

Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

Año XIX Número 72 - Mayo 2014

A LOS LECTORES

A pesar de todo... ÁNIMO

M^ª ANTONIA MATEU GELABERT

Estoy convencida de que es una opinión compartida, sino por todos, desde luego por la mayoría de compañeros, que son demasiados los obstáculos con los que topamos en nuestro quehacer profesional: no se entiende que para poder contar con un informe elaborado por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado tengamos que esperar hasta más de un año; no se entiende que, según el día que se señale la comparecencia o juicio, asista o no el Ministerio Fiscal; no se entiende que si no has solicitado prueba anticipada la puedas ver rechazada en el acto de la vista, o que incluso algunos juzgados siquiera admitan el interrogatorio de las partes; no se entiende que puedan transcurrir meses, demasiados, entre la solicitud de unas medidas provisionales previas y su resolución; no se entiende que dependiendo del partido judicial en el que residas tengas derecho o no a un Juez especializado; no se entiende que para la interposición de una demanda, que afecta a derechos fundamentales tengas que pagar tasa, ni tampoco que puedas ver mermando tu derecho a recurrir por motivos económicos; no se entiende que en ocasiones incluso tengamos dudas del Juzgado al que debemos dirigirnos; no se entiende que se promueva la mediación pero sin embargo no haya medios para llevarla efectivamente a término y así un largo etcétera.

Es inevitable pensar que trabajamos lidiando, además de con sentimientos y resentimientos, emociones y odios, también con un importante caos. Es inevitable pensar que el derecho de familia, no obstante las ma-

SUMARIO

01 Editorial

03 Artículo doctrinal

El interés real del menor en el caso de sustracción internacional

09 Tema de debate

¿Qué sistema es el más adecuado para atender las necesidades económicas de los hijos cuando se acuerda la custodia compartida?

12 Jurisprudencia comentada

Separación de bienes: enriquecimiento injusto

Uniones de hecho: compensación económica

Nulidad actuaciones falta notificación rebeldía

¿Compensación por incumplimiento visitas?

Reintegros en la liquidación de gananciales

Alimentos y custodia compartida

Extinción alimentos hijos mayores de edad

Custodia compartida condicionada a que la madre no cambie de residencia

Régimen de visitas: Coordinador parental

Factores a tener en cuenta en la concesión de la custodia compartida

Gastos extraordinarios: matrícula universidad

Liquidación de gananciales: negocios simulados

Concesión compensatoria en matrimonio escasa duración

Cálculo pro indiviso bien privativo y ganancial

Extinción compensatoria disminución ingresos

Extinción uso vivienda familiar hijo mayor de edad

Desahucio por precario de inmueble perteneciente a comunidad hereditaria

35 Casos prácticos

36 Noticias

39 Información bibliográfica

terias sobre las que versa y las personas a las que afecta, sigue siendo considerado como un derecho de segunda categoría y es incuestionable que siguen faltando medios, técnicos y humanos para que el justiciable tenga la respuesta que merece, de forma rápida, ágil y eficaz. Una respuesta tardía, no solo atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo más grave es que cronifica la situación y en demasiadas ocasiones la agrava.

Son demasiados los obstáculos con los que topamos en nuestro quehacer profesional

En estos últimos años ha habido algunas iniciativas legislativas que parece muestran un cierto interés en mejorar la situación, pero desde luego resultan insuficientes. El derecho de familia, como la educación, no puede quedar al albur del gobierno de turno, no puede legislarse atendiendo al calendario electoral; tanto las normas sustantivas como las normas procesales, merecen una atención prioritaria porque afecta a lo más sustancial de la persona y por ende a los valores de la sociedad.

Desde luego cabe reconocer que existen excepciones, hay jueces que, con encomiable esfuerzo, empeño y especialización desde luego consiguen dar una respuesta en plazos más que aceptables, pero cabe seguir trabajando para que ello no sea excepcional sino que constituya la norma en la total generalidad de los casos.

