regulador contemplado en el art. 90 C.C. no sólo era de mínimos sino de máximos. Y algún Juzgado ha sido renuente a permitir en el convenio pactos de contenido diferente al reseñado en el mencionado artículo.

Todo ello nos lleva a proponer un texto que manteniendo la estructura del artículo del Anteproyecto garantice lo mejor posible la finalidad del artículo y deje claro el contenido mismo según cuales sean las circunstancias de los cónyuges otorgantes.

Se introduce también el concretar desde que momento tiene eficacia el convenio, lo que evitará más de una controversia.

Por otra parte no cabe en materia de derecho dispositivo imponer a los cónyuges la obligatoriedad de solicitar la formación de inventario y, en consecuencia, debe eliminarse el párrafo f) del número 1 del art. 90 según el texto del Anteproyecto.

Así la propuesta de redacción sería:

Uno.- Se modifica el artículo 90, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“1. El Convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 96 deberá contener al menos los siguientes extremos:*

*a) El ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos menores de edad o incapacitados con inclusión de los pactos sobre:*

*1º La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.*

*2º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda, el cuidado y educación de los mismos.*

*3º Los periodos de convivencia y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con cada uno, concretando las reglas de entrega y recogida.*

*b) Si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.*

*c) La contribución a los alimentos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como a las extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso.*

*d) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, cuando no se hubiera dado un destino definitivo, así como la duración y condiciones que al*

respecto se pacten, debiendo tenerse en cuenta la repercusión que tal atribución haya de tener, en su caso, sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos de los hijos o las compensaciones económicas entre los cónyuges.

2º Los acuerdos de los cónyuges o convivientes, para regular las consecuencias de la separación o divorcio o de su ruptura, serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos. Desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

3º Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por las partes, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que fueron tenidas en cuenta o que eran conocidas en el momento de su adopción.

e) La pensión que, conforme al artículo 97 pueda corresponder satisfacer a uno de los cónyuges o las pensiones legalmente previstas entre convivientes, o en otro caso la renuncia a las mismas. La determinación o renuncia en su caso a la indemnización del artículo 1438.

2º Los acuerdos de los cónyuges o convivientes, para regular las consecuencias de la separación o divorcio o de su ruptura, serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o convivientes. Desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

3º Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por las partes, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de las citadas partes.

4º Las partes y el juez podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

5º Los Convenios tendrán eficacia desde la fecha de su suscripción salvo pacto en contrario”

## **Art. 91 del CC.**

En el número 1 sobra la expresión “en ejecución de las mismas” puesto que las medidas se establecen en una sentencia de separación, nulidad o divorcio pues la Sentencia de ejecución es para hacer cumplir lo establecido por la sentencia de separación, nulidad o divorcio, no para determinarlo. Para la adopción de estas medidas en ejecución de Sentencia haría falta un procedimiento que no se establece ni está establecido.

También en el número 1 debería suprimirse la expresión “la disolución del régimen económico” pues

respetando las causas específicas de cada uno de los regímenes económicos matrimoniales (por ejemplo los arts. 1392 y 1393 CC para los gananciales), en lo que aquí se regula (los procesos de separación, nulidad y divorcio) debería aplicarse la misma norma del art. 102 C.C., es decir que el régimen económico matrimonial queda disuelto con la admisión de la demanda.

Así la propuesta de redacción sería:

Dos.- Se modifica el artículo 91, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

“1.- En las sentencias de, separación, divorcio, nulidad o extinción en la convivencia, el Juez, en defecto del acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas definitivas en relación con el ejercicio de la patria potestad, la guarda, la vivienda familiar, las cargas familiares y alimentos, y las cautelas o garantías respectivas y la pensión compensatoria o indemnizaciones que procedan.

2.- Estas medidas podrán ser modificadas judicialmente o por convenio aprobado por el Juez cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias que fueron tenidas en cuenta o que eran conocidas en el momento de su adopción.

3.- Las partes podrán voluntariamente someter sus discrepancias a mediación familiar, con vistas a llegar a un acuerdo, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales o en cualquier momento con posterioridad. Asimismo el Juez podrá proponer una solución de mediación en caso de presentación de la demanda judicial si, atendiendo a las circunstancias concurrentes estima posible que lleguen a un acuerdo”

## **Art. 92 del CC.**

El Anteproyecto desdobra el art. 92 CC en dos artículos, uno dedicado a regular la patria potestad (art. 92) y el otro la guarda y custodia (art. 92 bis) lo que debe permitir incluir en el art. 92 la obligación que también tienen los padres para con los hijos cuando se extingue la simple convivencia de los padres, supuesto que no se recoge y que debería serlo para así completar el alcance de las obligaciones de los padres.

Por el contrario no consideramos necesario que se incluya, por reiterativo, que el Juez debe velar por el cumplimiento del derecho de los hijos a ser oídos, lo que se recoge en el art. 9 L.O. 1/1996 de Protección del Menor de 15 de Enero ni el considerar prioritario el interés del menor que viene expresamente recogido y con fuerza en el art. 1 de la mencionada L.O. 1/1996; “En la aplicación de la presente ley primará el interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”

Así la propuesta de redacción sería:

Tres.- Se modifica el artículo 92, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

1.- *La separación, el divorcio, la nulidad o la extinción de la convivencia, no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*

2.- *La patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que el juez determine en interés de los hijos que dicho ejercicio corresponda total o parcialmente a uno de ellos.*

3. *En la Sentencia el Juez determinará qué decisiones habrán de adoptarse necesariamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento del otro o autorización judicial.*

4.- *En la Sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.*

### **Art. 92 bis del CC.**

Reservado el art. 92 C.C. a regular la patria potestad y el art 92 bis C.C. a la guarda y custodia, conviene que en éste queden sintetizados y claros los aspectos que de ésta se regulan y que son: 1) Que la guarda y custodia puede ser para uno de los progenitores o compartida y ello dependerá del interés del menor, pero en todo caso se relacionará con los dos progenitores; 2) Tener presente las relaciones con familiares; 3) Que el Juez pueda tener el asesoramiento técnico que necesite para decidir; 4) Cuidar la relación entre los hermanos; 5) Tener presente el caso excepcional de que ninguno de los progenitores fuese idóneo para cuidar a sus hijos. Estos cinco aspectos son los que se regulan en los cinco números del artículo.

El principio contenido en el párrafo primero del número 1 del art. 92 bis del Anteproyecto de que la guarda y custodia puede otorgarse, tanto a uno solo de los progenitores como a ambos en forma compartida, según lo que pida el interés del menor, es de tal importancia que debe quedar claro y destacado, por ello debe suprimirse el párrafo segundo del número 1 que, no hace más que añadir confusión al principio establecido en el párrafo primero.

No compartimos el criterio del número 5 del Anteproyecto, por automático. Es el Juez quien debe valorar cada caso, con lo cual nos encontramos en el supuesto 1 o 5 en el texto que proponemos y, por tanto, ya está previsto el supuesto contemplado.

Importancia técnica tiene el sustituir los “expertos” del número 4 del Anteproyecto por los “peritos”, pues estos son una figura procesalmente conocida y regulada en la LEC y los “expertos” no lo están, ni están regulados en parte alguna, con lo que su intervención lleva a una absoluta inseguridad jurídica.

Así la propuesta de redacción sería:

Cuatro.- Se modifica el artículo 92 bis, con la siguiente redacción:

*“1.- El Juez podrá acordar, en interés de los hijos que su guarda y custodia sea ejercida por uno solo o por los dos de forma compartida.*

*Para otorgar la guarda compartida el Juez tendrá en cuenta en todo caso la edad, la vinculación, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan con sus hijos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, para respetar los derechos del otro y para garantizar la relación de los hijos con el otro progenitor; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral, la ubicación de las residencias habituales de uno y otro progenitor, las relaciones que mantengan entre sí los progenitores, las estructuras de apoyo con las que cuenten, el número de hijos y cualquiera otra circunstancia de los progenitores o de los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia.*

2.- *En todo caso, el Juez deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los menores con cada progenitor durante el periodo en que no convivan con ellos.*

3.- *Podrá el Juez, si lo considera conveniente, para el interés del menor, determinar los periodos de estancia, relación y comunicación del menor con sus hermanos, abuelos, parientes y personas allegadas siempre que no medie por posición expresa de ambos progenitores o del hijo*

4.- *El Juez, podrá recabar dictamen pericial relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, el régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.*

5.- *El Juez al otorgar el régimen de guarda y el de estancia, relación y comunicación procurará no separar a los hermanos y adoptará las medidas que considere necesarias para garantizar el cumplimiento de los regímenes establecidos.*

6.- *Excepcionalmente, si el juez entiende que ninguno de los progenitores se encuentran capacitados para un ejercicio adecuado de la guarda de sus hijos podrá otorgarla a los familiares o allegados que, por las relaciones con ellos considere más idóneos y, si no los hubiere, a la entidad pública que en el territorio concreto tenga asignada la protección de los menores. En ese caso deberá pronunciarse sobre el modo de ejercicio de la patria potestad de los progenitores y sobre las facultades que se conceden a los guardadores”*

### **Art. 93 del CC.**

El Anteproyecto incluye una terminología variada y unos conceptos que no coordinan entre sí, así

habla de que el Juez determinará la “contribución... para satisfacer las cargas familiares” (número 1), determinará, igualmente, “la pensión de alimentos...por las necesidades ordinarias” (número 1) y determinará también “los gastos necesarios extraordinarios” (número 1)

Es decir, el Juez siempre, pues el Anteproyecto dice, “en todo caso”, determinará tres clases de pagos:

- La contribución para las cargas familiares
- La pensión de alimentos por las necesidades ordinarias
- Los gastos necesarios extraordinarios

Lo menos que puede decirse de este número 1 es que es confuso en los institutos que debe determinar el Juez si se trata de cargas familiares, de alimentos, o de gastos no comprendidos en los alimentos.

En el número 2 en un primer párrafo de difícil comprensión, se pretende definir los gastos ordinarios cosa que es innecesaria por ser concepto propio de la teoría general.

En el párrafo tercero se refiere a lo que llama “gastos voluntarios” que dice no responder a necesidades pero que los convierte en necesarios y asumibles por los titulares si se considerara conveniente para los hijos. ¿Pero todo esto quién debe hacerlo, en qué momentos y quién debe decidirlo? Todo ello y muchas cosas más que aparecen examinando el texto del Anteproyecto nos hacen aconsejar un nuevo texto que es el siguiente:

Así la propuesta de redacción sería:

Cinco.- Se modifica el artículo 93, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“1.- El Juez, determinará la contribución de cada progenitor a la pensión de los alimentos para los hijos y la proporción en la que deben contribuir a los gastos extraordinarios, entendiendo como tales los que no siendo periódicos, sean además imprevisibles e indeclinables y los sanitarios, que aun siendo periódicos no estén cubiertos por la Seguridad Social ni la mutua a la que pertenezcan. También se consideraran extraordinarios aquellos gastos de educación y formación de actividades convenientes para los hijos siempre que exista el acuerdo en las mismas en su caso, la pensión de alimentos de los hijos por las necesidades ordinarias y los gastos necesarios extraordinarios, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.*

*2. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, a instancias del progenitor*

*con quien convivan y en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes”*

## **Art. 94 del CC.**

Debe extenderse a la extinción de la convivencia para que coordine con los otros artículos.

Así la propuesta de redacción sería:

Seis.- Se modifica el artículo 94, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“1.- Las medidas de los artículos anteriores podrán ser aplicadas, en la extensión que proceda, a los hijos que tengan la capacidad judicialmente completada al tiempo de regular las consecuencias de la separación, divorcio, nulidad o extinción de la convivencia de sus progenitores.*

*Si el establecimiento de la institución de protección y apoyo de los hijos fuera posterior a la separación, divorcio, nulidad o extinción de la convivencia de los padres, el Juez podrá acordar, en la resolución que la establezca o en otra posterior, las medidas que fueran precisas en atención a su capacidad, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, o aquéllas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad”*

## **Art. 95 del CC.**

No cabe en materia de derecho dispositivo imponer a los cónyuges la obligatoriedad de solicitar la formación de inventario, en consecuencia debe eliminarse el párrafo segundo del precepto propuesto en el Anteproyecto siendo además como es una norma procesal que está fuera de lugar en la norma sustantiva de los efectos que produce la firmeza de la sentencia, sentencia que, además, habrá de definirse aun cuando se halle dentro del capítulo IX del Título IV del CC bajo el epígrafe de “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”.

Por otro lado, se aboga por la consecuencia de que en los procedimientos de mutuo acuerdo sea la admisión a trámite de la demanda la que produzca el efecto de la disolución del régimen económico por las razones que se exponen al analizarse el art. 102; en los procedimientos contenciosos lo será el momento en que se convoque a las partes a la Audiencia Previa una vez establecida la relación procesal; en consecuencia, acordándose la disolución del régimen los efectos de la misma no deben limitarse a los bienes del matrimonio sino a todos ellos, incluidas las obligaciones personales derivadas de dicho régimen, por lo que se suprime la referencia limitativa a “respecto de los bienes del matrimonio”.

Así la propuesta de redacción sería:

Siete.- Se modifica el artículo 95, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:



«En los procedimientos de separación o divorcio tramitados de conformidad a lo previsto en el art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la admisión a trámite de la demanda conllevará la extinción del régimen económico matrimonial que será acordada por auto por el juez. La sentencia aprobará la liquidación del régimen económico si hubiera acuerdo entre los cónyuges al respecto.

Siempre que no se hubiere acordado con anterioridad, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad tramitados al amparo de lo prevenido en el art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la disolución del régimen económico matrimonial se determinará por el juez mediante auto en la misma fecha en que se convoque a las partes a la audiencia previa.

Igualmente, el auto firme de eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas producirá la disolución del régimen económico matrimonial, siempre que no se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.”

## Art. 96 del CC.

La norma propuesta no contempla la doctrina del TS plasmada en la sentencia de 21/05/2012 que pone, claramente, de manifiesto el hecho de que la atribución del uso del domicilio familiar tiene una connotación alimenticia y, en consecuencia, nuevamente se comete el error de expandir la protección debida a los hijos menores de edad también a los hijos mayores pese a que en el art. 93 se recoge que los alimentos de los hijos mayores de edad se prestarán de conformidad a los arts. 142 y siguientes, normativa que no contempla la posibilidad de la prestación de los alimentos mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del titular del derecho a la ocupación, ya sea en calidad de arrendamiento, propiedad, usufructo, etc. En razón a tal premisa no debería contemplarse la atribución del uso del domicilio y ajuar familiar a los hijos mayores de edad ni a uno de los progenitores en razón a la convivencia con dichos hijos mayores de edad, debiendo significar la emancipación por mayor edad, la extinción “ipso iure” de tal atribución, pasando desde entonces a regirse la prestación alimenticia por los arts. 142 y siguientes como recoge el art.93.

El ordinal tercero del art. 96 de la propuesta de Anteproyecto de Ley obvia esa cuestión y posibilita que mientras subsista la obligación alimenticia o se liquide la vivienda se mantenga la atribución del uso.

Salvo en los supuestos de separación, la obligación alimenticia entre los cónyuges queda extinguida por lo que la necesidad de uno u otro cónyuge no puede ser atendida por esa vía. Por otro lado, la emancipación por mayor edad no extingue por sí sola la obligación alimenticia y, si mientras esta subsista, se posibilitaría que a un hijo mayor de edad se le atribuya el uso, quebraría el contenido del art. 93.4. Además si igualmente se posibilita la ocupación de la vivienda hasta su liquidación puede que el cónyuge titular del derecho de uso continúe ocupando la misma pese a la mayoría de edad de los hijos y a la falta de necesidad.

Así, el apartado 3 mantiene el derecho de uso de la vivienda “hasta que tenga obligación de prestarle alimentos”, lo que implica un claro retroceso con respecto a la STS de 30 de marzo de 2.012 (Recurso de Casación nº 1.322/2.010) y STS 624/2.011, de 5 de septiembre de 2.011 (RJ 2011/5677) (Recurso de Casación nº 1.755/2.008 ) que diferencian entre los alimentos que corresponden a los hijos menores y mayores de edad, excluyendo a éstos últimos de la aplicación del párrafo 1º del artículo 96 Cc, y en consecuencia, ambas vienen a concluir que, la subsistencia de la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad no es factor determinante para decidir sobre la atribución del uso. Se fijaba como doctrina jurisprudencial que: “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 Cc, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.”

Por otro lado, el derecho a una vivienda digna es un derecho constitucional que carece de sitio en este lugar pues si la familia en cuestión habita una vivienda que no merezca esa calificación ¿cómo se va a implementar esta condición porque los padres se divorcien? Razón por la que se suprime el término “digna”. De la misma manera la obligación de determinar un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento se fija para los padres por lo que el término “deberá determinarse” habrá de sustituirse por “deberán determinar”.

La expresión “dar destino definitivo a la vivienda familiar” debe modificarse pues no se alcanza a entender que el destino deba ser exclusivamente definitivo ¿por qué no temporal o transitorio?

Se suprime cualquier atribución de dicho uso por necesidades del cónyuge pues siendo una prestación alimentaria, éste no es titular de pensión alimenticia en los casos de divorcio o nulidad y, en los de separación, los arts. 90 a 101 omiten toda referencia a la pensión alimenticia de los cónyuges.

En cuanto al apartado quinto y manteniendo la tesis de la necesidad y estando ya contemplados en

la pensión alimenticia los gastos de habitación que generan los hijos con derecho a pensión alimenticia, no cabe imputar los gastos que recoge el apartado primero de este ordinal al otro cónyuge puesto que la disolución del vínculo extingue le deber de auxilio mutuo. Por lo que se suprimiría el texto final del párrafo primero desde “Excepcionalmente”.

La propuesta de redacción sería:

Ocho.- Se modifica el artículo 96, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre la vivienda familiar y lugar de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Igualmente los padres deberán determinar un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento.”*

*“2.- A falta de acuerdo sobre la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en la misma, la atribución de su uso se hará por el Juez, en función de los intereses de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, garantizándoles su derecho a vivienda, ateniendo a criterios de necesidad. Además del sistema de custodia, se ponderarán otras circunstancias tales como el régimen de tenencia de la vivienda, la titularidad de la misma, la capacidad económica de los progenitores, la disponibilidad de otras viviendas, así como cualquier otra circunstancia relevante.*

*Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá de conformidad al interés de aquellos atendiendo, igualmente, a criterios de necesidad y demás circunstancias.*

*3.- Caso de atribuirse la vivienda y ajuar familiar a uno de los progenitores en función del sistema de custodia, ya fuere exclusiva o compartida, y aquella fuere privativa del otro progenitor o común de ambos, la atribución lo será en tanto los hijos sean menores de edad.”*

*4.- La atribución a uno de solo de los progenitores del uso de la vivienda, se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos que tenga que abonar el otro cónyuge a los hijos siempre que éste o ambos progenitores sean titulares del inmueble o del título de ocupación.*

*5.- Mientras se mantenga la atribución de uso, los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los gastos ordinarios de comunidad y suministros correrán a cargo del cónyuge beneficiario del uso, siendo los gastos extraordina-*

*rios, el pago de los impuestos, tasas y cualquier arbitrio que recaiga sobre la vivienda, a cargo del propietario o propietarios conforme lo dispuesto en el título.*

*En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.”*

*6. Para disponer de la vivienda y ajuar familiar cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial.*

*7. Si los progenitores poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.*

*Cuando se detentare la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución.*

*En todo caso, y atendiendo la situación familiar existente en el momento en que pueda cesar el uso de la vivienda, se adecuarán las prestaciones alimenticias a la nueva situación.*

*8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribirse el Registro de la Propiedad.”*

## **Art. 97 del CC.**

El precepto del Anteproyecto no se ajusta al criterio jurisprudencial recogido en las sentencias 856/2.011 de 24 de noviembre, 720/2.011, de 19 de octubre, 719/2.012, de 16 de noviembre y 355/2.012, de 17 de mayo de 2.013, que han venido aplicando el criterio de la STS 864/2.010, de Pleno, de 19 de enero en la cual se fijaba que en la determinación de la concurrencia o no del desequilibrio se deben tener en cuenta lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes, y la situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De tal modo que, las circunstancias del artículo 97 CC tiene una doble función pues actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias y, una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria, cuál es la cuantía de

la pensión una vez determinada su existencia y si la pensión debe ser definitiva o temporal. Olvida que no tiene la función de igualar patrimonios y que no es un mecanismo indemnizatorio.

Se suprime la expresión “o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia” por entender que tal posibilidad ya se contempla implícitamente en el último párrafo y en el art. 99 del Código Civil y evita la posible confusión terminológica de que pensión/prestación puedan entenderse como formas de pago de la compensación. Tal dualidad terminológica puede llevar a efectos no deseados al interrelacionarse con la Disposición Final Tercera, número 10, de la Ley 26/2009 de 23 de diciembre por la que se modificó el párrafo primero del apartado dos del art. 174 del Texto Refundido de las Ley General de la Seguridad Social. Asimismo, se incluye el presupuesto del momento de examinar el desequilibrio que es el de la ruptura de la convivencia.

Se propone el siguiente texto:

Nueve.- Se modifica el artículo 97, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias existentes al momento de la ruptura de la convivencia, circunstancias que actuarán como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias y, determinada la concurrencia del mismo, como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión:*

*1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*

*2ª La edad y el estado de salud.*

*3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*

*4ª La dedicación pasada y futura a la familia.*

*5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*

*6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*

*7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*

*8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*

*9ª La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pen-*

*sión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere.*

*10ª El régimen económico del matrimonio en tanto que compense determinados desequilibrios*

*11ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

*En la resolución judicial se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.”*

## **Art. 100 del CC.**

Lo más aconsejable es que el art. 100 mantenga su actual redacción, más clara y concisa, precisándose que, en ningún caso puede ser objeto de incremento, por lo que su redacción sería:

Diez.- Se modifica el artículo 100, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada reduciéndose su importe o temporalizándose caso de haber sido inicialmente fijada de forma indefinida, por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno otro cónyuge. La pensión compensatoria en ningún caso podrá ser objeto de incremento, salvo que se así se hubiere determinado en el convenio regulador que la estableció.”*

## **Art. 101 del CC.**

Al igual que la propuesta de anteproyecto se mantiene la actual redacción del artículo.

## **Art. 102 del CC.**

A la vista del contenido de los arts. 81 y 86 del CC, que no son reformados en la propuesta del Anteproyecto, se considera que la presentación de la demanda en los mutuos acuerdos o la citación a las partes a la audiencia previa una vez constituida formalmente la relación procesal o declarada la rebeldía, debe conllevar la disolución del régimen económico. Al haber determinado la Ley que el mero hecho del transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio permite a cualquiera de los cónyuges instar la disolución del matrimonio por divorcio y al consentir el art. 770 de la LEC la reconvencción solicitando el divorcio por quien es demandado de separación, es obvio que salvo reconciliación, se va a producir una sentencia estimatoria. ¿Por qué retrasar entonces los efectos de la disolución a la firmeza de la sentencia? La suspensión de los efectos tendría su lógica en una posible desestimación de una demanda de nulidad pero no así en el caso de una separación o divorcio donde la desestimación de la demanda cumplido el requisito temporal de los tres meses es imposible.

Se entiende que acordar la disolución del régimen económico en los momentos señalados ofrece una mayor garantía y seguridad jurídica que acordar la suspensión de los efectos. Evita los riesgos de un

posible alzamiento, además da mayor garantía a los terceros.

Por otro lado, si se dictará por cualquier circunstancia sentencia desestimatoria, la disolución de régimen económico debería mantenerse al igual que lo que sucede en los casos de reconciliación post sentencia de separación, sin perjuicio de que los cónyuges puedan otorgar nuevas capitulaciones matrimoniales. Tal efecto además avalaría y reforzaría el hecho de la supresión del concepto de cargas familiares.

Obviamente, esta modificación debe conllevar la modificación del los arts. 1.392.1º, 2º y 3º del Código Civil para adecuarlos a los efectos que conllevaría la presentación de la demanda.

El art. 102 quedaría redactado de la siguiente forma:

Se propone la siguiente redacción:

Once.- Se modifica el artículo 102, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:*

*1.º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.*

*2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.*

*3.º La admisión de la demanda de divorcio o separación de mutuo acuerdo conllevará igualmente la disolución del régimen económico matrimonial.*

*A estos efectos el Secretario Judicial ordenará la inscripción de la disolución del régimen económico en el Registro Civil, asimismo, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación de la demanda en los de la Propiedad y Mercantil.”*

## **Art. 103 del CC.**

Se proponen la adaptación terminológica del precepto al resto de la propuesta, ampliando los supuestos de riesgo de sustracción del menor a los supuestos de traslado ilícito y cambio de domicilio:

Se propone la siguiente redacción:

Doce.- Se modifica el artículo 103, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar de manera provisional, en la Audiencia Previa, las medidas siguientes:*

*1ª Las relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad parental conjunta respecto a los hijos menores y en particular, el régimen de convivencia con cada uno de los progenitores, y las relativas al cum-*

*plimiento por estos de las obligaciones y derechos respecto al cuidado, la educación, aspectos referidos a la salud, formación religiosa, y el ocio de los mismos, y el lugar o lugares de residencia de los hijos, así como el modo en que determinados allegados al menor podrán auxiliar a ambos progenitores en las tareas cotidianas referidas a los menores y en los supuestos de urgente necesidad y todo ello en interés de éstos.*

*Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, hermanos, parientes u otras personas allegadas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.*

*Cuando exista riesgo de sustracción por uno de los progenitores o por terceras personas, o cambio de residencia del menor decidido unilateralmente por uno de los progenitores, podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:*

*a. Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*

*b. Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*

*c. Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de residencia del menor.*

*2ª La atribución, en su caso, del uso de la vivienda familiar, en función de lo que sea necesario para los intereses de los hijos y, si fuera compatible con éstos, para el interés del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda; y asimismo, previo inventario el Juez determinará los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que habrán de ser retirados, así como también las medidas cautelares convenientes para preservar el derecho de cada uno.*

*Si hubiese otros inmuebles comunes propiedad de ambos cónyuges, previa petición de parte, el Tribunal podrá atribuir su uso atendiendo a todos los intereses en juego. Igualmente podrá atribuir el uso de los vehículos de titularidad común.*

*3ª La contribución de cada cónyuge a las cargas familiares, incluidas, si procede, las litis expensas, estableciendo las bases para la actualización de cantidades y las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos se haya de abonar por los cónyuges.*

*Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que cada uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a responsabilidad parental.*

*A los efectos de fijación de litis expensas, no será necesario, ni preceptivo, que el cónyuge que las insta, haya solicitado previamente, y le haya sido dene-*

gado, el derecho de asistencia jurídica gratuita. La cuantía que se solicita por tal concepto ha de concretarse en la solicitud, sin que dicho defecto pueda ser suplido por el Juez, y se determinará en función de las normas orientadoras de los baremos de honorarios de los Colegios de Abogados y de los aranceles de Procuradores del lugar donde se tramite el procedimiento.

4ª La fijación, atendidas las circunstancias, de los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge entre tanto se produce la liquidación definitiva del patrimonio común, y las reglas que deban observar en la administración y disposición de los mismos, así como sobre la rendición de cuentas.”

## Art. 142 del CC.

Se entiende que debe suprimirse del párrafo segundo el texto que sigue a “por causa que no le sea imputable” por cuanto hace referencia a causa de extinción de los alimentos y por dar lugar a una valoración interpretativa de las circunstancias que provocará inseguridad jurídica y la quiebra de la deseable previsibilidad de la resolución.

Así, la propuesta de redacción sería:

Trece.- Se modifica el artículo 142, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

*Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.*

*Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”*

## Art. 152 del CC.

La redacción del artículo 152 contiene imprecisiones y errores de definición. El hecho de contraer matrimonio no provoca por sí mismo la extinción de la obligación alimenticia, lo que hace es modificar el sujeto obligado al pago pues de ser los progenitores los primeros obligados al pago, este lugar pasa a ser ocupado precisamente por el cónyuge con quien haya contraído nupcias.

Se introduce, al igual que lo hace el Código Civil Catalán otra causa de extinción de la obligación alimenticia cuando existe una ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el alimentante y el alimentista, si es por una causa exclusivamente imputable al alimentista.

La propuesta quedaría redactada:

Catorce.- Se modifica el artículo 152, que pasa a

quedar redactado de la siguiente manera:

*“Cesará también la obligación de dar alimentos:*

*1º Por muerte del alimentista.*

*2º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.*

*3º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.*

*4º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación.*

*5º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo o al estudio, mientras subsista esta causa.*

*6º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y exista ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el alimentante y el alimentista, si es por una causa exclusivamente imputable al alimentista.”*

## Art. 156 del CC.

En congruencia con lo que señala la Memoria del Análisis de impacto normativo de la propuesta del Anteproyecto en el apartado II en relación al contenido y análisis jurídico (ordinal 3 del apartado 1.- relativo al contenido) y ante la falta de concreción de qué facultades son de ineludible consenso, consideramos que deberá ser el juez quien llene de contenido dicho concepto fijando, a falta de acuerdo, qué decisiones habrán de ser adoptadas conjuntamente por ambos progenitores o por uno de ellos con autorización judicial. Se opta por posibilitar el recurso de apelación en las decisiones que el Juez adopte en las discordias que se planteen en el ejercicio de la función tuitiva para adecuarlo al principio de tutela efectiva y acceso a los recursos además de a la actual normativa de la jurisdicción voluntaria que prevé la existencia de recurso en un solo efecto.

El texto propuesto es:

Quince.- Se modifica el artículo 156, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“La patria potestad, como corresponsabilidad parental, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. A falta de acuerdo, corresponderá al Juez el fijar las decisiones que habrán de ser adoptadas irremediabilmente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento*

expreso o tácito del otro.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la función tuitiva podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la función tuitiva con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, falta de capacidad o imposibilidad de uno de los progenitores la función tuitiva será ejercida exclusivamente por el otro.

Aunque los padres vivan separados, la función tuitiva se ejercerá conjuntamente por ambos salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que aquella sea ejercida total o parcialmente por aquel con quien los hijos convivan. El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad con independencia de cuál sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos. En caso de desacuerdo, el procedimiento para instar el cambio de domicilio deba tramitarse de conformidad a lo previsto en el art. 775 de la LEC si dicho cambio pudiere afectare a las medidas relativas a la custodia y/o reparto del tiempo de estancia.”

### **Art. 163 del CC.**

No se considera necesario hacer enmienda alguna al texto en este precepto.

### **Art. 170 del CC.**

No se considera necesaria la introducción de modificación alguna

### **Art. 1.392 del CC.**

En congruencia con lo señalado en el art. 102 debe modificarse este precepto para el cual proponemos la siguiente redacción:

Diecisiete bis.- Se modifica el artículo 1.392, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

“La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

1º) Cuando sea admitida a trámite la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo.

2º) Cuando sea se convoque a las partes a la audiencia previa en los procedimientos de separación,

divorcio o nulidad matrimonial tramitados de conformidad con el art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3º) Cuando se dicte auto firme de eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas.

4º) Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código.”

## **III. REFORMAS PROCESALES**

### **INTRODUCCIÓN**

Cuando la separación y el divorcio se solicitan de mutuo acuerdo y los cónyuges han consensuado las medidas que en el futuro van a regir sus relaciones económicas y las relaciones paterno filiales, se impone la necesidad de un procedimiento rápido y ágil que permita obtener en el menor tiempo posible la sentencia.

Sin embargo, cuando falta ese acuerdo, los cónyuges se ven abocados a un procedimiento especial que procesalmente está provocando innumerables disfunciones creando, en la mayoría de las veces, situaciones de indefensión por la imprecisión de sus trámites. Para paliar esa situación se considera adecuado que el procedimiento a seguir para tramitar las separaciones y divorcios contenciosos, los procedimientos que tienen por objeto la adopción de medidas en relación a los hijos no matrimoniales, las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil, así como los procedimientos de modificación de medidas, sea el juicio ordinario. La primera reflexión que muchos harán es que se va a alargar excesivamente el proceso, dado que la tramitación del juicio verbal es más rápida, pero no podemos olvidar que cuando se presenta por ejemplo, una demanda de separación o divorcio contenciosa con petición de medidas provisionales, tras la admisión a trámite se convocará a las partes a la comparecencia de las medidas provisionales coetáneas prevista en el art. 773 de la Lec; que cuando se conteste a la demanda principal se citará a juicio en el que las partes propondrán la prueba y si alguna no pueden practicarse en ese momento (lo que es bastante frecuente), se practicará dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días; finalmente, de conformidad con lo establecido en el art. 753 de la Lec “una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones”, es decir, que pueden darse supuestos en los que las partes y sus abogados tengan que comparecer, al menos, en tres ocasiones ante el tribunal (comparecencia de medidas provisionales, juicio y continuación del juicio para practicar resto de pruebas y emitir conclusiones). Esa triple comparecencia la encontramos también de manera habitual en los procedimientos en que se dilucidan las medidas en relación a los hijos no matrimoniales, aquellos

en los que se pretende la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil, así como los procedimientos de modificación de medidas, cuando junto al pleito principal, se ha formulado la solicitud de adopción de unas medidas provisionales/cautelares para que rijan durante la sustanciación del procedimiento principal de modificación.

Si se acoge como cauce procedimental el juicio ordinario, y se amplía el objeto de la Audiencia Previa para incluir la adopción de las medidas provisionales, las partes y sus abogados solo tendrían que comparecer ante el Tribunal, como regla general, en dos ocasiones (Audiencia Previa y juicio). La utilización del juicio ordinario, por otra parte presenta la ventaja de que en la Audiencia Previa se propondrían todas las pruebas y en el momento de celebrarse el juicio, ya se habrían practicado todas las documentales y en su caso el informe del equipo técnico u otras periciales acordadas como pertinentes, de tal forma que quedarían por practicar en el acto del juicio, únicamente los interrogatorios de partes, testigos y testigos-peritos, a los que se le podrían formular las preguntas en base al resultado de la prueba documental y pericial practicada con anterioridad.

Otra de las indudables ventajas del juicio ordinario sería que, en determinados casos, tras celebrarse la Audiencia Previa, el juicio podría quedar visto para sentencia pues, si para la adopción de las medidas provisionales se practican los interrogatorios de las partes y se han aportado ya todos los documentos y practicado las demás pruebas propuestas y admitidas, además de aquellas otras acordadas de oficio, procedería dictar directamente las medidas definitivas con efectos en su caso, desde la fecha de interposición de la demanda.

Por lo que se refiere a las parejas de hecho, el texto del anteproyecto ha ampliado el objeto del proceso al hacer referencia únicamente a los hijos, sin discriminar si son menores de edad o mayores que carecen de independencia económica. Sin embargo, deja fuera la petición que puede efectuar un conviviente frente a otro reclamándole una compensación o indemnización, ya sea de las previstas en alguna de las legislaciones autonómicas o la que se viene estableciendo cuando se acude a la analogía o al principio general de evitar el enriquecimiento injusto. Por ello, se considera adecuado que se amplíe el objeto del proceso - que por otra parte deberá seguir los trámites del juicio ordinario- a esta última acción, dejando así únicamente fuera del litigio, las pretensiones patrimoniales que puedan existir entre los integrantes de la pareja de hecho en orden a la liquidación del patrimonio común que deberá sustanciarse en un procedimiento independiente.

Debe acogerse como causa de disolución del régimen económico matrimonial la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio de mutuo acuerdo y en los contenciosos con la convo-

icatoria a las partes a la Audiencia Previa dado que la solución que se contiene en el anteproyecto de declarar en suspenso la sociedad de gananciales cuando se admite a trámite la demanda crea incertidumbres jurídicas con consecuencias difícilmente evaluables. Esta propuesta no es novedosa dado que el Partido Popular en la década de los noventa presentó un proyecto de ley que contemplaba la posibilidad de que fuera con la misma admisión a trámite de la demanda la que provocara tal disolución.

No podemos estar de acuerdo con la propuesta del anteproyecto de que el Secretario judicial apercibido de oficio la liquidación del régimen económico matrimonial, dado que la actual normativa permite a los cónyuges, si a su derecho interesa, solicitar la formación del inventario una vez admitida a trámite la demanda de separación, divorcio y nulidad. La práctica aconseja no mezclar el procedimiento de separación y divorcio con la liquidación del régimen y dejar a la libre decisión de cualquiera de los cónyuges cuándo consideran más adecuado iniciar el proceso liquidatorio. No parece procedente imponerlo de oficio, ya que se trata de una materia de derecho dispositivo que ha de regirse por el principio de libre autonomía de la voluntad de los cónyuges, y por el principio de libertad negocial entre los mismos. Vincular pues, de manera obligatoria, la liquidación de gananciales con el proceso matrimonial, dificultará el acuerdo en muchos procedimientos de separación y divorcio, al introducir nuevos puntos de debate que generalmente son los que mayor controversia suscitan entre los cónyuges.

Dado que se permite la acumulación al proceso de separación o divorcio de la acción de división de los bienes comunes de los cónyuges sujetos al régimen de separación de bienes, sería recomendable que se incluyese igualmente la posibilidad de acumular a los procesos matrimoniales la liquidación de la sociedad de gananciales cuando los únicos bienes que existan sean la vivienda y el ajuar familiar.

## MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

### Art. 753 de la Lec.

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 753 Tramitación.- Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procedimientos a los que se refieren los párrafos 1º a 4º del artículo 748 LEC, se sustanciarán por los trámites del juicio ordinario, con las especialidades reguladas en el artículo 770 LEC. El resto de procedimientos a los que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás per-*

sonas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley.”