Sin duda alguna la Asociación Española de Abogados de Familia, a la que pertenezco desde hace ya muchos años y de la que ahora, gracias a vuestra confianza, soy vocal de su Junta, ha contribuido, en cumplimiento de sus objetivos, a la mejora de nuestro quehacer profesional: es incuestionable la labor que se ha hecho desde su creación en la formación de los compañeros, especialmente a través de la organización de cursos y jornadas en todo el territorio nacional, también por supuesto mediante la publicación de nuestra revista; es incuestionable que igualmente ha contribuido y contribuye a fomentar el estudio y difundir el conocimiento de la jurisprudencia y doctrina en materia de derecho de familia; para la Asociación siempre ha sido fundamental la colaboración con los jueces y magistrados, muchos de ellos han participado como ponentes en los múltiples encuentros que se han organizado y también se les ha aplaudido su labor concediéndoles el premio de Amigo de la Asociación; cabe afirmar que en estos últimos años, recogiendo sin duda los esfuerzos llevados a término desde su creación, la AEAFA se ha convertido en interlocutor reconocido: la Asociación

participa en los encuentros que organiza el Consejo General del Poder Judicial y le interesa al legislador nuestra opinión sobre las leyes a aprobar; pero no obstante el trabajo llevado a término, siento que no es suficiente, que debemos ser más ambiciosos y ello solo es posible con vuestra activa colaboración.

Efectivamente, las quejas, las dificultades, las desigualdades, la falta de unidad de criterio..., en definitiva, los obstáculos a los que me refería, no pueden ni deben quedarse en nuestros despachos o a modo de comentario entre compañeros con ocasión de alguna tertulia o encuentro. La responsabilidad que tenemos como letrados es muy alta y por ello, en ejercicio de esta responsabilidad, os animo a todos a que nos hagáis llegar vuestras inquietudes, vuestras dificultades, vuestras propuestas e iniciativas. Somos muchos los que formamos la Asociación, queremos seguir creciendo y debemos aprovechar el valor de la unidad y de la fuerza para conseguir una imprescindible y necesaria mejora del derecho de familia, en todos los ámbitos; los justiciables lo merecen, todos nosotros –como profesionales y como ciudadanos– lo agradeceremos.

Las quejas, dificultades, desigualdades, la falta de unidad de criterio,..., no pueden ni deben quedarse en nuestros despachos o a modo de comentario entre compañeros

Gracias a todos por la confianza que depositasteis en la Junta a la que tengo el honor de formar parte, gracias por formaros, por acudir a encuentros y jornadas, por seguir trabajando por la imprescindible especialización. Gracias por vuestra opinión, por vuestra voz que queremos y esperamos seguir escuchando, más intensamente; de todos depende que lo consigamos.

El interés real del menor en el caso de sustracción internacional

Artículo ganador del 18.º Premio de artículos jurídicos “José Corrales” de la Asociación Española de Abogados de Familia

María José Macia Soro
Abogada

SUMARIO

1. Planteamiento
2. Interés del menor
3. Normativa en materia de sustracción internacional
4. Estudio práctico de la sustracción internacional de menores o incumplimiento reiterado de la sentencia judicial (art. 776.3 Lec)
5. Conclusión

1. PLANTEAMIENTO

Según datos del Ministerio del Interior, durante el primer semestre de 2.013 han sido sustraídos internacionalmente de forma ilícita por sus progenitores 112 menores. Entre 2.008 y 2.013 se denunciaron 1.166 casos en nuestro país, los mismos que en toda la década anterior.

Esto es debido a las cada vez más numerosas parejas mixtas, donde uno de los progenitores es extranjero, y al aumento de las crisis en el seno familiar.

Hace unos días saltó a los medios de comunicación la noticia de un “secuestro por encargo”. Consiste en una empresa de ámbito internacional la cual reintegra a los menores al domicilio del padre a cuya custodia estaban encomendados. El progenitor privado de sus derechos, y ante la demora de restitución internacional de los menores, decidió contratar a dicha empresa especializada en este tipo de secuestros. Resulta cuanto menos impactante la forma en la que restituyen al menor con su padre. Pero ante la dilatación burocrática internacional...

¿No es acaso injusto que pasen años hasta que este padre pueda volver a estar con su hijo? Y más si tenemos en cuenta que es el titular de la guarda y custodia y ha actuado en todo momento de forma lícita y conforme a Ley.