## **Art. 770 de la Lec.**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“1. Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio ordinario con sujeción a lo establecido en el capítulo I de este título, y a las siguientes reglas:*

*1ª. La demanda deberá contener las pretensiones del actor en los términos establecidos en el Código Civil y, en particular, un plan de ejercicio de la responsabilidad parental, respecto de sus hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, si los hubiera. Igualmente podrá solicitar la división de los bienes pertenecientes a ambos cónyuges en comunidad ordinaria indivisa, si los hubiera, así como la liquidación del régimen de sociedad de gananciales, y de cualesquiera otros regímenes económicos matrimoniales que vengan determinados por la existencia de una masa común de bienes y derechos sujetos a determinadas cargas y obligaciones, cuando los únicos bienes a liquidar sean la vivienda y el ajuar familiar.*

*A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.*

*En la misma resolución en la que se admita la demanda, se acordará su anotación en el Registro Civil a los efectos del artículo 102 del Código Civil y para la constancia de la disolución del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3º de dicho precepto, y de que cualquiera de las partes pueda instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.*

*2ª. Si en la contestación a la demanda se formula reconvencción y se pretende la adopción de medidas definitivas relativas a hijos menores no solicitadas por la parte actora en su demanda, deberá acompañarse un plan de corresponsabilidad parental respecto a los mismos. Todas las peticiones que se hagan en la contestación a la demanda respecto a medidas que*

*no hubiesen sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio, deberán formularse mediante reconvencción expresa. El actor dispondrá de 10 días para contestar a la reconvencción.*

*3ª. A la Audiencia Previa y al juicio deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales o definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados y procuradores respectivos, así como del Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o con la capacidad judicialmente completada.*

*En la convocatoria a la Audiencia Previa se hará saber a las partes que su principal fin lo constituye el intento de acuerdo, lo que no excluye la solución consensuada del conflicto en cualquier momento del proceso, incluso en el propio acto del juicio que en su caso se convoque; particularmente se informará a las partes de la oportunidad y conveniencia de acudir a la mediación intrajudicial, y en caso de que así lo decidieran, se actuará de conformidad a lo establecido en el apartado 7ª de este mismo precepto.*

*4ª. En la Audiencia Previa, además de resolverse las cuestiones a que se refiere los artículos 414 y ss de esta Ley, si se hubiesen solicitado por las partes, bien en la demanda o en su caso en la contestación, medidas provisionales, el Tribunal oírá las pretensiones de los litigantes al respecto y practicará las pruebas propuestas que hayan sido declaradas pertinentes, dictándose Auto dentro del plazo de diez días acordando las medidas que procedan.*

*5ª. El Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas, provisionales o definitivas, que afecten a los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuera contencioso y se estimara necesario, de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oírá a los hijos si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.*

*En las exploraciones de los hijos se garantizará por el Juez que los mismos puedan ser oídos en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.*

*6ª. En cualquier momento del proceso, incluida la segunda instancia, concurriendo los requisitos seña-*



lados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.

7ª. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.

En tales casos, el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez, en los términos establecidos en el artículo 777.

2. Los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos, o sobre reclamación de compensaciones económicas entre quienes hayan convivido como pareja estable, así como las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil, se tramitarán conforme a las disposiciones de este artículo. Para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos, se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”.

### **Art. 771, apartado 2 de la Lec.**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

“2. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud, el Secretario judicial citará a una comparecencia a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, al Ministerio Fiscal, en la que se exhortará a las partes a alcanzar un acuerdo. A dicha comparecencia deberán asistir ambas partes asistidas de sus respectivas defensas y representaciones procesales.

De este señalamiento se dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda resolver de inmediato, incluso inaudita parte si la urgencia del caso lo aconsejare y se ha pedido por la parte solicitante, respecto a los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil e igualmente lo que considere procedente en relación con el reparto provisional del tiempo de convivencia de los hijos con sus progenitores, y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno.

Las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutables, en defecto de cumplimiento voluntario, sin que sea aplicable el plazo de espera del art. 548 de la Ley.”

### **Art. 772, apartado 2 de la Lec.**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

2. Sólo cuando el Tribunal considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas ordenará que en la citación a las partes a la Audiencia Previa, se les haga saber esta circunstancia a fin de oírles y practicar en dicho acto la prueba que sea necesaria. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

### **Art. 773 de la Lec.**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

Medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

1. El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con anterioridad. También podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas.

2. Admitida la demanda, el tribunal resolverá sobre las peticiones a que se refiere el apartado anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda, dando cumplimiento, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil.

3. Antes de dictar el Tribunal la resolución a que se refiere el apartado anterior, en la Audiencia Previa, se oír a los cónyuges y se practicará la prueba que se considere necesaria, conforme a lo establecido en el apartado 4º del artículo 770 LEC.

Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno. Las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutables, en defecto de cumplimiento voluntario, sin que sea aplicable el plazo de espera del art. 548 de la Ley

4. También podrá solicitar medidas provisionales el cónyuge demandado, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor, con arreglo a lo dispuesto en los apartados precedentes. La solicitud deberá hacerse en la contestación a la demanda, de forma separada respecto de la petición principal, y se sustanciará en la Audiencia Previa, que igualmente se tramitará conforme a lo establecido en el apartado 4º del artículo 770 LEC.

5. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que se establezca con carácter definitivo en la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.”

## Art. 774, apartado 4 de la Lec.

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera y se añade un apartado 6:

*“4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el Tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental de los hijos, el régimen de convivencia de los progenitores con ellos, la atribución, en su caso, del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares y alimentos y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. »*

*“6. Las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutables, en defecto de cumplimiento voluntario, a pesar de que se haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia, sin que sea aplicable el plazo de espera del art. 548 de esta Ley”*

## Art. 775, apartado 1 de la Lec.

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

*“1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o con la capacidad judicialmente completada y, en todo caso, los cónyuges o progenitores podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas previamente o de las adoptadas judicialmente en defecto de acuerdo, siempre que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o se haya producido un cambio sustancial de circunstancias.”*

*Siete.- Se modifica el artículo 776, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:*

*“Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta Ley, con las especialidades siguientes:*

*1ª. Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el Secretario judicial multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.*

*2ª. En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.*

*3ª. El incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de convivencia por parte de cualquiera de los progenitores, podrá dar lu-*

*gar a la modificación o suspensión provisional por el Tribunal del referido régimen sin perjuicio de lo que, con carácter definitivo, se acuerde en el correspondiente proceso de modificación de medidas.*

*4ª. Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse, previamente a la presentación de la demanda de ejecución, la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se conferirá traslado a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.”*

## Art. 777, apartados 2, 3, 5, y 8 de la Lec.

Que pasan a quedar redactado de la siguiente manera:

*“2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.*

*3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover demanda de separación o divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770.*

*5. Si hubiera hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y los oirá si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario, de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.*

*8. La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los*

cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio. Las medidas adoptadas serán inmediatamente ejecutables, en defecto de cumplimiento voluntario, a pesar de que se haya interpuesto un recurso de apelación, sin que sea aplicable el plazo de espera del art. 548 de esta Ley.

La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o con la capacidad completada judicialmente, por el Ministerio Fiscal. »

### **Art. 807 de la Lec.**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

“Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia o, en su caso, el de Familia, que conozca o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil. En supuestos distintos de los anteriores resultará competente el Juzgado de Primera Instancia o, en su caso, de Familia especializado, del domicilio del demandado.”

### **Art. 808 de la Lec.**

No debe sufrir ninguna modificación.

### **Art. 809 de la Lec.**

No debe sufrir ninguna modificación.

### **Art. 810 de la Lec.**

No debe sufrir ninguna modificación.

### **Art. 881, apartado 1 de la Lec.**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

“1. La liquidación del régimen de participación podrá iniciarse una vez disuelto el mismo como consecuencia de la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio y nulidad.”

## **MODIFICACIONES A LA LEY DEL REGISTRO CIVIL**

### **Art. 38 de la LRC**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:

1. El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro, incluidas las demandas relativas a procedimientos de determinación del complemento de la capacidad.

2. El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar en alguno de sus extremos legalmente acreditado.

3. El hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil según la ley extranjera.

4. La sentencia o resolución extranjera que afecte también al estado civil, en tanto no se obtenga el exequátur.

5. La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.

6. La admisión de la demanda de separación y divorcio de mutuo acuerdo o el auto acordando nulidad en la que se inste la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones sobre nulidad o decisiones eclesiásticas sobre matrimonios ratos y no consumados.

7. La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.

8. Y aquellos otros hechos cuya anotación permitan la Ley o el Reglamento.

En ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción. »

### **Art. 40 de la LRC**

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

“Artículo 40. Anotaciones registrales.

1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción.

2. Las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado o por resolución judicial.

3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos:

1º. El procedimiento judicial, administrativo o registral en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil.

2º. El hecho cuya inscripción no pueda extenderse

por no resultar, en alguno de sus extremos, legalmente acreditado.

3º. Las declaraciones con valor de presunción.

4º. El hecho o acto relativo a españoles o acaecido en España que afecte a su estado civil, según la ley extranjera.

5º. La sentencia o resolución extranjera que afecte al estado civil, en tanto no se obtenga el exequátur o el reconocimiento incidental en España.

6º. La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.

7º. La admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad en la que se inste la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones sobre nulidad o decisiones eclesiásticas sobre matrimonios ratos y no consumados.

8º. La desaparición.

9º. Las actuaciones tutelares y de otras figuras tutelares previstas en la Ley, en los casos que reglamentariamente se determinen.

10º. El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho.

11º. Aquellos otros hechos o actos cuya anotación se prevea en esta u otra ley.”

## MODIFICACIONES DE LA LEY DE MEDIACIÓN

### Art. 2 bis de la LMACM

Queda redactado de la siguiente forma:

1.- La mediación familiar, en el ámbito de aplicación de esta Ley y como modalidad de la mediación civil, únicamente podrá realizarse sobre conflictos que tengan por objeto materias que sean legalmente disponibles para las partes o que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente.

2.- Los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley son los surgidos:

a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas.

b) En los supuestos de sustracción internacional de menores.

c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar.

d) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho.

e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia.

f) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores.

g) En relación con la obligación de alimentos entre parientes.

3.- Se excluyen de la mediación prevista en los apartados anteriores los conflictos en los que las partes estén implicadas en supuestos de violencia doméstica, de género o en atentados contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra o de los hijos.

4.- Si el conflicto afectara a menores y a personas con la capacidad judicialmente completada, las partes deberán actuar con pleno respeto a los intereses superiores de éstos.

5.- Se podrá dar audiencia, si así se solicitara por las partes, a los hijos, menores y personas con la capacidad judicialmente completada que tuvieran suficiente juicio, a los abuelos, hermanos u otros parientes o allegados respecto de los preacuerdos de mediación familiar que pudieran afectarles.

La comunicación del contenido concreto de los preacuerdos será realizada por las partes en la mediación, en presencia de la persona mediadora o, si aquéllas lo solicitaran, por ésta última.

6. Los acuerdos alcanzados mediante la mediación familiar, una vez que adopten forma de convenio regulador con intervención de letrado asesor, deberán ser presentados ante la autoridad judicial para su ratificación y aprobación en los términos que resulten de la legislación procesal estatal.”

### Art. 16, apartado 3 de la LMACM.

Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

“3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. El Juez también podrá proponer a las partes la mediación como solución, instándolas a que asistan a una sesión informativa si, atendiendo a las circuns-

tancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, procediendo a la suspensión del procedimiento si aquéllas aceptan.

El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación.”

## **IV. DISPOSICIONES ADICIONALES Y TRANSITORIAS**

### **Disposición adicional primera. Igualdad de género.**

“En todos los casos en que esta Ley utiliza sustantivos de género gramatical masculino para referirse a diversos sujetos (padres, hijos, abuelos, etc.) debe entenderse que se refiere de forma genérica a dichas posiciones incluyendo tanto el caso de que las ocupen mujeres como que las ocupen hombres, con estricta igualdad en sus efectos jurídicos.”

### **Disposición transitoria primera. Procesos pendientes.**

Se propone la siguiente redacción:

“Los procesos en materia de separación, divorcio o nulidad, los procedimientos en que se diluciden las medidas en relación a los hijos no matrimoniales, aquellos en los que se pretenda la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán sustanciándose durante la instancia con-

forme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda.”

Sin embargo, las normas de carácter sustantivo que se recogen en la presente Ley, podrán ser aplicables, a petición de parte o del Ministerio Fiscal, a los procedimientos judiciales relacionados en el párrafo anterior, siempre que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor.

Disposición transitoria segunda. Revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior.

“A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma. La revisión no podrá basarse exclusivamente en el cambio legislativo, salvo que la medida cuya revisión se insta, hubiera sido denegada en el anterior procedimiento por la dificultad de ser adoptada conforme a la normativa anterior.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

“1.- Queda sin contenido el artículo 159 del Código Civil, así como el párrafo 13º del apartado 1 del artículo 250 L.E.C..

2.- Quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en esta ley.”



## Separación de bienes

A pesar de no ser propietario del inmueble, tendrá que abonar por mitad las cuotas del préstamo hipotecario

**AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2013**

Aunque el préstamo se solicitó para el abono de la vivienda familiar propiedad de uno sólo de los cónyuges, al haber suscrito dicho préstamo también el cónyuge no propietario igualmente viene obligado al abono del 50% de las cuotas. La exclusión que pretende el esposo, de liberarle del pago de una obligación contraída con el prestamista hipotecario, ajeno al litigio, no puede acordarse en un procedimiento matrimonial.

Finalmente, se ataca en el recurso el pronunciamiento sexto del Fallo de la sentencia de instancia, en el que se establece que: “ Ambos litigantes abonaran al 50% el importe de las cuotas correspondientes al crédito hipotecario que grava la vivienda familiar.”. Mostrando la defensa de la parte apelante su desacuerdo con que su cliente, el Sr. Epifanio, tenga que abonar el 50% del importe de las cuotas de la escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria solicitado a LA CAIXA por importe de 150.000,00 euros, acompañado junto con la demanda como documento nº 7, habida cuenta de que la vivienda familiar a que se refiere el Juzgador “ a quo”, sita en Palma, DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001, es propiedad exclusiva de la Sra. Estela; por lo que solicita que se acuerde que las cuotas correspondientes a la escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria, solicitado a LA CAIXA, sean satisfechas íntegramente por D.ª Estela hasta su total cancelación, haciendo ésta frente, igualmente, a los gastos de cancelación del mismo al haberse utilizado íntegramente el referido crédito para la compra por parte de la Sra. Estela de la vivienda que fue hogar conyugal, siendo la misma de su exclusiva propiedad y figurando en el Registro de la Propiedad como única titular. Al respecto, la parte apelada sostiene que el apelante no puede ir en contra de sus propios actos, pues firmó el contrato del que derivan tales pagos por mitades.

Al respecto, aprecia la Sala que la parte apelante no cuestiona el hecho de que del contrato de préstamo hipotecario del que se deriva dicha obligación de pago, haya sido suscrito por el propio Sr. Epifanio, además de por la contraparte; ni cuestiona tampoco que la obligación, impuesta en la sentencia y relativa al pago por mitades de las cuotas correspondientes a la hipoteca, en efecto se derive formalmente del propio contrato por él suscrito. De modo que lo que se pretende por la parte apelante es una declaración judicial liberándole del pago de una obligación contraída con el prestamista hipotecario, ajeno al litigio. Cuestión ésta que sobrepasa los límites del presente pleito, situado en el ámbito del llamado Derecho de familia, en el que no cabe hacer pronunciamientos que excedan del marco comprendido en el art. 91 del Código Civil; como lo excedería el pronunciamiento ahora pretendido, en que se dejaría sin efecto una obligación privada contraída por el deudor-apelante con relación a un tercero ajeno al pleito. De hecho, y tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en sentencia nº 1659/2011, de fecha 28/3/2011, Ponente: Sra. Roca Trías, la cual formula doctrina, se considera que el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 del Código Civil. Por lo tanto, debe desestimarse el recurso en este punto.

## Cuestiones procesales

No era necesaria la reconversión, pues el actor, en los hechos de la demanda hizo referencia a la inexistencia de desequilibrio económico

### AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de junio de 2013

Fue el actor quien introdujo esta cuestión en el procedimiento negando en su demanda la existencia de desequilibrio económico que pudiera justificar la constitución de una pensión compensatoria. Aunque en el suplico no hiciera ninguna referencia a esta pensión, el hecho séptimo de la demanda lo titula "inexistencia de pensión por desequilibrio". Lo realmente trascendente es que la cuestión se hubiese introducido en la litis, existiendo alegaciones por ambas partes sobre la materia, proponiéndose y aportándose prueba al respecto.

La segunda medida que es objeto de controversia en esta alzada es el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de doña Adelaida por importe de quinientos euros mensuales con el límite temporal de cinco años. Don Leandro impugna este pronunciamiento, interesando se anule la prestación, alegando la existencia de incongruencia extrapetita, por no haberse formulado esta pretensión en la demanda reconventional, pese a su naturaleza dispositiva; y segundo, por infracción de los presupuestos del artículo 97 del Código Civil. La beneficiaria de la pensión por desequilibrio lo que combate es el momento de su extinción, proponiendo que se extienda hasta que la menor de los tres hijos, Carlota, cumpla la mayoría de edad.

En principio, debería darse la razón a la parte apelante, al constatarse que en la demanda reconventional formulada en nombre de doña Adelaida no se contiene pretensión alguna sobre esta materia. El artículo 770.2.d L.E.C. viene a exigir en los procesos matrimoniales que se formule reconversión cuando el cónyuge demandado pretende la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio. La pensión compensatoria tiene naturaleza dispositiva, por lo que es materia que exige ese acto procesal, cumpliendo las formalidades del artículo 399, y sin que sea posible la reconversión implícita, que se prohíbe en el 406. Así se pronuncian, entre otras, la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 21 de noviembre de 2.007, o la 12ª en Sentencia de 3 de marzo de 2.008, la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 27 de marzo de 2.007, o la 24ª en Sentencia de 28 de mayo del mismo año, la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 19 de febrero de 2.008, y la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en Sentencias de 14 y 26 de febrero de 2.008. También esta misma Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en idéntico sentido en el Rollo nº 412/10, Sentencia de 31 de marzo de

2.011. El fundamento está en la igualdad de partes, al causar indefensión a la contraria, a la que se privaría de la posibilidad de defensa frente a tal pretensión.

Pero del examen de los autos se comprueba que fue el demandante, hoy apelante, quien introdujo esta cuestión en el procedimiento, negando en su demanda la existencia de desequilibrio económico que pudiera justificar la constitución de una pensión compensatoria. Aunque de la lectura de la demanda no se observa en su suplico referencia alguna a este tipo de pensión, en el hecho séptimo de la misma, que titula "inexistencia de pensión por desequilibrio", se afirma que "...entendemos que no existe causa para el establecimiento de pensión compensatoria alguna"; y ello, tras valorar en el mismo apartado la situación laboral y económica de cada uno de los cónyuges, para justificar la inexistencia de ese desequilibrio.

Cuando la supresión, extinción o negativa al establecimiento de una pensión por desequilibrio es solicitada en la demanda que da origen al procedimiento, la doctrina, salvo casos excepcionales como la Sentencia de 6 de febrero de 2.007 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, precisamente porque la cuestión ya se ha introducido en la litis, se pronuncia unánimemente a favor de la no necesidad de la reconversión, al igual que acontece cuando en la demanda se propone una cantidad para la pensión compensatoria y es el beneficiario de ella el que interesa una superior. Pueden verse en este sentido las Sentencias de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de mayo de 2.006 o la de 4 de abril de 2.008 de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid. En esta última resolución se afirma, "...la problemática de fondo sobre tal cuestión ya venía planteada desde el inicio del litigio, pues la demandada, en su contestación, no introduce en el debate litigioso una cuestión nueva, en los términos contemplados en el repetido artículo 770-2ª, sino tan sólo una postura distinta acerca de una concreta medida respecto de la que ya se había

pronunciado, en sentido excluyente, el actor en su demanda inicial. Ello supone, en definitiva, una mera discrepancia, cualitativa, sobre una misma medida,, lo que hace innecesario la articulación de la pretensión de la demandada por la vía, y con las exigencias formales, exigidas en los preceptos analizados.” En igual sentido otras Sentencias de diferentes Audiencias Provinciales: de 18 de septiembre de 2.009 de la Sección 4ª de Murcia, de 23 de mayo de 2.006 de la Sección 7ª de Asturias, de 14 de marzo de 2.007 de la Sección 5ª de Cádiz, de 27 de diciembre de 2.007 de la Sección 22ª de Madrid, o de 6 de octubre de 2.006 de la Sección 1ª de Lugo.

Sucede que en todos estos casos, la pretensión de que no se estableciese pensión compensatoria se articulaba de manera expresa en el suplico de la demanda inicial, por lo que podía entenderse que la solicitud en el escrito de contestación de su constitución era una respuesta formalizada a aquella petición; y ello no ocurre en el supuesto de autos, en el que nada se recoge en la parte dispositiva de aquel escrito.

Sin embargo, tampoco ese formalismo entendemos que tenga relevancia, y así lo hemos mantenido en nuestra Sentencia de 5 de julio de 2.011 (Rollo nº 142/11), pues no resulta necesario incluir en el suplico un petitum negativo, que en cualquier caso se

infiere del cuerpo del escrito, como antes se exponía. Lo realmente trascendente es que la cuestión se hubiese introducido en la litis, existiendo alegaciones por ambas partes sobre la materia, proponiéndose y aportándose prueba al respecto, como aconteció en este caso, sin que se alegase ninguna infracción procesal por las partes. Ninguna indefensión se puede justificar, habiendo existido una total igualdad entre las partes; de hecho, en su escrito de contestación a la demanda, por parte de la Señora Adelaida se contestaba a aquel apartado de la demanda, y se solicitaba de manera expresa el establecimiento de una pensión vitalicia por desequilibrio económico de 2.500 euros mensuales.

Así, aun cuando no se recogiese esa petición denegatoria en la demanda, ni se formulase reconvencción expresa por la demandada, se ha quitado toda trascendencia a esta última omisión, cuando la cuestión se ha introducido en la litis aceptándose por las partes y por el juzgador, en Sentencias de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de marzo y 18 de junio de 2.007, de 31 de octubre de 2.007 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, o en la de 6 de octubre de 2.006 de la Sección 1ª de Salamanca. Siguiendo esta tesis, debe rechazarse esta impugnación del pronunciamiento judicial por incongruencia extrapetita.

## Cuestiones procesales

**Si el inmueble figura inscrito con carácter privativo, la acción pidiendo la nulidad por simulación debe sustanciarse en un procedimiento independiente**

**AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013**

Cuestionándose en el procedimiento de liquidación la titularidad registral de una finca entiende el tribunal que esta cuestión debe resolverse en un procedimiento declarativo dado que el procedimiento especial de liquidación tiene por objeto poner fin a la situación de comunidad en donde la titularidad resulta de datos evidentes, no cuando se cuestiona la simulación o error de las actuaciones de las propias partes.

Queda así centrado el presente recurso en el planteado por D.ª Florencia, que cuestiona únicamente la no inclusión en el activo de la vivienda familiar y ello porque la finca se compró con dinero ganancial, aunque el esposo, abusando de que ella era británica la hizo firmar en la notaría que el dinero era privativo del marido, por lo que en el Registro figura como bien exclusivo del marido. Además, la vivienda se construyó constante matrimonio con dinero ganancial (aunque el expediente sancionador del Ayuntamiento está dirigido contra la madre del esposo, él era quien firmaba todos los documentos y quien abonaba con dinero ganancial los costes de la construcción), y una de las edificaciones existentes en la finca (la destinada a cuerdas) ha sido reconocido por

el esposo en este procedimiento que es de carácter ganancial.

En primer lugar se ha de partir, en este procedimiento, de la titularidad registral de la finca, pues para combatir la misma debe la parte plantear un declarativo ordinario, estando previsto el procedimiento especial de liquidación de régimen económico matrimonial para poner fin a la situación de comunidad en donde la titularidad resulta de datos evidentes, no cuando se cuestiona la simulación o error de las actuaciones de las propias partes, por lo que no es ahora cuando se puede discutir la declaración de la esposa, ante notario, de que era privativo el dinero con el que se adquirió una de las fincas que integran aquella sobre la que se construyó la vivienda.



# Guarda y custodia

Para que los hermanos puedan relacionarse, se atribuye la custodia de ambos al padre

**AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de febrero de 2013**

Se atribuye la custodia de ambos hijos al padre, pues es lo más conveniente para preservar la relación fraternal de ambos hermanos, visto que los dos progenitores han mostrado una evidente incapacidad para que aquellos puedan relacionarse entre sí, especialmente la madre al haber adoptado a veces una actitud irreflexiva que ha perjudicado la relación entre ambos y entre el hijo menor y su padre.

El apelante-demandada-reconviniendo María Inés, impugna la resolución dictada en primera instancia que estimó la demanda interpuesta y acordó, básicamente, atribuir la guarda y custodia de los dos hijos menores al padre, solicitando la madre que se le atribuya a ella la guarda y custodia de los niños, se establezca un régimen de visitas a favor del padre, se le mantenga en el uso y disfrute del que fue domicilio conyugal y que se fije, con cargo al padre, una pensión alimenticia de 400 euros mensuales a favor de sus dos hijos.

Con el escrito de demanda se pide por el actor Sr. Germán la modificación de determinadas medidas acordadas por la sentencia dictada el 25 de octubre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes, en el procedimiento sobre divorcio contencioso nº 633/2009, concretamente el cambio de la guarda y custodia del menor Bienvenido, que la sentencia de divorcio atribuía a la madre, para que se atribuyera al padre con el establecimiento del correspondiente régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar, que la referida sentencia de disolución del matrimonio atribuía a la madre, y el establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre y a favor de los dos hijos por importe de 90 euros mensuales.

...La Sala comparte en su totalidad los acertados fundamentos contenidos en la resolución recurrida y, en consecuencia, acordamos su confirmación y la desestimación del recurso de apelación interpuesto. En efecto, la cuestión sometida por la recurrente Sra. María Inés a este Tribunal hace referencia, especialmente, a la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores y de los que son progenitores ambas partes procesales. Mientras que en la resolución recurrida se mantiene la guarda y custodia del hijo menor Óscar al padre y se modifica la sentencia de divorcio al atribuirse también al padre la guarda y custodia del otro hijo menor, Bienvenido, la parte apelante solicita que se mantenga la guarda y custodia a su favor de su hijo Bienvenido y que se le atribuya también la de su otro hijo menor Óscar. Desde luego, la cuestión ha de resolverse atendiendo a supremo inte-

rés de los menores, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de la ONU y con lo dispuesto en los arts. 39 de la CE y 92, 93, 154, 158 y 170 del Cc, para así protegerlas y preservar su dignidad, los derechos inviolables que les son inherentes, su libre desarrollo de la personalidad y todos los demás derechos que son fundamento del orden público y de la paz social, tal como dispone el art. 10 de la CE.

En la resolución recurrida se mantiene la atribución de la guarda y custodia del menor Óscar al padre y se modifica la sentencia de divorcio al atribuirse la guarda y custodia del otro hijo menor, Bienvenido, también al padre. Para ello llegar a esta conclusión el Juzgador de Instancia a tenido en cuenta, básicamente, los informes periciales elaborados por el Equipo Psicosocial de los Juzgado de Palencia y por el Centro Asociación para la Protección del Menor en los Procesos de Separación de sus Progenitores, según los cuales lo más conveniente para el menor Bienvenido es que se atribuya al padre su guarda y custodia, que ya ostenta la guarda y custodia del otro menor Óscar, rechazando este frontalmente a la actual pareja de su madre. Así se informa por los peritos teniendo en cuenta que es lo más conveniente para ambos hermanos para preservar la relación fraternal, visto que ambos progenitores han mostrado una evidente incapacidad para que los hermanos puedan relacionarse entre sí, especialmente la madre al haber adoptado a veces una actitud irreflexiva que había perjudicado la relación entre los dos hermanos y entre Bienvenido y su padre.

Así las cosas no apreciamos nosotros infracción alguna ni de precepto legal ni error en la apreciación de la prueba, tengamos en cuenta que si bien el menor Bienvenido, nacido el NUM002 de 2002, dijo en la exploración judicial que prefería estar con su madre y los fines de semana con su padre y su hermano Óscar, también es cierto que su relación con estos es buena y que parece ser lo más conveniente para sus intereses personales y emocionales y para su relación con su padre y con su hermano que su guarda y custodia se atribuya al padre, habiendo mostrado al equipo psicosocial sus deseos de relacionarse en

mayor medida con su padre y hermano. Es más, algunas veces Bienvenido, después de visitar a su padre y hermano, llega casa de su madre llorando y con malestar emocional ya que le da pena volver con mamá, pues se lo pasa bien con su papá, ofreciéndole el entorno paterno más actividades de ocio y recursos de socialización, estando además unido afectivamente con sus abuelos paternos. De cualquier forma recordemos que en estos procedimientos el tribunal no está vinculado por la fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, y que el referido menor tiene diez años y que sólo a los mayores de doce años se les tiene que oír judicialmente en todo caso, tal como dis-

ponen los arts. 752 y 770 de la LEC.

En último lugar, tampoco incurre la resolución recurrida en infracción de los arts. 93, 94 y 95 del Cc, ya que el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, debiendo cada progenitor contribuir para satisfacer alimentos a favor de sus hijos, estableciendo la sentencia de primera instancia el correspondiente régimen de visitas entre la madre y sus dos hijos y atribuyendo correctamente el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor en cuya compañía quedan.

## Guarda y custodia

### Atribución al padre, al haber provocado la madre el alejamiento de la figura paterna

#### AP Madrid, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 5 de febrero de 2013.

Debe atribuirse la custodia al padre ante un inadecuado e irresponsable ejercicio de la función encomendada a la madre que ha repercutido, sin duda, por su negativa influencia, en un alejamiento de la menor de la figura paterna, cuya relación se hace imprescindible restaurar.

La patria potestad en su configuración jurídica actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida, como una función, en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los citados descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el artículo 154 del Código Civil, y así lo declara el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 24 de abril de 1963, 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987. Y en tal concepción se insiste, con carácter general, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir (artículo 2º), lo que se reitera en el artículo 11-2, en cuanto principio rector de la actuación de los poderes públicos.

La corresponsabilidad que a ambos progenitores incumbe al respecto, a tenor de lo prevenido en el citado artículo 154, no queda alterada en aquellos supuestos, como en el caso acaece, en que se rompe la unidad familiar, y ello salvo que la resolución judicial reguladora de sus efectos disponga otra cosa.

En efecto, la asignación a uno solo de los progenitores de la guarda del menor, no transfiere al primero la exclusividad de los derechos y deberes integrados en dicha función que, por el contrario, deberán seguir siendo compartidos con el otro progenitor a quien corresponde la facultad, y la obligación, de tener al hijo en su compañía, lo que se articula a través del sistema de visitas que regula a el artículo 94 del mismo texto legal, y del que no podrá ser privado por imposición unilateral, directa, o inducida en el hijo, del progenitor custodio, a quien incumbe el deber inexcusable de facilitar el recíproco derecho que al común descendiente y al padre o madre no guardador incumbe.

Ha de tenerse en cuenta que dichas relaciones se erigen en un factor de decisiva importancia para un correcto desarrollo y formación, en sus diversos aspectos, del sujeto infantil, en cuanto necesario paliativo del grave perjuicio que al mismo se le ha irrogado a causa de la quiebra de la unidad familiar, respecto de la que aquél aparece como víctima inocente. Cierto es que el citado artículo 94 contempla la posibilidad de limitar o restringir tal derecho, pero no por mera voluntad de una de las partes, sino en virtud de decisión judicial debidamente motivada, y que ha de basarse en causas de entidad suficiente que así lo aconsejen.

La gravedad del incumplimiento, por el padre o madre guardador, del derecho prioritario del niño, en cuanto derivado de la voluntad injustificada de aquél, lleva al Legislador a contemplar, en cuanto efecto ju-

rídico derivado de dicha trasgresión, la posibilidad de modificar el régimen de guarda y visitas (artículo 776-3ª L.E.C.), siempre que, obvio es, tales medidas se revelen acordes al interés prioritario del menor, según proclama, en sus artículos 3 y 9, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 30 de noviembre de 1989, lo que es reiterado, en el ámbito de nuestra legalidad interna, por los artículos 39 de la Constitución, y los mencionados de la Ley Orgánica 1/1996.

En el supuesto que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, ha quedado cumplidamente acreditado, a través de los múltiples informes y demás medios probatorios incorporados a las actuaciones, el sistemático entorpecimiento que, desde la quiebra de la unidad familiar, ha venido realizando la Sra. Otilia de las relaciones paterno-filiales.

Así lo pone de manifiesto, entre otros, el dictamen emitido, en fecha 28 de febrero de 2006, en el procedimiento seguido para regular las consecuencias de dicha ruptura, por la Perito Psicólogo adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues en el mismo se hace expresa referencia a la necesidad de que Otilia se mantenga al margen de la situación conflictiva de sus progenitores, evitando verbalizaciones y comportamientos que pudieran influenciar en la imagen de la menor hacia la figura paterna y su padre, y que pudieran provocar un enfriamiento en la relación paterno filial.

Los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Tres Cantos emiten, en fecha 15 de noviembre de 2010, un informe en el que se realiza un relato cronológico de la situación familiar, mencionándose que, ya en el mes de abril de 2005, la relación materno-filial estaba dominada por una sensación de miedo, principalmente ante las reacciones de su madre cuando observa que Otilia mantiene buenas relaciones con su padre. En entrevista mantenida con la Sra. Otilia en 30 de enero de 2007, la misma manifiesta que la niña está mal por culpa de las visitas con su padre. En entrevistas posteriores, la citada progenitora niega el sufrimiento de la hija ante dicha situación, manifestando que la única dificultad que tiene la menor es que venga obligada a ver a su padre, exponiendo este último que la niña le reconoce que es su madre quien le dice que no vaya con él. Tras referir el resultado de las diversas comunicaciones realizadas con los tres integrantes del grupo familiar a lo largo de los años transcurridos hasta la emisión del informe, se considera que la menor manifiesta un rechazo al padre sin que se aprecie motivo que lo justifique. La madre argumenta que lo único que puede ayudar a su hija es no volver a ver al padre, negándose a que los correspondientes profesionales puedan trabajar con la menor a causa de dicha dificultad. Consideran los informantes que la menor está muy condicionado por los mensajes negativos de su madre en relación al

padre, por lo que la posibilidad de que Otilia pudiese vivir durante un tiempo con dicho progenitor podría determinar una imagen real del mismo, restableciendo el vínculo entre ellos.

Coincide en dichas valoraciones el dictamen emitido, en fecha 7 de septiembre de 2011, por la Psicóloga adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al exponer que para que Otilia pueda tener un desarrollo psicoafectivo normalizado necesita poder relacionarse y expresarse con libertad, tanto con su padre como con su madre y sus respectivos entornos, por lo que la mejor alternativa para ella es que pueda preservarse este derecho. Y, en este sentido, la dinámica familiar observada en el transcurso del tiempo ha mostrado que, mientras se sigan dando las condiciones actuales de custodia materna, Otilia no va a poder relacionarse con su padre con plena libertad. Se añade que doña Valentina no nuestra ninguna apertura para ayudar a su hija a normalizar las relaciones con el padre, siendo su actitud actual, respecto de los visitas en el Punto de Encuentro, de resistencia pasiva. Concluye la Perito afirmando que la mejor alternativa de custodia es la paterna, que asegura que Otilia pueda mantener el vínculo tanto con su padre como con su madre.

Los múltiples informes elaborados por los responsables del P.E.F. en el que venían desarrollándose las visitas ponen de manifiesto la evolución de las relaciones paterno-filiales en el transcurso del tiempo, y que van desde la inicial negativa de la menor a comunicarse con el padre, pero sin que se observe en la misma ninguna muestra de temor hacia dicha figura parental, pues no expone ningún motivo concreto para dicha decisión, hasta una progresiva normalización de tales relaciones, observándose que, al finalizar las visitas, que incluso han ido desarrollándose fuera del centro, la menor se despidió contenta y sonriente de su padre, pero cuando se encuentra con su madre se muestra seria y compungida. Otilia muestra temor de que su madre, en las visitas la vea salir del Centro con el otro progenitor, y montarse juntos en el coche. Dicha positiva evolución se rompe en significativa coincidencia cronológica con la celebración de la vista en la instancia, a partir de cuyo momento la menor cambia de actitud, negándose a entrar en el Centro, no produciéndose por ello los intercambios a partir del 2 de noviembre de 2011.

Tales conclusiones, avaladas en su fuerza probatoria por la alta cualificación de sus autores y su plena objetividad e imparcialidad, a través además de un seguimiento continuado de todo el grupo familiar, ponen de relieve el grave riesgo en que, no obstante la verbalizada voluntad de la menor, se encuentra la misma respecto de una correcta y normalizada evolución psicoafectiva, sin que queden desmentidas, en modo alguno, por el informe de parte que la hoy recurrente aporta en el acto de la vista celebrado en

la instancia, ya que el mismo se basa únicamente en la evaluación de Otilia, pero sin contrastar las verbalizaciones de la misma con el examen de cada uno de sus progenitores. Tampoco el informe emitido, en fecha 13 de diciembre de 2011, por el Responsable de Prevención de Agentes Tutores de la Policía Local de Tres Cantos, y que se aporta por la apelante con su escrito de formalización del recurso, alcanza entidad suficiente para apoyar la postura de dicha litigante, habida cuenta que el mismo se basa tan sólo en las manifestaciones de la niña, respecto de las que, significativamente, se afirma que utiliza palabras y expresiones de personas de más edad, lo que pone de manifiesto, una vez más, su instrumentalización en la contienda suscitada..