Está claro que protegiendo el interés del menor, este tipo de actos no benefician en absoluto su normal desarrollo psicológico, pero ¿y el derecho del padre a estar con su hijo?

En esas mismas fechas también fue noticia el caso de un progenitor no custodio de nacionalidad Argelina que tiene retenidos en ese país a sus hijos, y la madre española no puede reintegrarlos al país de residencia de los menores que es Inglaterra. Como además Argelia no es miembro de ningún Convenio en esta materia, por muchas sentencias favorables que tenga, si Argelia no quiere reintegrarlos, no está obligada. Además, por la diferencia cultural existente entre estos países, la madre teme que el padre case a la hija mayor que es adolescente en ese país y se

multipliquen los problemas de retorno.

Y si esa madre contrata a esta empresa de dudosa legalidad, ¿sería esta actuación contraria al interés del menor? ¿O es contrario a ese interés la retención y sustracción ilícita?

2. INTERÉS DEL MENOR

Si hay algo que en Derecho de Familia no admite ninguna duda es la supremacía del interés del menor como bien jurídico a proteger. Esto es así por la necesidad de amparo de los menores, ya que éstos no poseen la suficiente madurez para defender sus legítimos intereses por ellos mismos. Por otra parte la infancia es una fase clave del desarrollo del ser humano, la cual debe contar con la protección privada por parte de los progenitores, así como de los poderes públicos.

Pero este principio se presenta como un concepto jurídico indefinido, no delimitado, que responde a esa inquietud de otorgar al menor el amparo que necesita, pero sin que sea definida claramente por los cuerpos jurídicos que protegen el objeto. Esto provoca numerosos conflictos tanto en sede judicial nacional como en el ámbito internacional que tienen una solución difícil por el mero hecho de falta de concreción en el bien jurídico que se desea proteger.

De este modo, y para asegurarnos la promoción de este principio rector, contamos con multitud de normativa al respecto.

En España existen numerosos textos legales que protegen este principio. Así la Constitución Española, en el artículo 10 y 39 (donde proclama la especial protección a la familia, y dentro de ésta, al menor), el Código Civil en los art. 92, 154 y 170 entre otros, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero en su art. 2 (por el cual prima el interés del menor en la aplicación de dicha Ley sobre otros intereses); como también se atiende en los numerosos cuerpos legales autonómicos.

En el plano internacional contamos con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1.989, que proclamó en su art. 3 que la “consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Es decir, se proclama de forma Universal el protagonismo de los menores en la sociedad y la especial protección que necesitan, poniendo de manifiesto el derecho del menor a mantener relaciones personales con los padres y contacto de forma regular, salvo que fuera contrario a su interés. Recoge también la doble vertiente de este derecho de la infancia, y es el derecho de los progenitores a disfrutar de sus hijos.

También España ha suscrito el Convenio de la

Haya de 19 de octubre de 1.996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, donde en su exposición de motivos confirma que “el interés superior del niño merece una consideración primordial”.

En Europa esta necesidad ha sido compartida y a través de la Resolución A 3-0172/92 se aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño el 8 de julio de 1.992, en la que también recoge el interés por dotar de protección a los menores que se encuentren en territorio europeo.

Una vez expuesto el planteamiento general del interés fundamental tutelado, consecuentemente nos preguntamos: ¿Pero concretamente, qué es el interés del menor? ¿En base a qué criterios educativos, psicológicos, de costumbres propias de cada país, económicos rige este concepto general?

¿Cuál es el interés del menor en los casos de sustracción internacional?

La única respuesta posible es el retorno automático al domicilio del que ha sido sustraído.

Así, el TSJ de Cataluña, en Sentencia 46/2013 de 25 de julio, dice: “... El problema, sin embargo, surge como ya expusimos en la sentencia 16/2011 porque ni las normas internacionales ni las propias han procurado una definición del “interés superior del menor” que no precise de una labor suplementaria de concreción, e individualización caso por caso, configurándose dicho principio, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha relacionado tradicionalmente bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales. Conforme ha entendido el TC “el interés del menor” debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos acti-

vos y perfectamente integrados en la sociedad” (STC 141/2000), teniendo en cuenta que precisamente por su minoría de edad, necesitan de la protección y defensa de los terceros”.