En conclusión, y dada además la aptitud de don José Pedro para asumir, en beneficio de la menor, su

cuidado cotidiano, resulta, no sólo aconsejable, sino absolutamente necesaria la modificación del sistema de guarda que fue sancionado en la Sentencia dictada en fecha 13 de marzo de 2006, y ello ante un inadecuado e irresponsable ejercicio de la función encomendada a la otra progenitora, que ha repercutido, sin duda por su negativa influencia, en un alejamiento de la menor de la figura paterna, cuya relación se hace imprescindible restaurar en el modo que sanciona la resolución impugnada que, por ello, ha de ser íntegramente corroborada en el presente momento y trámite procesales, tanto en lo que concierne al pronunciamiento principal, como en lo que afecta a los de índole complementaria, respecto de los que la apelante no realiza, en su escrito de interposición del recurso, específico alegato alguno de impugnación.

## Guarda y custodia

El cambio de opinión de la hija después de dictarse la sentencia no puede tenerse en cuenta para modificar la custodia

**AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013**

El cambio de opinión de la hija en cuanto a la preferencia con el progenitor con quién quiere convivir producido en fase del recurso de apelación no puede ser tenida en consideración pues carecería en este momento del carácter de permanencia exigido para la modificación de medidas..

En realidad, el recurso de apelación ha intentado imponerse por la existencia de un hecho nuevo acontecido con posterioridad a la sentencia, que haría aconsejable ese cambio de guarda y custodia para los dos niños a favor de la madre, y que sería el cambio de voluntad de Laura, que se habría ido a vivir con ella.

Por la vía del artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha intentado introducir este hecho, mediante la práctica de nueva prueba en esta alzada. Ello fue denegado por esta Sala por Auto de 16 de enero de 2013, que no fue recurrido en reposición, lo que haría innecesario más argumento al respecto. No obstante, ante la idea que puede latir de que se le esté causando una situación de indefensión por este tribunal al no permitirle ampliar la prueba en esta alzada ante los hechos nuevos surgidos con posterioridad a la celebración de la vista ante el Juzgado de Primera Instancia, se le ha de reiterar el carácter excepcional que esta introducción probatoria debe tener en esta fase de revisión, para evitar con ello desvirtuar el sistema de doble instancia; de modo que sólo

aquellas que se consideren estrictamente necesarias pueden tener cabida. Lo contrario sería dar lugar a que ante este órgano colegiado, y en instancia única, se viese ex novo un procedimiento de modificación de medidas.

Pese a la flexibilidad que en los procesos de familia existe respecto de la posibilidad de proponer prueba ante hechos nuevos de relevancia (art. 752. 1 y 3 L.E.C.), ya decíamos que, en la medida en que éstos rompen las reglas del juego del procedimiento, tiene que aceptarse su incorporación en alzada con una gran cautela y excepcionalidad de modo que no se puede transformar un procedimiento de esta naturaleza en una demanda o contestación continuada que impida su cierre, ante lo cambiante de las circunstancias.

Lo que se venía a alegar es un cambio en la voluntad de uno de los dos hijos en cuanto a la persona de sus progenitores con quien preferiría convivir, pero ello, aunque se aceptase, carecería en este momento del carácter de permanencia exigible para la modifica-

ción de una medida adoptada judicialmente tras el estudio de determinadas circunstancias sometidas a su análisis. Además, seguiría chocando con la exigencia de que los hermanos convivan y la voluntad del otro hermano, aparte otras motivaciones que dieron lugar a considerar más beneficiosa la estancia principal de

los dos niños con su padre. Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia considera relevante conocer la opinión de los menores, pero que no entiende que deba imponerse lo que ellos quieran, pudiendo no coincidir su opinión con lo que resulta de más conveniencia para su desarrollo.

## Cuestiones procesales

### Admisión del informe de detective aportado por el actor en el juicio

#### AP Córdoba, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de marzo de 2013

El informe de investigación privada se aportó en el acto de la vista, pero hay que tener en cuenta que no se trata de una prueba que pudiera haberse acompañado con el escrito de contestación a la demanda pues los hechos objeto de investigación han tenido lugar con fecha posterior a la presentación de la contestación, y dicho tipo de pruebas necesitan de un tiempo para poder articularse con eficacia, máxime cuando es de esperar que en las fechas coetáneas al inicio del litigio el demandante pudiera observar una conducta más discreta de lo que luego ha desarrollado.

Es cierto que los informes de investigación privada, al igual que los documentos fundamentales y los dictámenes periciales de parte, han de presentarse, según el artículo 265 ya citado con los escritos expositivos, mientras que aquí se aportó en el acto de la vista.

No obstante, presididas estas reflexiones por la norma de flexibilidad que recoge el artículo 752.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procedimientos de familia, y más cuando, como aquí acontece, está en juego una verdad material por referirse la pretensión a los medios de vida de menores de edad, ha de considerarse que no se trata de una prueba que pudiera haberse acompañado a la demanda, pues la iniciativa del litigio correspondió al apelante, sino que ha venido impuesta por la solicitud de modificación de medidas; por otra parte, los hechos objeto de investigación han tenido lugar con fecha posterior a la presentación de la contestación, y dicho tipo de pruebas necesitan de un tiempo para poder articularse con eficacia, máxime cuando es de esperar que en las fechas coetáneas al inicio del litigio el demandante pudiera observar una conducta más discreta de lo que luego ha desarrollado.

Todas estas razones, al margen de que no se ha causado una indefensión efectiva, porque siempre ha podido pedir la parte una suspensión de la vista para procurar la prueba de aquellos extremos en los que se haya visto sorprendida, avalan la admisibilidad de la prueba y, por consiguiente, la valoración que de ella ha expuesto el juzgador de instancia en su sentencia,

que no son desmentidas, salvo desde el mero plano formal, por el recurrente.

Así, es de ver un nivel de vida jalonado por la vivienda en que habida, de cierto lujo, según las fotografías incorporadas al informe; que cada miembro de la pareja conduce un vehículo distinto, con los gastos de mantenimiento, al menos, que ello comporta; que tienen dos perros, a los que hay que cuidar y alimentar -pero a los hijos del primer matrimonio, el mínimo vital, eso sí-; que pasa una media diaria importante en las instalaciones de una de las sociedades de la que es partícipe, y realiza un papel activo; que su nueva hija acude a una guardería de pago, de lo que ha de deducirse que su nueva pareja debe estar ocupada en otra actividad que le impide dedicarse personalmente del cuidado de la niña, de muy corta edad; o cuando menos que ambos pueden permitirse el lujo de pagar para que otros la cuiden.

Evidencian esos datos un comportamiento desleal del recurrente para quienes son sus hijos, que nada tienen que ver en su ruptura conyugal, y para con los órganos del Estado encargados de resolver esta contienda, que no hace fiable ninguna de sus afirmaciones, y por ello tampoco es creíble que sus ingresos no sean suficientes para igualar el nivel de vida de todos sus hijos, incluida la que ahora tiene con una nueva pareja, cuyos ingresos, por otra parte, tampoco constan.

# Guarda y custodia

## Inviabilidad de la custodia compartida

### AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2013

Hasta que ambos progenitores no adecuen sus respectivas actitudes hacia el otro, priorizando las necesidades de los hijos por encima de las propias, no resulta viable el establecimiento de la responsabilidad parental compartida.

Frente a la resolución de instancia que acuerda atribuir a la madre la custodia del hijo todavía menor de edad; Víctor, nacido en 1999, se alza el padre reiterando en esta alzada su solicitud de custodia compartida y como consecuencia de ello, la adecuación de las restantes medidas de índole económica derivadas de la principal.

En realidad desde el dictado de la sentencia de instancia y hasta la fecha, la situación de los miembros de la familiar ha evolucionado de modo que al día de la celebración de la vista en esta alzada, el hijo mayor, Jorge, de 19 años, se encuentra conviviendo con el padre, mientras que la madre y el hijo menor ya no residen en la que fuera vivienda familiar sino en la Ciudad de Barcelona, en el domicilio de la actual pareja de la Sra. Matilde.

Se ha producido también un cambio de escolaridad y Víctor ha pasado del centro al que asistía en Begues, al centro concertado Maristas, en Barcelona.

Por lo tanto lo primero con que nos encontramos es con una desafectación del uso de la que fuera vivienda familiar, cuestión ya no controvertida entre las partes, reservándose en su caso el derecho a poner el inmueble a la venta, alquilarlo o destinarlo a otros usos. Lo relevante es que ya no se ocupa esa vivienda cuyo mantenimiento constituía uno de los gastos más importantes de la familia.

Así pues y en cuanto al tema de la custodia de Víctor, si antes no existía motivo alguno para acordar una atribución compartida, en esta alzada se ha clarificado todavía más la cuestión.

Resulta innecesario aludir a la bondad del régimen de custodia compartida en los casos en que ello es posible, por todo los beneficios que comporta, lo que no nos debe hacer olvidar que en todo lo concerniente a la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad y las medidas que en torno a ella hayan de adoptarse como consecuencia de la ruptura de la unidad familiar, constituye criterio preferente el interés supremo del menor, el denominado favor minoris, o que como principio básico y fundamental en esta materia, es sancionado en la Le-

gislación Internacional en materia de menores y en nuestra propia Legislación.

...El texto legal ha venido pues a plasmar aquellos criterios en que se basaban los tribunales para efectuar una atribución compartida de la custodia, incluso subrayando que no debe desecharse frente a cualquier grado de conflictividad salvo los casos de conflictividad extrema, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continúa exposición del niño al enfrentamiento tal y como ha dicho entre otras las sentencias de 26 de febrero de 2007, 31 de julio de 2008 o 20 de diciembre de 2010.

En la instancia se había acordado solicitar informe valoración al equipo del SATAF acerca de la conveniencia de acordar un sistema de custodia compartida. La conclusión del equipo técnico fue terminante: hasta que ambos progenitores no adecuarán sus respectivas actitudes hacia el otro y priorizando las necesidades de los hijos por encima de las propias, no resulta viable el establecimiento de la responsabilidad parental compartida. Mas aun, considera conveniente que ambos progenitores se vinculen a un profesional de la salud para elaborar sus vivencias respecto de la relación con el objetivo de que estas no interfieran en sus capacidades parentales y en el funcionamiento postruptura. Es la existencia de un alto nivel de conflictividad no resuelta como consecuencia de la ruptura y el litigio la que impide la comunicación y una adecuada gestión de la dinámica familiar, pero no se cuestiona que ambos sean unos progenitores responsables y capacitados para ejercer de forma correcta la responsabilidad parental. La situación parece haberse encauzado y los propios hijos han ido resituándolos de forma que en este momento parece haberse conseguido una cierta estabilidad. Jorge se encuentra bien con el padre con quien ha ido a vivir de forma voluntaria, sin que ello signifique que no mantenga el mismo tipo de vinculación con la madre y Víctor se encuentra bien tal y como está viviendo ahora, y aunque desea igualmente mantener la relación con el padre pero de forma bastante responsable calibra las consecuencias que en su vida diaria supondría trasladarse a vivir a una población cercana pero no lo suficiente para permitirle mantener su actual siste-

ma de estudio. El hecho de que los hermanos vivan separados, puesto que el padre y los hijos se reúnen semanalmente para cenar y disfrutar de su compañía, no es obstáculo al mantenimiento de una correcta vinculación emocional. No existen pues motivos obje-

tivos para acordar un cambio de custodia mas allá de como vaya evolucionando la situación dada la edad de los hijos.

## Modificación de medidas

### Posibilidad de ejercitar una acción de enriquecimiento injusto en un procedimiento independiente.

#### AP Córdoba, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 1 de febrero de 2013

Los efectos de la extinción de la pensión alimenticia no pueden retrotraerse más allá de la fecha de presentación de la demanda de modificación de medidas, sin perjuicio de que el actor ejercite una acción de enriquecimiento injusto en un procedimiento independiente.

El objeto de este recurso de apelación es el momento a partir del cual debe surtir efectos la extinción de una pensión de alimentos que se ha interesado en un procedimiento de modificación de medidas, que la resolución recurrida fija desde el momento de la interpelación judicial, y la parte apelante sostiene que debe retrotraerse al momento temporal en que se dieron los presupuestos determinantes de su extinción.

Ciertamente en la jurisprudencia no ha existido unanimidad a la hora de abordar esta cuestión, variando las posturas doctrinales desde los que abundan en el carácter constitutivo de las resoluciones judiciales y los principios de seguridad jurídica y ejecutividad de las sentencias firmes, por lo que consideren que la extinción sólo puede surtir efectos desde la fecha de la sentencia que declare esa extinción (v.gr. S.A.P. Málaga 23-3-2.006, S.A.P. Tarragona 24-4-2.008); las que le otorgan efectos retroactivos desde la interpelación judicial, bien sobre la base de una aplicación analógica del artículo 148 del Código Civil, bien con objeto de evitar un enriquecimiento injusto o un abuso del derecho por parte del alimentista (v.gr. S.A.P. Cádiz 12-12-2.007, S.A.P. Valencia 1-4-2.008); las que postulan una solución intermedia según el tipo de procedimiento en que se declara, admitiendo la retroactividad al momento de la demanda en los procedimientos de modificación de medidas (S.A.P. Madrid 25-9-2.007), o las que defienden la de la fecha de concurrencia del hecho determinante de la extinción (S.A.P. Valencia 2-6-2.008, S.A.P. A Coruña 23-5-2.007) en circunstancias excepcionales.

Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de octubre de 2008, tomó partido por la irretroactividad total, determinando los efectos desde la fecha del dictado de la sentencia, afirmando: "...lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las

sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, 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 este procedimiento, por los términos en que se ha planteado, tras la resolución dictada y el contenido del único recurso de apelación, la decisión ha de estar entre mantener lo resuelto en sentencia, eficacia desde la fecha de la demanda, o acudir al momento del hecho determinante de la extinción, basado en la existencia de abuso de derecho o enriquecimiento injusto por parte de los alimentistas.

En este caso, la resolución que fijó como medida definitiva la pensión de alimentos, la sentencia de separación dictada el 11 de octubre de 2.001, venía a aprobar el convenio regulador en su día suscrito entre las partes, que fijaba expresamente el momento de la extinción de la pensión cuando los alimentistas consiguiesen empleo fijo o trabajo con salario superior al

mínimo interprofesional, o desde que cumpliesen los veintisiete años.

La existencia de mala fe en los demandados la sostiene la parte recurrente respecto de la primera de las causas de extinción, afirmando que por sus malas relaciones con los demandados, no pudo conocer con anterioridad esa autonomía económica alcanzada por los beneficiarios de la pensión, motivo por el que siguió abonando la misma. Aun cuando es cierto que ello podría haber provocado un enriquecimiento injusto por parte de la persona que recibiera su importe, entiende este tribunal que ello excede del ámbito de este tipo de procedimientos de derecho de familia, que debe determinar la eficacia de su pronunciamiento bajo un mínimo principio de seguridad, sin perjuicio de que si una de las partes ha obrado con mala fe, pueda ejercitar la correspondiente acción de enriquecimiento injusto. Ésta es la única razón por la que se puede aceptar que no se admitiesen las pruebas propuestas en la primera instancia por la parte actora, y por las que este tribunal tampoco ha valorado su incorporación a esta alzada, teniendo en cuenta que tampoco habían sido debidamente reproducidas con el escrito de apelación.

Diferente sería la otra causa estipulada para la

extinción de la pensión de alimentos, que se establece a partir de un dato objetivo y respecto del que el alimentante no puede afirmar su desconocimiento, al coincidir con las fechas de cumplimiento de determinada edad por sus hijos. La parte alimentante ni siquiera tendría que haber acudido a este tipo de juicio para lograr el pronunciamiento judicial de extinción de la pensión, pues éste operaba de manera automática desde las fechas respectivas del vigesimoséptimo cumpleaños de cada uno de sus hijos. Pero la circunstancia de que haya seguido abonando aquella pensión con posterioridad a esos días, nos adentra también en cuestiones más complejas sobre el motivo que le llevó a ello, pudiendo encontrarnos incluso ante actos de liberalidad, cuyo reembolso no sea ya posible.

En concordancia con lo expuesto, acudiendo el obligado al pago a este procedimiento de modificación de medidas para que se dé un pronunciamiento judicial que declare extinguidas las pensiones de alimentos, no cabe en el mismo extender su eficacia más atrás en el tiempo, debiendo respetar este tribunal ad quem la decisión de que ese momento se fije a la fecha de la interpelación judicial, a la vista de la postura de los alimentistas.

## Pensión compensatoria

Posibilidad de pedirla *ex novo* en el divorcio aunque anteriormente se hubiese tramitado un procedimiento de separación.

**AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013**

Posibilidad de solicitar *ex novo* en divorcio una pensión compensatoria que no se había solicitado en el anterior proceso de separación, al no estarse en el caso de que después la solicitarla hubiese renunciado a la misma o que habiendo sido pedida hubiese sido expresamente denegada.

La cuestión relativa a la posibilidad de solicitar *ex novo* en divorcio una pensión compensatoria que no se había solicitado en el anterior proceso de separación ha sido resuelta por la STS de 9 de febrero de 2010, "al declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria". Cierto que en el caso examinado en dicha sentencia uno de los cónyuges se había reservado el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior pero como claramente se desprende del contenido de

la misma en ningún caso se supedita la posibilidad de fijar pensión compensatoria en un proceso de divorcio a que en el anterior procedimiento de separación se haya efectuado dicha reserva, cosa distinta sería que el cónyuge que después la solicita hubiese renunciado a la misma o que habiendo sido pedida en dicho procedimiento hubiese sido expresamente denegada, en cuyo caso nos encontraríamos ante una cosa ya juzgada que veda resolver nuevamente sobre la misma pretensión (art. 222 LEC).

Establecida la posibilidad de acordar una pensión compensatoria en la posterior sentencia de divorcio para que dicha pretensión prospere es preciso que las condiciones o presupuestos exigidos para el establecimiento de dicha pensión concurren en el momento de la ruptura matrimonial... Pues bien, en el pre-



sente caso resulta probado, tal como acertadamente se señala en la sentencia recurrida, que la ruptura matrimonial produjo un desequilibrio a D.<sup>a</sup> Enma, que implicó un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio puesto que mientras el Sr. Anselmo trabajaba como programador en un empresa en la que participaba como socio, la Sra. Enma, como el mismo reconoce, únicamente ha realizado trabajos a tiempo parcial como empleada de hogar, por ello con ingresos menores, por lo que es evidente que el pacto sobre alimentos contenido en el convenio, venía a ocultar el desequilibrio ya existente, que se ha puesto de relieve con toda crudeza cuando se ha declarado extinguido dicho derecho. Por tanto, como dice la STS de 9 de febrero de 2010 “no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos”. A este respecto y aunque la declaración de extinción de la pensión de alimentos haya sido consentida por la Sra. Enma, este Tribunal considera que no esta de

más recordar la doctrina fijada en la STS de 4 de noviembre de 2011 en el sentido de que: “el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir pres-tándolos”. Concurren, pues, los presupuestos exigidos en el artículo 97 del Código Civil para reconocer a la Sra. Enma una pensión compensatoria, pues la ruptura matrimonial le ha ocasionado un perjuicio económico, en relación con la situación de que disfrutaba constante matrimonio y en relación con la situación en la que quedó el Sr. Anselmo, resultando la cantidad fijada en la sentencia recurrida totalmente ajustada a las circunstancias concurrentes en el caso de autos, que se han tenido debidamente en consideración por el Juez a quo, y mas teniendo en cuenta que resulta incluso inferior a la pensión de alimentos fijada en su día por las propias partes.