Es decir, no tenemos de forma concreta ni enumerada las características del interés del menor, si bien debe obedecer al óptimo desarrollo del niño, en todas las vertientes educativas y formativas.

En el caso de la concreción de dicho principio en las crisis familiares nos encontramos con la dificultad de establecer parámetros unificadores. Aquí ya no existe un punto de encuentro donde este concepto se materialice. Cada progenitor defenderá como suyo la particular visión que tenga o que le interese del interés del menor.

Además, el Juzgador o el órgano administrativo encargado de la protección de esta controversia también posee un criterio propio en base a su educación, ideología, experiencia de vida, creencias y por supuesto Jurisprudencia.

Y en el plano internacional, las diferencias culturales entre Estados hacen que sea más difícil una unidad de criterio.

Pero aun así ese bien no se encuentra solo en una esfera jurídica independiente, si no que entra en relación con otros derechos y obligaciones que están íntimamente relacionados con la protección a la familia y a la infancia. Ese “favor filii” tiene que estar en equilibrio con los derechos de los progenitores; pero si ese derecho está confrontado al interés del hijo, será en todo caso resuelto atendiendo a la protección del más vulnerable, es decir, del menor. Pero ante la pregunta ¿Qué hacer si ese interés va en contra del derecho del progenitor? ¿Cómo respetamos ambos principios?

3. NORMATIVA EN MATERIA DE SUSTRACCION INTERNACIONAL

Estamos ante una sustracción internacional de menores cuando uno o ambos progenitores, o la persona que ostenta la guarda del menor, traslada al mismo al extranjero, contra la voluntad del otro progenitor o de la institución que tiene la guarda o tutela del menor.

Esta clase de delito se da fundamentalmente en los siguientes supuestos: Crisis de parejas, inicio del trámite judicial de separación o divorcio, parejas mixtas con diferentes culturas y/o religiones, experiencia negativa de un progenitor con Juzgados o profesionales que le asistieron, problemas emocionales o trastorno mental, violencia de género o problemas paterno-filiales que por parte de un progenitor se achacan al otro progenitor.

En los últimos años y ante la globalización que surge a nivel mundial cada vez más necesitamos mecanismos de colaboración entre los distintos países para garantizar el cumplimiento de resoluciones judiciales en materia de derechos fundamentales.

Así cuando un progenitor, o persona custodia del mismo, sospecha que esta situación puede darse, está facultado para iniciar un procedimiento con el fin de impedir que ese menor sea trasladado fuera del territorio nacional, al amparo del art. 158.3 de nuestro Código Civil. El problema se nos plantea cuando ese menor ya está sustraído, bien en paradero desconocido, o con conocimiento certero del país donde se encuentra.

Para abordar estos delitos España es parte del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El objetivo de dicho Convenio es asegurar que el interés del menor es respetado en los casos de sustracción y retención internacional, facilitando las herramientas para obtener una restitución lo más rápida posible. Así nos dice “Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita”.

Además el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1.996, que reafirma la anterior Convención, en el art. 7 establece la competencia en materia internacional de desplazamiento o retención ilícitos de menores.

El Parlamento Europeo en su Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1.992 (Resolución A 3-0172/92) dice “El niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones (...). Se deberán adoptar pronto las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales -perpetrado por uno de los padres o por un tercero-, ya tenga lugar en un Estado miembro o en un tercer país”.

En los últimos años Europa está elaborando multitud de reglamentos en este sentido como el Reglamento 1347/2000 (Bruselas II) y el Reglamento 1259/2011 (Roma III-Ley aplicable a un proceso matrimonial) que intentan establecer criterios unificadores en materia de familia para el ámbito europeo. También el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2.003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

4. ESTUDIO PRÁCTICO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES O INCUMPLIMIENTO REITERADO DE SENTENCIA JUDICIAL (Art. 776.3 LEC)

En el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1.980, en su Artículo 1 nos dice: “La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;”

Y en su Artículo 11: “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.”