## Cuestiones procesales

### La falta de traslado del resultado de la exploración no es motivo para la nulidad

#### AP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 11 de febrero de 2013

Que no se haya dado traslado del contenido de la exploración del menor no es motivo para declarar la nulidad de actuaciones pues la exploración de menores no constituye un medio de prueba que deba ser sometido al principio de contradicción.

Se solicita con carácter previo la nulidad de la sentencia y la retroacción del procedimiento al momento anterior a dictarse la misma alegando como causa de nulidad no haberse practicado las pruebas que fueron admitidas y por no haberse dado traslado del contenido de la exploración de la menor.

No procede acordar la nulidad de la sentencia por los motivos solicitados. Como declaran entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Julio de 2010, rec. 1914/2006, y 29 de noviembre de 2010, rec. 361/2007, “para que una denegación de prueba adquiera relevancia constitucional infringiendo el derecho a la defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución Española, que pueda operar en el campo de la legalidad ordinaria es preciso que se haya traducido en una efectiva indefensión material en el sentido de que la parte afectada quede privada de la posibilidad de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (TCSS 169/96 de 29 de octubre, 101/99 de 31 de mayo, 159/02 de 16 de septiembre). Se exige, por consiguiente, que la prueba sea decisiva en términos de defensa, lo que sólo sucede en el caso

de que, de haber sido tomada en consideración, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta con efecto favorable para quien denuncia infracción de derecho fundamental (TCSS 219/1988 de 17 de diciembre, 159/2002 de 16 de septiembre). Y la misma exigencia de demostrar que la práctica de la prueba omitida hubiera tenido trascendencia decisiva (valor relevante o influencia notoria) para resolver el litigio se viene requiriendo por la doctrina del Tribunal Supremo sentencias, entre otras, 29 de febrero de 2000, 19 de diciembre de 2001, como un motivo de quebrantamiento de las garantías del proceso determinante de la casación, pues obviamente, de no ser así no concurriría la situación de indefensión”.

En el caso de autos, en el acto de la vista se admitió por el Juez a quo requerir el informe solicitado al CAS sobre el tratamiento y seguimiento de deshabitación de la madre; a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre datos laborales de la madre y a la empresa para la que trabaja, así como al equipo técnico psicosocial para que emitiera informe. Ninguna de estas pruebas, que fueron admitidas, han sido practicadas. Y reiterada su petición ante la Sala en segunda instancia, de forma confusa, dentro del cuer-

po del recurso, fueron tácitamente rechazadas en tanto tan solo se admitió la prueba documental aportada.

Debe examinarse en consecuencia si la ausencia de práctica de dichas pruebas constituye causa de nulidad, en tanto hayan ocasionado a la parte que la denuncia auténtica indefensión. La Sala estima que no se ha producido indefensión. Hay informes del Centre de Recursos i Informació per a les dones del Ayuntamiento de Granollers y Informe social del Ayuntamiento de Lliça d'Amunt sobre la situación de la madre y el seguimiento psicosocial realizado por la misma desde 2007 en el que se denomina "ciclo de violencia" y especialmente obra en autos un Informe del Servei d'Atenció psicològica de junio de 2010 en el que se indica que se observa mejora de ánimo y que la madre esta en proceso de recuperación y dispone de habilidades personales suficientes. Se refiere dicho informe a la situación psicológica de la madre, pero cabe destacar que no resultaría favorable de haber detectado una situación de consumo de drogas como el que se alega por parte del padre. Por tanto, no se considera necesario para la resolución de este proceso el informe solicitado al CAS. Tampoco se estima necesaria la información solicitada a la TGSS y a la empresa, en tanto obran en autos todos los datos laborales que se necesitan para determinar la pensión de alimentos de la hija. Y por último tampoco se estima necesario el informe psicosocial para adoptar la medida relativa a la guarda de la hija, atendido el contenido de los interrogatorios, documentos aportados y contenido de la exploración.

En cuanto a la exploración, se ha solicitado la nulidad de la sentencia por no haberse dado traslado de la misma a las partes que por consecuencia no

ha podido ser valorada por las mismas. Al respecto cabe señalar que la exploración de menores no constituye un medio de prueba que deba ser sometida al principio de contradicción, sino una diligencia o actuación judicial que tiene como finalidad satisfacer el derecho del menor a ser oído, derecho que viene reconocido en el artículo 12 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992 (punto 8.14), Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores, adoptada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, art. 6 b), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, art. 24, entre otros instrumentos internacionales y recogido también en nuestra legislación interna, concretamente en el artículo 211-6,2 del CCC y artículo 7 de la Llei d'Oportunitats i Drets de la Infància i l'Adolescència. Se alega por el apelante la vulneración de los artículos 358 y 359 de la LEC, pero en la exploración de menores, el menor no es el objeto reconocido sino el sujeto que ejerce un derecho. Los preceptos que se alegan como infringidos no son por tanto aplicables. La regulación procesal no contempla ninguna norma que determine como se lleva al proceso el contenido de la exploración de un menor, lo que ha dado lugar a distintas practicas por parte de los Tribunales. En el proceso examinado el Juez no ha documentado el contenido de la exploración pero sí ha hecho referencia a dicho contenido en la sentencia. En cualquier caso, cabe señalar que no tratándose de un medio de prueba como se ha dicho, no es necesaria su valoración por las partes litigantes, lo que conduce a considerar que no se ha producido indefensión alguna por tal actuación.

## Régimen de visitas

Supresión de la pernocta vistas las circunstancias en que desenvolvían las visitas

**AP Valladolid, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 4 de febrero de 2013**

Visitas restringidas de fin de semana alterno pero reducida al sábado y domingo sin pernocta y un día intersemanal, el miércoles, sin pernocta al igual que las vacaciones escolares, al poner el menor de manifiesto las circunstancias en las que se desenvuelven las visitas.

El primer motivo del recurso lo concreta el apelante en cuestionar el régimen de visitas fijado en la sentencia. Pretende que se establezca el que solicitó en su día que era un régimen ordinario de viernes a lunes, dos días intersemanales y mitad de vacaciones escolares. La sentencia acepta la visita de fin de semana alterno pero reducida al sábado y domin-

go sin pernocta y un día intersemanal, el miércoles, sin pernocta al igual que las vacaciones escolares. La decisión del Juzgador no puede tildarse de arbitraria sino consecuencia del parecer del menor expresado en la diligencia de audiencia en la que se queja de las condiciones en que se desarrolla el régimen de visitas con su padre y manifiesta sus preferencias respecto

al modo de contactar con su padre. En el recurso se sugiere una posible manipulación de la madre. El niño tiene 13 años y su opinión, por su edad, no puede desconocerse pues nadie como él sabe las circunstancias en que se desenvuelven las visitas con su padre que expresa de manera muy clara en la audiencia que realiza el Juzgador con la asistencia del Ministerio Fiscal (folios 190 y 191 de las actuaciones) en la que no participa ni está presente la madre por lo que no se advierte indicio ninguno de la presión a que puede estar sometido por ella tal como sugiere el padre. Si la normativa reguladora de las crisis matrimoniales prevé la audiencia del menor, dicha regulación no puede interpretarse que pueda tener otro objeto que conocer su opinión antes de la adopción de medidas de las que va a ser el principal protagonista. Y en esa audiencia el menor se manifiesta de una manera clara sobre los hechos y circunstancias de la estancia con su padre que le hacen expresar su opinión y deseo de cómo deben llevarse a cabo. Las medidas a adoptar respecto a los menores deben estar informadas por el principio de la protección del interés superior del menor.

En relación con tal factor y la concurrencia de los requisitos necesarios para su valoración la dificultad se ha mostrado, como señalan las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 o de 11 de marzo de 2010, en que se trata de un concepto jurídico indeterminado sostenido en una cláusula demasiado abierta de manera que se hace difícil en ocasiones concretar y determinar en qué consiste ese interés en cuanto que en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en otros como el francés o el inglés, no se contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto que circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen

discrepancias entre los progenitores que no impiden tomar la decisión sobre la custodia conjunta. En el art. 92. del Código Civil se puede considerar como criterio valorativo para determinar la existencia del interés superior del menor el de la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos. Las dos sentencias se preocupan de resaltar una serie de criterios que se están utilizando en el derecho comparado y que pueden ser utilizados y aplicados en el nuestro, tales como la práctica anterior de los padres en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por 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 cualesquiera otros que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se desarrollaba cuando los progenitores convivían.

Son dos sentencias, las del Tribunal Supremo, importantes que deben servir de pauta a todos los operadores jurídicos para abordar la cuestión analizada. En ellas se otorga especial importancia a los deseos manifestados por los menores y el del hijo es claro tal como resulta de la diligencia de audiencia. Han de valorarse además para atender a sus razones las opiniones que vierte sobre la influencia en la forma de desarrollarse las visitas de la actividad hostelera del padre que se traduce en el descontento del menor con la forma en que el ejercicio de dicha actividad afecta a la estancia con su padre. O los impedimentos que le pone su padre para dormir en la habitación que le apetece en lugar de en un colchón en el salón.

## Impugnación de la filiación

No ha prescrito la acción al no existir posesión de estado

**AP Córdoba, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 5 de abril de 2013**

Al no existir posesión de estado, no puede aplicarse a la acción de impugnación del reconocimiento de complacencia el plazo de caducidad de cuatro años.

El caso de autos se refiere a impugnación de filiación no matrimonial efectuado por el demandante en 2001 que ha sido acogida en la instancia. Se trata de un reconocimiento de complacencia que viene ahora a ser impugnado por el mismo que efectuó el reconocimiento, no por el reconocido u otro familiar de éste. La sentencia de instancia tras indicar que la

jurisprudencia viene a reconocer la impugnación de este tipo de reconocimiento, indica que está sometida a un plazo de caducidad de cuatro años desde el reconocimiento, caso de mediar posesión de estado, pero que ésta falta en el caso de autos valorando en extenso las pruebas practicadas, llegando a la conclusión de que se ha de excluir esa caducidad, para

seguidamente atendido que está acreditado que el demandante no es el padre biológico del menor en cuestión, viene a estimar la demanda.

La parte recurrente utiliza el escrito de impugnación presentado, primero, para dar una visión del asunto, segundo, para hablar de inaplicación de los plazos de caducidad y la jurisprudencia sentada al respecto, y tercero, para referirse a la posesión de estado que entiende se da en el caso enjuiciado.

Hemos de partir de que nuestra jurisprudencia (ssts 29.11.2010, 10.5.2012, recurso 19/2011 y 318/2011 de 4.7, entre otras) ha venido a reconocer la posibilidad de impugnar la filiación que ha accedido al Registro Civil tras un reconocimiento de complacencia y precisamente como se hace preciso fijar el precepto en el que la misma tiene encaje se ha citado el artículo 140 del Código Civil, de cuyo tenor resultan distintos supuestos, ya que el párrafo primero, cuando falte la posesión de estado se reconoce el derecho de impugnar la filiación no matrimonial por aquellos a quienes perjudique, sin ningún tipo de precisión, para después, en el párrafo segundo, señala que cuando “exista posesión de estado” la acción corresponderá a hijo o progenitor y a los herederos forzosos, con indicación de que la acción caducará a los cuatro años desde que inscrita la filiación, el hijo goce de la posesión de estado, para concluir indicando en su párrafo tercero, que los hijos, en todo caso, tendrán acción para impugnar durante un año después de haber llegado a la plena capacidad.

La parte apelante se extiende en su recurso, como se ha dicho, primero a indicar que exista o no posesión de estado, la acción ha caducado al impugnarse la filiación resultante de reconocimiento efectuado en 2001, mediante demanda presentada en 2012, con transcurso evidente de los cuatro años antes referidos, y segundo, entiende que se da la posesión de estado, con lo que ese plazo de caducidad ha de aplicarse. Esta Sala en sentencia de 18.10.2012, rollo 380/2012, ha venido a declarar la caducidad de la acción por transcurso de cuatro años, pero ha sido en un supuesto en el que se da por acreditada la posesión de estado a que se refiere el artículo 141.2 del Código Civil. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 9.5.2012, recurso 19/2011, hace referencia al plazo de cuatro años previsto en el Art. 140.2 CC, que cita la citada sentencia 318/2011, de 4 julio, que declaró la siguiente doctrina: “La acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del Art. 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento”, partiendo de las sentencias 453/2004, de 27 mayo; 1012/2008, de 29 octubre; 1177/2008, de 5 diciembre y 751/2010, de 29 noviembre, que habían aceptado la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial del Art. 140 CC,

pero habían declarado su caducidad por no haberse efectuado dentro de plazo”.

Se suscita, pues, el problema de si ese plazo de cuatro años es aplicable a todo caso de impugnación de filiación derivada de reconocimiento de complacencia o solo a los casos de la existencia de la indicada posesión de estado. Podemos decir que la doctrina sentada en la citada sentencia 318/2011 de 4.7, reiterada por remisión en la de 9.5.2012, también citada, podría llevar a esa conclusión, pero aquí, y en línea precisamente con el voto particular contenido en la primera sentencia, hemos de señalar que el artículo que sirve de base para afirmar la posibilidad de impugnación de una filiación derivada de un reconocimiento por complacencia -cuestión discutida en ese voto particular-no permite abrigar duda alguna a propósito de esa dualidad de regímenes en cuanto a la duración o caducidad de la misma, y, añadimos, que so pretexto de los inconvenientes de la imprescriptibilidad de esa acción, en el caso del párrafo primero del artículo 140 del Código Civil, no permite para estos casos que ha mediado reconocimiento de complacencia, variar lo que se deriva de una recta interpretación del precepto en el que se ha querido ubicar esa vía de impugnación.

Con esto se quiere decir que, a juicio de esta Sala, en la medida que el tenor del artículo 140 del Código Civil es claro, conforme al artículo 1281 del Código Civil, no hay duda que se pueda suscitarse sobre ese diverso régimen, ni cabe que por vía de interpretación jurisprudencial se venga a dar a una acción cuyo reconocimiento legal se sitúa por aquella en el artículo 140 citado, se venga a prescindir de lo que este dispone cuando se trata de dar respuesta a la cuestión de la duración de la acción. En definitiva, se entiende que se ha de distinguir según medie o no posesión de estado, tal y como hace la sentencia 318/2011 (FJ 3º), con lo que la solución al caso que se plantea a esta Sala para por la respuesta que se da a lo relativo a la existencia o no de posesión de estado por parte del menor reconocido en su día por el aquí demandante en la vía que antes hemos indicado.

Al hilo de lo anterior contamos con que a esta cuestión se refiere el apartado tercero del escrito de impugnación pero con la particularidad de que la mera inscripción de la filiación paterna a favor del impugnante y el uso del apellido del impugnante, a la que se refiere, no supone sin más la posesión de estado, puesto que, de ser así, no habría que hacer tal distinción, pues si se impugna una filiación es porque está inscrita (FJ 5º sentencia del Tribunal Supremo de 29.11.2010, recurso 1064/2007) y consta en el Registro Civil, y el primer apellido que ha de usar el menor es el primero de quien allí aparece como su padre. A estos efectos, para evitar inútiles reiteraciones, nos remitimos a la sentencia de instancia, en lo que se refiere a lo que ha de entenderse por posesión de esta-

do. En otras palabras nos referimos con ello a “ aquella relación del hijo con el padre, o madre, o ambos, en concepto de tal hijo (nomen, tractus, fama), manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, sin que se exija que los actos reveladores de la posesión de estado sean muy numerosos, ni publicados absolutamente con plena publicidad, posesión de estado que habrá de durar cierto tiempo, variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, no requiriendo, necesariamente, una existencia actual al momento de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado. Es decir, este concepto se forma por actos directos del mismo padre y su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo, manifestado por actos reiterados,

de forma ininterrumpida, continuada y pública “ (sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 30.5.2012. recurso 374/2012).

Pues bien, sobre esta base contamos con que la parte recurrente, fuera de lo antes dicho, se limita en apoyo de su tesis a referirse sin más a la dedicatoria de una estampilla de primera comunión y a lo indicado por el testigo don Jorge, pero sin combatir los pormenorizados argumentos que la sentencia de instancia dedica a tratar esta cuestión, que permanecen inalterables, y que esta Sala no encuentra motivos para no compartir. Con ello se quiere decir que, primero, que se entiende que no se ha producido esa posesión de estado, y segundo, que la acción de impugnación de la filiación a que aquí nos referimos, no ha caducado.

## Pensión alimenticia

No es causa de extinción que despues de terminar Magisterio comience la licenciatura en traducción e interpretación

**AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2013**

No existe motivo para extinguir la pensión alimenticia. La hija, una vez acabados sus estudios de Magisterio, con un aprovechamiento al menos normal, contando con 23 años, en lugar de optar por dedicarse exclusivamente a la preparación de oposiciones a profesora de Primaria, tomó otra opción, y se matriculó en la Licenciatura de Traducción e Interpretación, a realizar en dos cursos, ampliando una formación que, a su vez, va a incrementar su abanico de expectativas laborales, permitiéndole, entre otras posibilidades, la presentación a otras oposiciones.

La parte actora instó la modificación de la Sentencia de divorcio dictada en fecha 21 de julio de 2.003 para conseguir la extinción de la pensión alimenticia de su hija María Victoria, a la sazón hoy mayor de edad, en atención a que la beneficiaria de la pensión no ha accedido al mercado laboral por su propia voluntad, empezando una nueva carrera universitaria en lugar de preparar las oposiciones propias de la carrera de Magisterio, cuyos estudios había finalizado; alegando en definitiva un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día para la adopción de aquella medida, que fijó una pensión por importe de 204,34 euros mensuales que, en la actualidad, con sus actualizaciones, se cuantifica en 248,93 euros.

La sentencia de instancia estimó parcialmente dicha pretensión, imputando a la alimentista que si no le da tiempo a prepararse el temario de las próximas oposiciones de Magisterio, y con ello se retrasa su incorporación al mercado laboral, es sólo por causa a ella imputable, por su decisión de posponer su pre-

paración en las oposiciones a la realización de una licenciatura de Traducción e Interpretación. De este modo, concluye que María Victoria no ha empleado toda la diligencia debida en la búsqueda de un empleo, y no sólo por lo anterior, sino también por cuanto no ha acreditado que haya presentado su currículum en los colegios privados o concertados de Córdoba, ni tampoco consta que haya solicitado entrar en la bolsa de trabajo de educación, en concreto de maestros bilingües de la Junta de Andalucía, para lo que no se le exige experiencia laboral alguna y sí solo el título de Magisterio y los títulos que acrediten su nivel B” en inglés, que ella ya posee por su propia especialidad. De todos modos, como la oposición de esta especialidad de maestra, la de inglés, no se ha convocado desde que acabara su carrera, junio de dos mil once, le fija un plazo de pervivencia de la pensión, que es el que trascurra hasta que se convoquen las oposiciones, se resuelvan las mismas y las personas que las superen accedan al mercado laboral contando con un sueldo que les permita ser independientes, y ello

aun cuando ella no sea una de esas personas. Afirma en su resolución que “este plazo, como puede fácilmente entenderse, se calcula teniendo en cuenta que la hija finalizó sus estudios de Magisterio en junio de 2011, que si desde esa fecha hasta el examen de las primeras oposiciones que convoquen la misma hubiera estado dedicando sus esfuerzos a ello, y por ende hubiera empleado la diligencia debida en la búsqueda de la opción laboral por ella manifestada, lo normal es que se encontrase preparada y las aprobase, ya que la media de preparación de este tipo de oposiciones es de entre uno y dos años, y aun cuando las aprobara sin plaza, y aunque suspenda, entraría en la bolsa de interinos, además de la de maestros bilingües, de la de maestros de primaria y maestros de inglés. Sin que el hecho de que la misma haya decidido cursar estudios superiores, la licenciatura de interprete y traductor de idiomas, posponiendo su preparación en las oposiciones dos años, tenga que hacer recaer sobre su progenitor dos años más la obligación de abonar alimentos a su hija quien por su exclusiva voluntad ha decidido iniciarse en la búsqueda de un empleo dos años más tarde”.

Frente a este pronunciamiento de límite temporal se alza el recurso, en el que se alega el error en la valoración probatoria y conculcación de lo prevenido en los artículos 93, 142, 152 y concordantes del Código Civil.

Hemos de partir de que la circunstancia de que la persona en cuyo beneficio se estableció la pensión de alimentos haya alcanzado la mayoría de edad, no es suficiente para que se decrete la extinción de esa obligación. El artículo 143.2º del Código Civil obliga, en la medida en que subsista la situación de necesidad, a la prestación de alimentos entre ascendientes y descendientes; y para que se suprima es preciso que se acredite que la beneficiaria ha alcanzado autonomía económica, dejando de depender económicamente de sus progenitores.

En este caso, se aplica la doctrina que castiga igualmente la desidia o falta de voluntad en la alimentista de acceder al mercado laboral; cuando la situación actual de éste, como mínimo, impide el establecimiento de un plazo apriorístico de cuándo pueda tener ese acceso a una retribución fija y suficiente que extinga aquella situación de necesidad, y menos con la superación de exámenes de oposiciones que están en retroceso, y con una competencia numérica muy elevada.

En realidad, lo que la jueza a quo sanciona es que una persona que acababa de finalizar sus estudios de Magisterio, con un aprovechamiento al menos normal, contando con veintitrés años de edad, en lugar de optar por dedicarse exclusivamente a la preparación de oposiciones a profesora de Primaria, con la

incertidumbre que reina sobre la continuidad de su convocatoria y las posibilidades de poder aprobarlas en atención al número de plazas que puedan sacarse y de personas que optan a las mismas, tomó otra opción, que sólo el futuro determinará si se trató de una decisión acertada o equivocada, y se matriculó en la Licenciatura de Traducción e Interpretación, a realizar en dos cursos, ampliando una formación que, a su vez, va a incrementar su abanico de expectativas laborales, permitiéndole, entre otras posibilidades, la presentación a otras oposiciones.

Si la prueba determina que esa ampliación de la formación universitaria únicamente le supone la realización de dos cursos, finalizando en este año, y que su rendimiento académico está siendo notable, nos parece que en la situación del mercado de trabajo actual y con la edad de la alimentista, exigirle ese acceso al mercado de trabajo y la desaparición de sus necesidades al resultado de las oposiciones de Magisterio convocadas para este año, que de todos resulta conocido por la notoriedad de las noticias en los medios periodísticos, se han mantenido por el gobierno autonómico con enfrentamiento con el gobierno central, se trata de una decisión muy alejada de la realidad social; y ello, mucho más cuando la cuantía de la pensión de alimentos resulta bastante exigua, cercana a la reconocida como “pensión de mínimos”, sin que se haya puesto de manifiesto que el progenitor obligado a su abono carezca o haya visto reducidos sus recursos de forma importante en este tiempo, constando su dedicación a una actividad profesional que no es de las que peor están padeciendo la crisis actual.

Con estas circunstancias fácticas, y en el momento de la resolución de este procedimiento, no se puede afirmar que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes cuando los padres formularon la propuesta de convenio regulador que resultó homologada en la Sentencia de 21 de julio de 2.003, que incluía esta pensión de alimentos a cargo del progenitor no conviviente. En base a ello entendemos que, con revocación de la resolución de instancia, la demanda de modificación de medidas debió ser desestimada.

## Cuestiones procesales

La ausencia del trámite de vista después de practicarse las pruebas no es motivo para declarar la nulidad

**AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013**

Tras la exploración de los menores, el Juzgador acordó dar traslado a las partes para efectuar alegaciones y realizar el correspondiente resumen de toda la prueba practicada. No consta que quien hoy recurre la sentencia realizara mención alguna a la no celebración de la vista ni a la indefensión que ello le podría ocasionar, por lo que su planteamiento, resulta extemporáneo y procesalmente incorrecto.

En este caso la desestimación de dicha nulidad encontraría su fundamento en la ausencia del segundo de los citados presupuestos. En efecto, consta acreditado que tras la comparecencia de 4 de noviembre de 2011 en la que se llevó a cabo la exploración de los menores, el Juzgador acordó dar traslado a las partes para efectuar alegaciones y realizar el correspondiente resumen de toda la prueba practicada, lo que en efecto así llevaron a cabo y concretamente el Sr. Leoncio por escrito de 11 de noviembre de 2011, en el que tras valorar las pruebas practicadas, reiteró sus pretensiones objeto de la demanda. No consta que realizara mención alguna a la no celebración de la vista ni a la indefensión que

ello le podría ocasionar, por lo que su planteamiento, ahora en esta apelación, a través de la citada nulidad, resulta extemporáneo y procesalmente incorrecto. Téngase en cuenta que en su momento pudo denunciar la no celebración de vista recurriendo en reposición el referido traslado para alegaciones y resumen de pruebas, antes mencionado. Pero es que, en todo caso, tal decisión judicial no ha generado indefensión a las partes, ya que la parte recurrente ha gozado de la oportunidad procesal de reiterar ahora en esta alzada en el marco legal del artículo 460 de la LEC, la solicitud de aquella prueba que pretendía proponer en el acto de la vista, excluyendo así cualquier atisbo de indefensión.

## Patria potestad

La madre debe facilitar al padre la información sobre la cuenta donde se ingresa la pensión alimenticia.

**AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013**

Siendo la patria potestad compartida y estando incluida dentro de ella la administración de los bienes de los menores, se admite la petición del padre de poder tener conocimiento de los movimientos de la cuenta corriente donde ingresa la pensión alimenticia de la hija, debiendo facilitar la información precisa la madre.

Respecto a la cuestión sobre la cuenta corriente en la que se ingresa la prestación económica de la menor, y puesto que la patria potestad es compartida, y dentro de las obligaciones esta la de administración, si se debe acceder a la pedido en cuanto a

que el padre tenga perfecto conocimiento de cómo se dispone de esas cantidades, y para ello podrá informarse y la madre deberá facilitar la información siempre que prudencialmente se le solicite del estado de la cuenta y de sus movimientos.

# Sucesiones

## Derechos hereditarios tras la determinación de la filiación paterna

### AP Sevilla, Sec. 8.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2013

Tras la declaración de nulidad del testamento, y aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto se condena a quien inicialmente fue heredera a abonar una determinada cantidad a quien finalmente fue declarada hija biológica.

Trata el litigio de la reclamación de la cantidad indebidamente obtenida por la demandada según testamento declarado nulo ya que posteriormente se acreditó la filiación de la actora, heredera abintestato del causante. El pleito enfrenta a la demandada con su tía. La demandada admite la percepción de importantes cantidades de dinero, soportando gastos tributarios, pero que no puede devolver nada. Se trata, según la Juzgadora “a quo” de la aplicación al caso de la teoría del enriquecimiento injusto que concurre en el caso, conforme a la doctrina, cuyos presupuestos razona. Ambas partes han discutido en el pleito de filiación y en el de nulidad del testamento, no pudiéndose resolver aquí sobre el tercio de libre disposición por estar ya resuelta la materia en anterior litigio. Tampoco cabe prescripción por el hecho de que se haya gastado todo el caudal hereditario. No es señal de buena fe que la demandada, que conocía del proceso de filiación, se haya descapitalizado al punto de no poder entregar a su sobrina nada. La cuestión impositiva lo único que supone es la vía abierta que tiene la demandada para solicitar la devolución de lo que cobró y no pueden enjugarse en la deuda que mantiene porque no se sabe si las cantidades a entregar por la actora a la Hacienda Pública habrían de ser las mismas.

Recurre en apelación la parte demandada que expone su discrepancia con arreglo a los siguientes motivos que se ofrecen aquí resumidos. A saber:

- al tiempo de aceptación de la herencia la recurrente no sabía de la existencia de la actora.

- la voluntad del causante fue designarla heredera universal de sus bienes, razón de que al menos el tercio de libre disposición le debe ser asignado.

- Hay una cantidad acreditada, pagada por impuestos y el resto ha sido gastado de buena fe, habida cuenta del desconocimiento de la existencia de la demandante.

- No es justo que la apelante que ha recibido de la herencia la cantidad de 68.000 € tenga ahora que devolver a la actora 109.000 €. Pudiera ser que por el paso del tiempo la actora no tenga que abonar impuestos y que la recurrente no pueda reclamarlos de

los Estados español y francés.

...En puridad, la apelante no discute la aplicación al caso de la teoría del enriquecimiento injusto, lo que está afirmando es la posición de buena fe en la que se encuentra ya que ha dispuesto del dinero que creía corresponderle al ser desconocedora de la existencia de su sobrina, por lo tanto y como viene a insinuar lo que procede es determinar qué parte del dinero procedente del caudal relicto de su hermano puede no entregar a la actora. No debe olvidarse el reconocimiento más o menos explícito que se hace por la parte sobre la realidad, certeza y exigibilidad del crédito, lo que discute es su importe.

Desde luego la parte correspondiente al tercio de libre disposición no puede reconocérsele por la sencilla razón de que tal concepto no existe. El testamento fue declarado nulo y la materia fue controvertida en el correspondiente juicio donde debieron ser avaluadas estas diferencias entre tía y sobrina, no ahora.

Por otro lado la alegación de buena fe es incompatible con la fecha en la que dispuso de importantes cantidades, curiosamente coincidentes con el tiempo de presentación de la demanda de filiación, tal como se reporta vía bancaria (folio 106 de los autos).

Desde una perspectiva ética que es como las mismas partes han estado desarrollando sus líneas argumentales de defensa que han girado sobre la aplicación al caso de la teoría del enriquecimiento injusto que tiene como uno de sus presupuestos la investigación de la causa que justifique el enriquecimiento y éste mismo beneficio considerado económicamente y porque la apelada, tampoco discute en el escrito de impugnación del recurso el pago por parte de la demandada de cantidades por impuestos derivados de la adquisición del dinero procedente de la herencia de su hermano, ni la ausencia de conocimiento de la existencia de la demandante, al tiempo del pago de esos impuestos, entendemos que si bien el detrimento de la actora es real, no lo es el beneficio de la demandada que por tanto no tiene por qué devolver dinero que no ingresó definitivamente en su patrimonio, razón por la que de la cantidad total deban ser rescatadas las cantidades pagadas a Hacienda (no otras porque el recurso no se centra en otras diferentes).



## Regímenes económicos matrimoniales

**La licencia de taxi que se adquirió constante el matrimonio por el esposo ¿tiene carácter ganancial o privativo?**

Configurándose la licencia como una “titularidad formal o simplemente administrativa”, siendo posible su transmisión y teniendo un evidente contenido económico, debe negarse el carácter personalísimo de los derechos anudados a ella debiendo considerarse por tanto

como un bien ganancial en cuanto base económico-necesaria de la explotación del negocio. Todo ello sin perjuicio del derecho de atribución preferente que pueda tener el esposo por ser quien ejercía la profesión de taxista.

## Extinción de la pensión compensatoria

**La extinción de la pensión compensatoria que se acuerda en sentencia ¿puede producir sus efectos desde la fecha de presentación de la demanda tal y como se solicitaba por el actor en el suplico de la misma?**

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia (por todas la SAP de Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup> de 11 de julio de 2013) es que la extinción de la pensión solo produce efectos desde la fecha de la sentencia. Para contrarrestar la alegación de que con ello puede producirse cierta injusticia puesto que la causa de extinción ya concurría cuando se presentó la demanda, nuestros tribunales suelen indicar que el actor podía ha-

ber solicitado la modificación provisional de las medidas tal y como prevé el art. 775.3 de la Lec. También debe precisarse que si la Sentencia que extingue la pensión es apelada y la Audiencia Provincial la confirma, los efectos de la extinción se retrotraen a la fecha en que se dictó la sentencia en Primera Instancia.

## Regímenes económicos matrimoniales

**La esposa solicita que se incluyan en el inventario de la sociedad de gananciales los salarios percibidos por el esposo desde que se separaron de hecho hasta que se dictó la sentencia de divorcio. ¿Puede atenderse a esta petición?**

Entendemos que no, dado que hasta la fecha en la que se produce la disolución de la sociedad de gananciales se considera que los salarios percibidos por los cónyuges, que son gananciales de acuerdo con el artículo 1.347-1º del Código Civil, han sido consumidos en interés de la familia y no producen un derecho de crédito para la sociedad. Además, cuando se

han dictado medidas provisionales, el tribunal ya ha acordado distribuir dichos ingresos para el pago de los alimentos y otras cargas de la sociedad de gananciales, por lo que el dinero que sobra después de atender estas partidas se destinará a cubrir las necesidades del cónyuge receptor de los salarios.

## IX FORO HISPANO MARROQUÍ DE JURISTAS

(Córdoba, 28 y 29 de noviembre de 2.013)

Los pasados días 28 y 29 de noviembre se celebró en Córdoba el IX Foro Hispano Marroquí de Juristas, con el título Derecho y Cooperación en el área Mediterránea. En dicho Foro, la AEAFA tuvo el honor de contar con una Mesa de Trabajo denominada "Derecho de Familia en el Mediterráneo del Siglo XXI. Modos de Aplicación del Derecho Personal", presidida por nuestra querida compañera D<sup>a</sup>. Isabel Bonilla.

La apertura fue realizada por D. Eduardo Baena Ruiz, Presidente de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba y D. Gonzalo Pueyo Puente, Presidente de la AEAFA.

En la jornada de trabajo de la mañana, intervinieron: D<sup>a</sup>. Ana M<sup>a</sup> Saravia González (Magistrada Titular del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 3 (Familia) de Córdoba, abordando las Adopciones Internacionales y Kafala, realizando una brillante exposición en la que destacó las diferencias entre ambas instituciones, y en relación a la kafala, de manera pormenorizada, expuso los tipos (notarial y judicial), requisitos de constitución, procedimiento, efectos, así como el reconocimiento de resolución extranjera que constituye la kafala. A continuación intervino D. Alberto Ruiz Muela (Magistrado Juzgado 1<sup>a</sup> Instancia nº 3 (Familia) de Córdoba, quien realizó una extraordinaria exposición sobre la complicada y cada vez más frecuente Sustracción Internacional de Menores: soluciones en presencia, exponiendo el marco legal y Convenios existentes que tratan de dar solución a esta problemática para hacer efectiva la protección del menor ante los efectos perjudiciales de la sustracción, y en su caso, el procedimiento y mecanismos para la rápida restitución cuando han sido ilícitamente desplazados traspasando las fronteras internacionales.

El profesor D. Juan José Álvarez Rubio (Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad del País Vasco), abordó la materia relativa a Derecho Europeo y Derecho de Familia: Necesarias previsiones jurídicas. Superación del concepto orden público estatal. En su intervención destacó la necesidad de relativizar nuestras concepciones jurídicas, siendo mucho más relevante crear cultura jurídica por encima de las leyes, como forma de evitar violación de Derechos Fundamentales. Destacó que en Derecho Internacional Privado, la excepción del respeto al orden público estatal, sigue impidiendo la aplicación de una ley extranjera cuyas disposiciones son incompatibles con los principios fundamentales del Derecho del Estado que acoge el extranjero, lo que sigue generando disfunciones en la salvaguarda de los Derechos Humanos. En palabras del profesor: "El Derecho Comunitario promete más de lo que cumple". No obstante, destacó la labor constructiva y avances jurisprudenciales en materia de repudio, pensiones de viudedad en supuestos de poligamia, etc ... A continuación la profesora Titular de Derecho Interna-



cional Privado de la Universidad de Córdoba, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Dolores Adam Muñoz, realizó una magnífica intervención abordando la Protección de los Derechos de la mujer y la familia. Destacó el papel del Derecho Internacional como instrumento armonizador de dos civilizaciones antagónicas: la musulmana y la laica de raigambre cristiana. Distinguió los conceptos de familia en el Ordenamiento Jurídico español marroquí; los requisitos del contrato matrimonial, tales como los intervinientes, las cláusulas pactables (la dote o sadaq), la poligamia, mantenimiento de la esposa por el marido, obediencia de la mujer y posibilidad de repudiar), así como las formas de disolución del matrimonio (divorcio y repudio).

Reanudando la sesión de trabajo a primera hora de la tarde, intervino nuestro querido e incondicional amigo de la AEAFA, D. Antonio Javier Pérez Martín: Cuestiones prácticas en los procesos con cónyuges hispano-marroquí. Con su virtud de convertir en sencilla la más ardua materia, expuso toda la problemática que se suscita en los procedimientos de familia ante el fenómeno de la inmigración



y la internacionalización de las relaciones familiares. Expuso la dificultad que se genera por no existir una ley conjunta que regule todos los efectos del divorcio, ya que existen tantas leyes diferentes como problemas o elementos derivados del divorcio. Bajo esa premisa abordó: la cuestión de la competencia judicial internacional para los procesos de Derecho de Familia, el procedimiento a seguir, la norma aplicable, la responsabilidad parental, el régimen de visitas, la pensión de alimentos, la pensión indemnizatoria entre cónyuges, así como el procedimiento de modificación de medidas y los efectos y reconocimiento de las Sentencias dictadas por los Tribunales españoles y marroquíes, detallando en todos los casos la normativa aplicable y la más reciente jurisprudencia sobre cada una de esas cuestiones.

A continuación, la Magistrada de la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas, D<sup>a</sup>. Rosalía Fernández Alaya y el Presidente de la Asociación Marroquí de Abogados de Familia, D. Tarik Zouhair, abordaron las Relaciones Familiares en el espacio mediterráneo: perspectivas de futuro. Perspectivas y avances que constituyen también los retos de la Asociación Marroquí de Abogados de Familia (AMAF), que fueron expuestos por la abogada D<sup>a</sup>. Malika, entre los que destacó: la defensa de la familia y de los menores ante cualquier elemento que pueda desestabilizarlos; limitación de la edad matrimonial hasta los 18 años –reducida excepcionalmente a los 16 años- para garantizar su escolarización y acceso a la cultura y educación; creación de una Caja de solidaridad, para garantizar la ejecución de sentencias en materia de pensión de alimentos; la protección de la mujer con campañas de sensibilización ante la sociedad; facilitar los exequátur ante los matrimonios mixtos, celebración de Foros y sesiones de colaboración, etc ...