Y en el Artículo 12: “La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.”

El secuestro familiar es un delito que tiene efectos duraderos en quienes lo experimentan, pero además los progenitores a los que se les priva de la custodia de un hijo también sufren por ello, y no podemos respaldar este tipo de actuaciones con la excusa de la supremacía del interés del menor

Por un lado queda claro que el objetivo principal de este cuerpo legal es proteger al menor de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, estableciendo un procedimiento para conseguir un rápido reintegro. Pero estos artículos plantean serias dudas de cuál es el interés real del menor. Es decir, cuando el genérico “interés primordial del menor” choca de lleno con los derechos fundamentales de un progenitor.

Porque en base al citado art. 12, si queda demostrado que el menor se ha integrado perfectamente en el nuevo domicilio, tiene vínculos afectivos, tanto familiares como de amistades que haya podido forjar, que le permiten desarrollar una vida normal en ese país receptor, los Jueces no están obligados a iniciar el procedimiento de restitución.

Entonces, ¿el interés del menor es contrario al interés del progenitor que actuó en base a derecho? ¿Y es afín al del progenitor que actuó ilegalmente? Por el mero hecho de que el tiempo transcurrido haya servido para dotar de estabilidad al menor no se puede supeditar al verdadero interés familiar, estén los progenitores juntos o separados. Porque el interés familiar al final es el interés social y no es otro que se cumpla la Ley, y se establezcan mecanismos para abortar estas prácticas cada vez más habituales.

Además el Art 776.3 de nuestra LEC indica “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”. Es decir, este artículo actúa de garante ante la actitud más que reprochable del cónyuge que decide atacar el “interés del menor” de relacionarse con el otro progenitor. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para un padre o madre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto.

Aquí nos encontramos con el problema de que, según el Convenio, si ha transcurrido un año desde que el menor fue trasladado, y se demuestra que ha quedado integrado en su nuevo domicilio, el Juez del país de destino no estará obligado a ordenar su restitución.

Tenemos suficiente Jurisprudencia que aplica estos preceptos. A modo de ejemplo la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia 823/2.012 de 31 de enero de 2.013, no modifica la custodia materna a favor del padre, pese a los incumplimientos reiterados del régimen de visitas por la madre, tras su traslado al extranjero con el menor, pues según el mismo “el interés de éste se vería afectado por dicho cambio”.

Tanto en 1ª Instancia como la Audiencia Provincial de Pontevedra, en aplicación del art. 776.3 LEC, reconocen el cambio de custodia a favor del padre tras los continuos incumplimientos de facilitar la relación padre-hijo que por parte de la madre se estaban produciendo. Con el agravante de que madre e hijo habían cambiado su residencia desde Pontevedra (lugar de residencia del menor) a Estados Unidos. Existía una incomunicación real del progenitor con su hijo. Ese cambio de custodia con su consecuente cambio de residencia, se haría de forma gradual para que el menor se fuese habituando a su vida en España otra vez. Aunque el padre ostente la guarda y custodia durante este periodo el menor viviría con la madre.

Desde que en 2.006 la madre se marchó a Estados Unidos, empezó con la obstaculización de la

relación padre-hijo, evitando cualquier contacto entre ellos. El progenitor no custodio inició los trámites para establecer la guarda y custodia a su favor y que el menor regresase a España, lugar de su nacimiento.

Había transcurrido cuatro años entre requerimientos y actuaciones judiciales (la mitad de la vida del menor exactamente, que para 2.010 había habitado la mitad de sus días en España y la otra mitad en Estados Unidos). Ante esta situación el Tribunal Supremo, ciñéndose al sentido estricto del objeto de este estudio, justifica la continuidad de residencia en Estados Unidos y la guarda y custodia a favor de la madre en el “trauma al verse sometido al cambio de custodia (...) y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce”. Finaliza diciendo la Sentencia que con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, lo que debe primar es el interés del menor.