Se cierra el telón, y se da por clausurado el Foro. Previamente, tuvimos el honor de ser testigos de un hecho excepcional. D<sup>a</sup>. Isabel Bonilla Moreno - alma Mater y Presidenta de la Mesa de Derecho de Familia en el Foro-, con sus grandes ojos iluminados y radiantes de la ilusión que le caracteriza, anuncia que se va a proceder a la firma de un Convenio de Colaboración entre la AMAFA y la AEAFA, que acto seguido es suscrito por D. Tarik Zouhair y D. Gonzalo Pueyo.



Con su dedicación al Derecho de Familia, y su empeño por extender a la AEAFA más allá de nuestras fronteras, nuestra compañera D<sup>a</sup>. Isabel Bonilla hace que los sueños se hagan realidad. ¡Enhorabuena!.

*María Dolores Azaustre Garrido*

## CÓRDOBA: JUNTOS HACIA EL FUTURO

### El espíritu de Marrakech

En el espacio mediterráneo se constata un mismo ámbito de convivencia y complicidad muy antiguo, una rica historia en común cuna de civilizaciones con evidentes interpenetraciones. Ciertamente que no es fácil considerar el Mediterráneo como un conjunto homogéneo y coherente olvidando la complejidad de los pueblos ribereños, los conflictos que lo dividen o los reflejos de algunos colectivos que desafían las ideas unificadoras. Ciertamente también que en los países de la cuenca mediterránea, con distintas y ambivalentes escalas de valores, aún existe una alta dispersión jurídica a menudo contradictoria que dificulta la circulación del derecho como orden objetivo y los derechos subjetivos de cada cual. Pero, con Bichara Khader, podemos afirmar que “el Mediterráneo es demasiado estrecho para separar y demasiado ancho para confundir”. Las dos riberas están abocadas a entenderse y la transcendencia histórica de los momentos que vivimos es evidente.

Las sociedades mediterráneas están evolucionando con variadas formas de articulación del aspecto religioso y de la política. Las transformaciones de ambas orillas se deben, en gran medida, a un flujo de personas e ideas que trasciende lo meramente económico y origina una complementariedad activa cuya realidad urge atender. En la rápida fusión de pueblos y sus referencias culturales es difícil concretar lo que permanece inalterado en las distintas civilizaciones en que estas transformaciones se producen; por ello, en este proceso no podemos resignarnos al despliegue económico sin más, pues esta forma de proceder conduciría a un repliegue identitario excluyente.

La circulación de personas, ideas, culturas, bienes y servicios, con frecuentes cambios de residencia entre unos y otros países, ha afectado siempre a las relaciones socioeconómicas, culturales, patrimoniales y familiares. Claro ejemplo histórico es la espléndida ciudad de Córdoba, lugar de encuentro en el entendimiento y el diálogo intercultural, en la que los pasados días 28 y 29 de noviembre de 2013 se ha celebrado el IX Plenario del Foro de Juristas Hispano-Marroquí. Fiel a su proyecto, el Foro ha dado muestra una vez más de su encomiable labor que sobrepasa lo ideal o utópico y se adentra en la praxis de la necesaria reordenación jurídica que ha de permitir involucrar a las respectivas sociedades civiles en un clima de entendimiento mutuo. El espíritu de Marrakech 2012 ha extendido su halo a Córdoba evocando las enseñanzas de Al-Zubaydi, preceptor del Califa Al-Hakam II: “Todas las tierras en su diversidad son una y los hombres son todos hermanos y vecinos”.

La cultura es fundamento de una relación entre iguales y, al mismo tiempo, lugar de incomprensiones a menudo basadas en prejuicios por desconocimiento del otro. Es preciso conocer y valorar las respectivas herencias, enriquecidas por la contribución positiva de cada una, para reordenar las relaciones entre los pueblos mediterráneos desde la comprensión, el respeto mutuo, la tolerancia y la cooperación jurídica, entresacando un espacio común de democracia y pluralismo más allá de las diferencias socio-culturales, económicas y lingüísticas. Y el proceso ha de ser producto de una evolución propia, de un progresivo arraigo de valores democráticos compartidos sobre el estado constitucional de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona, pero teniendo muy en cuenta las particulares formas de desarrollo, adaptadas a las propias identidades en cada uno de los países ribereños. Las relaciones mutuas han de fortalecerse de forma equitativa y no con soluciones unilaterales, imposiciones o generalizaciones estereotipadas cruzadas.

En estas ideas se apoya, en esencia, el ambicioso proyecto de encuentro entre pueblos y culturas por el que se esfuerza el Foro de Juristas Hispano-Marroquí, preparando y fomentando la complementariedad desde la reflexión jurídica que, en el Plenario de Córdoba, se ha centrado en la necesidad de armonizar los aspectos del derecho que, por su propio contenido, tienen ámbito de aplicación internacional, las exigencias de integración normativa para evitar conflictos de leyes, el favorecimiento de la seguridad jurídica en las relaciones personales y comerciales transfronterizas, la ineludible necesidad de una correcta ordenación familiar para el bienestar de la sociedad y el progreso, las migraciones y derecho en el siglo XXI, el rol especial de los Colegios de Abogados en la consolidación democrática, el arbitraje y la mediación como medios de desarrollo económico y el papel de los medios de comunicación a partir de la Constitución marroquí de 2011.

En la Mesa de Derecho de Familia, magníficamente organizada por AEAFA en el marco del IX Plenario del Foro, se ha considerado la situación actual de las relaciones familiares en el espacio mediterráneo como llamada a la reflexión en perspectiva de futuro a fin de consensuar adecuadas soluciones a las cuestiones planteadas: adopción internacional y kafala, sustracción internacional de menores, derecho europeo y derecho de familia, necesarias previsiones jurídicas con superación del concepto de orden público estatal, protección de los derechos de la mujer y la familia, cuestiones prácticas en los procesos con cónyuges hispano-marroquíes, territorialidad o personalidad de las leyes, dualismo entre el código civil del estado de acogida y el estatuto personal de los países de origen, dualismo código civil y ley de extranjería y situaciones familiares con miembros asentados a uno y otro lado de la frontera.

Los cambios sociopolíticos experimentados en las sociedades mediterráneas han influido directamente en el modelo de familia de forma no equilibrada ni homogénea y el marco jurídico de las leyes no siempre ha acompañado las vertiginosas transformaciones sociales. A veces se logran soluciones jurisprudenciales equitativas pero en otras muchas ocasiones, poniéndose de relieve la expansión de una tendencia "legeforista", cual señala el profesor Rodríguez Benot, se han creado situaciones claudicantes, válidas para uno de los ordenamientos en presencia pero nulas o inexistentes en el otro. Estas soluciones unilaterales deben evitarse y, ante la realidad migratoria, las relaciones multilaterales han de reforzarse haciendo visible el proceso a la ciudadanía, con mecanismos consensuados que procuren una correcta continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas. La apertura hacia un nuevo concepto del estatuto personal basado, de una parte, en la protección de los intereses de la persona y, de otra, en la defensa de cierta seguridad jurídica, son factores que han de conjugarse adecuadamente para evitar la creación o la perpetuación de situaciones discriminatorias o injustas. De ahí la necesidad de trabajar de forma especial para que las dos sociedades se conozcan más y se dirijan juntas al futuro con confianza mutua, transitando de la multiculturalidad a la interculturalidad en una sociedad asumida y construida conjuntamente, sin pertenencias étnicas yuxtapuestas, que ha de valorarse en el ámbito ciudadano y político desde la educación en la escuela y en el seno de la familia. Porque son muchos los marroquíes que viven, trabajan o estudian en España compartiendo su día a día con los españoles. Y muchos los españoles que viajan a Marruecos, se instalan o trabajan allí, compartiendo su vida con los marroquíes. Cientos de matrimonios mixtos y segundas generaciones que nacen en uno u otro país. Si no hay desarrollo sin arraigo, tampoco hay civilización sin apertura (Bichara Khader).

El valiosísimo esfuerzo de Marruecos con las reformas emprendidas bajo las orientaciones de Mohamed VI es admirable en este proceso, así como el empuje de los grupos de juristas y otros colectivos motores del cambio. Por una parte, cabe destacar los avances del vigente Código de Familia (Al Mudawana, Dahir de 3 de febrero de 2004), manifiestamente mejorable pero fruto de una situación socio-política muy complicada que es preciso conocer para comprender la reforma y, sobre todo, la nueva Constitución marroquí (Dahir de 29 de julio de 2011), hito histórico y punto de inflexión del que deriva una voluntad real de apertura democrática así como firme decisión de respeto de los derechos humanos universalmente reconocidos como valores inmutables. Marruecos reconoce que su unidad se ha forjado por una confluencia de culturas y civilizaciones, aceptando que su diversidad es fuente de riqueza; el pueblo marroquí se sujeta a los principios de tolerancia, moderación y diálogo por la comprensión mutua de todas las civilizaciones del mundo en un marco de intensificación y consolidación de las relaciones de cooperación, solidaridad y partenariado constructivo con otros estados. Y, desde luego, nuevos horizontes se vislumbran en el Reino de Marruecos cuando constitucionalmente se propone combatir cualquier discriminación por razón de sexo, color, creencias, culturas, origen social o regional, lenguas o circunstancias personales, garantizando expresamente la igualdad de derechos y libertades entre hombres y mujeres. Especial mención merecen los procesos de revisión legislativa en que se encuentra inmerso el país (la propia Mudawana, la nueva regulación de la kafala) y el estado actual de todo ello, que tuvimos oportunidad de conocer de primera mano en la Mesa de Derecho de Familia gracias a la intervención de Tarik Zouhair y Malika Yasfi.

El ritmo de reuniones y contactos a todos los niveles en estos momentos se observa extraordinario pero es preciso dar un paso más, juntos en la evolución, incorporando el esfuerzo que, ahora, entendemos corresponde a España. Nadie niega las dificultades del proceso, pero existen espacios comunes e instrumentos jurídicos que coadyuvarán en su resolución. Como se logrará, sin duda, mediante el hermanamiento y Convenio de Colaboración suscrito entre las respectivas Asociaciones (española y marroquí) de Abogados de Familia (AEAFA y AMAFA), de cuya firma los participantes en el Foro fuimos privilegiados testigos de excepción en Córdoba, en la tarde del pasado día 29 de noviembre de 2013. Lo importante es que, aun con medios distintos, busquemos lo mismo, aceptando el difícil equilibrio unidad-diversidad y entendiendo las relaciones familiares como dimensión transversal que puede aportar al espacio mediterráneo un enfoque de civilidad común atenta a las diferencias y respetuosa de las peculiaridades.

No cejemos en nuestro empeño. Como escribiera Max Weber, la historia nos demuestra que en este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez.

*Rosalía M. Fernández Alaya  
Magistrada AP Las Palmas*

## VIII JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN BILBAO

Los pasados días 21 y 22 de Noviembre de 2013, se han celebrado en Bilbao las VIII Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la AEAFA (Delegación de Vizcaya) en colaboración con el I. Colegio de Abogados de Vizcaya, que fueron aperturadas por el Excmo.Sr. Presidente del TSJPV,D. Juan Luis Ibarra Robles y clausuradas por el Presidente de la AEAFA D. Gonzalo Pueyo Puente.

El tema central de las mismas ha sido el Derecho Internacional Privado referido al ámbito del Derecho de Familia, habiéndose examinado el mismo desde perspectivas tanto procesales como sustantivas a cargo de ponentes de reconocido prestigio entre los que se encuentran destacados miembros de la Magistratura de diversas Audiencias Provinciales, así como Catedráticos y Profesores universitarios que han desarrollado temas de especial interés y actualidad en la materia.



Las Jornadas han tenido una importante acogida, que se ha concretado en una nutrida participación de colegiados no sólo del País Vasco sino del resto del estado e incluso del extranjero.

Así mismo han contado con la colaboración de destacados miembros de la carrera judicial y Fiscalía, para la moderación de las ponencias.

*Carmen Azcúnaga Lucas*

## PROXIMAS JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

En su última reunión celebrada en Bilbao, la Junta Directiva de la Asociación de Abogados de Familia tomó conocimiento de las distintas jornadas que se celebrarán en los próximos meses.

Los días 30 y 31 de Enero de 2014 están previstas las Jornadas Centrales de la Societat Catalana de Abogados de Familia (SCAF) que tendrán lugar en Barcelona.

En la ciudad de Burgos las jornadas se celebrarán los días 14 y 15 de Febrero de 2014.

Las Jornadas centrales de la AEAFA tendrán lugar en Madrid los días 7 y 8 de Marzo de 2014.

En Murcia, los días 4 y 5 de Abril de 2014 se celebrarán unas jornadas de Derecho de Familia que coincidirán con la presentación en esa ciudad de la AEAFA.

Los días 8 y 9 de Mayo de 2014, Valladolid será la sede de unas nuevas jornadas de derecho de familia.

La SCAF celebrará también unas jornadas los días 15 y 16 de Mayo de 2014 en Gerona.

Aunque sin confirmar, se baraja la fecha del 12 y 13 de Junio de 2014 para la celebración en Córdoba de las III Jornadas Conjuntas de Derecho de Familia de las Delegaciones de la AEAFA en Málaga y Córdoba y la sección de Familia del Colegio de Abogados de Granada.

El tradicional Encuentro organizado por el Consejo General de Poder Judicial con la Abogacía especializada en familia está programado que se celebre entre los días 29 de septiembre y 1 de octubre de 2014.

Del 23 a 25 de Octubre de 2014 están previstas la celebración de unas jornadas en Santiago Compostela que abordarán temas relacionados con la psicología forense.

## JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA - SEVILLA 2013

Con más de cuatrocientos asistentes se celebraron las Jornadas de Derecho de familia “Sevilla 2013” organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia y Libertas Ediciones.

Estuvieron presentes cuatro vocales del Consejo General de Poder Judicial, magistrados del Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales, además de jueces de familia, Fiscales, Secretarios Judiciales, Abogados y otros especialistas.

El Magistrado D. Francisco Ruiz-Jarabo Pelayo trató “El cambio de domicilio del progenitor custodio y sus efectos en la guarda y custodia, régimen de visitas y pensión alimenticia”. La catedrática de derecho Civil D.<sup>a</sup> Teresa Marín García de Leonardo disertó sobre el tema: “La responsabilidad civil en el Derecho Familia: Daños y perjuicios por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno filiales. Responsabilidad civil del Abogado de Familia”.

También intervinieron la Magistrada D.<sup>a</sup> Margarita Pérez Salazar Resano que abordó el tema de “Los terceros en el Derecho de Familia”; la Secretaria Judicial D.<sup>a</sup> Ana Dolores Sánchez López se adentró en “La ejecución de los otros pactos de contenido económico incluidos en el convenio regulador”; y finalmente D.<sup>a</sup> Mila Arch Marín, Psicóloga Forense y Profesora de la Universidad de Barcelona, analizó el tema “El informe psicosocial: metodología, eficacia e impugnación”.

A continuación se realizó un emotivo homenaje a nuestro amigo Francisco Vega Sala, y tras la emisión de un pequeño video de una intervención que tuvo en Madrid en la que anunciaba que dejaba la presidencia de la SCAF, aunque aseguró que le seguiríamos viendo muy activo, todos los asistentes, en pie, le rindieron un caluroso y prolongado aplauso.



Las Jornadas se cerraron con el Foro Abierto dirigido por el Magistrado D. Antonio Javier Pérez Martín en el que se debatieron los temas de actualidad en el derecho de familia.

Los asistentes valoraron muy positivamente tanto los temas tratados como el alto nivel de los ponentes.



**La pensión compensatoria**  
Ana Clara Belío Pascual

Editorial Tirant lo Blanch - Valencia 2013 - 486 pág.  
El presente trabajo se basa en la experiencia de la autora, Ana Clara Belío, a lo largo de casi veinte años de ejercicio profesional, buena parte de ellos como abogada de familia en el despacho ABA Abogadas, del que es socia fundadora y directora. Han colaborado Mónica Ruiz, Rosa López y Julia Clavero, ambas también socias del despacho ABA Abogadas. La lectura de este Tratado es recomendable para aquellos profesionales que se enfrenten a solicitudes de pensión compensatoria, ya que ofrece un análisis exhaustivo de la jurisprudencia aplicable que permitirá una adecuada interpretación de la norma para una mayor posibilidad de éxito.



**Guía práctica sobre Filiación, Paternidad y Patria Potestad**  
Antonio Acevedo Bermejo

Editorial Tecnos - Madrid 2013 - 456 pág.  
Desde la óptica más actualizada, esta obra analiza la problemática relativa a la filiación en todas sus modalidades, la derivada de las técnicas de reproducción asistida y sus consecuencias legales. Examina en profundidad las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad y su incidencia futura en la vida del menor y en las relaciones personales, económicas y patrimoniales entre padres e hijos. Incluye además un estudio exhaustivo de la regulación legal de las funciones de la patria potestad y su ejercicio por los progenitores en el ámbito de formación del menor y en las funciones tutelares en materia personal y patrimonial. Incorpora la más actualizada jurisprudencia, así como formularios.



**La monoparentalidad por elección**  
María Isabel Jociles Rubio y Raquel Medina Plana

Editorial Tirant Lo Blanch - Valencia 2013  
La monoparentalidad por elección permite apreciar la gran variedad de lógicas y de maneras de tener hijos/as (adopción, acogimiento, donación de gametos, relaciones sexuales con fines reproductivos, etc.) que están implicadas en este modelo familiar. Este tipo específico de monoparentalidad pone en cuestión la asociación casi automática que suele establecerse entre maternidad en solitario y problemas sociales, económicos y/o socio-afectivos (cuando se identifica monoparentalidad con desestructuración, carencias o feminización de la pobreza).



**La pensión de viudedad**  
Elena Desdentado Daroca

Editorial Bomarzo - 2013.  
La problemática delimitación de la situación protegida en la supervivencia. Funciones y disfunciones. Hecho y sujeto causantes. Los beneficiarios de la pensión de viudedad y las nuevas formas de convivencia familiar. El contenido de la protección. La pensión de viudedad. La determinación de la cuantía de la pensión de viudedad entre el principio contributivo y la asistencialización. Nacimiento, efectos, duración y extinción de la pensión de viudedad. El régimen de incompatibilidades.



**La patria potestad**  
Inmaculada García Presas

Editorial Dykinson - Madrid 2013  
No es sencilla la concreción del entramado jurídico subyacente a las relaciones paterno-filiales al implicarse, al mismo tiempo, aspectos públicos y privados, tan propios del Derecho de Familia, junto con elementos emocionales e intuitivos de compleja percepción y determinación por el ordenamiento jurídico. Estos aspectos públicos y privados se dejan sentir, de manera particular, en las relaciones paterno-filiales y en la institución de la patria potestad.



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

#### **COMITÉ DE REDACCIÓN**

D<sup>a</sup> Pilar Cunchillos Pérez  
D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> 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