En este caso concreto el interés del menor ya había sido despreciado, porque al avanzar en el tiempo se estaba creando un estado de estabilidad del menor con el progenitor que obró contrario a Derecho que paradójicamente ampara la Ley. El Tribunal Supremo dicta una Sentencia acertada conforme las normas internacionales, pero que moralmente es injusta para el progenitor que ve mermados sus derechos sin poder hacer nada al respecto. Se ve aquí mejor que nunca.

En Inglaterra y Gales, al contrario que en España, existe el llamado “no delay principle”, mediante el cual rige el pensamiento que cualquier retraso en la toma de decisiones irá en perjuicio del interés del menor.

Pero además el Tribunal Constitucional, en el Recurso de Amparo nº 5258/2000 afirma “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundamentalmente dicho interés”.

Pero no solo no corresponde al Tribunal Constitucional determinar el interés del menor en estos supuestos, si no a cualquier Tribunal que dilate en el tiempo su consulta, ya que entonces estamos otorgando de legitimidad actuaciones cuanto menos reprochables e ilícitas.

El Código Penal en el art. 225 bis señala la pena para el progenitor que sin causa justificada sustrajere a su hijo menor. Pero el daño moral de quien sufre una actuación de aislamiento parental no puede indemnizarse con este precepto. Los derechos de los

padres a estar con sus hijos también son ampliamente reconocidos tal y como hemos expuesto.

La Audiencia Provincial de Huelva, Sec. 1.ª, en Sentencia de 30 de abril de 2.012, mantiene el régimen de visitas y comunicación del progenitor no custodio con el menor, calificando como improcedente la fijación de residencia de éste en Londres al prevalecer las relaciones paterno-filiales. Aquí protege el espíritu de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989 al dotar al menor del derecho a mantener contacto con los padres de forma regular.

El legítimo interés de un menor es crecer en el marco de la seguridad jurídica, con unas normas de Derecho Internacional que le amparen

No debemos tampoco entrar en el error de valorar que la opinión del menor debe primar como paradigma de su interés, ya que en ocasiones precisamente por esa inmadurez que le hace garante de especial protección, también yerra en sus deseos en algunas ocasiones. El Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, 633/2012 de forma acertada establece que “No procede modificar la custodia materna pese a la opinión expresada por los dos menores de querer convivir con su padre ya que el interés del menor exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia”. Los niños poseen derechos, necesidades, pero también unos deberes que debemos exigir sobretodo en el seno de una ruptura familiar en el que pueden establecerse mecanismos nada favorecedores de su correcto desarrollo. No debemos confundir entre el “interés del menor” y el “deseo del menor”.

5. CONCLUSIÓN

¿Cuál es el interés del menor en los casos de sustracción internacional? La única respuesta posible es el retorno automático al domicilio del que ha sido sustraído. Es decir, que el art. 11 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1.980 se cumpla siempre y en todo caso.

De este modo protegemos, por un lado el bien jurídico proclamado en la Convención de las Naciones

Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1.989; y por otro el derecho del padre a relacionarse con su hijo.

El Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1.996, art. 7.3 establece las “medidas urgentes” para el reintegro de los menores, y este precepto es clave para entender el interés del menor como elemento del interés familiar.

Todos los engranajes del Estado deben procurar la reintegración del menor a su vida anterior, siendo el interés del mismo que se cumpla la legalidad, el respeto a las normas y el mantenimiento del menor en el medio familiar, tal como establece la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero en su art. 11.2 que nos dice que “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés c) Su integración familiar y social d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal”.

La única vía para que en todo caso se respete el interés del menor de forma real y responsable, es que **se agilicen al máximo posible los procedimientos de retorno del menor**

El secuestro familiar es un delito que tiene efectos duraderos en quienes lo experimentan, pero además los progenitores a los que se les priva de la custodia de un hijo también sufren por ello, y no podemos respaldar este tipo de actuaciones con la excusa de la supremacía del interés del menor, si no establecer medidas para el apoyo del resarcimiento del daño causado al menor y el cumplimiento de la normativa existente.

En EEUU existen multitud de Oficinas y Servicios Nacionales que prestan su ayuda a los perjudicados por estos delitos. En un mensaje de la Secretaría de Justicia Auxiliar en 2.010 de este país, “una parte importante de esta responsabilidad (protección al menor) comienza con el reconocimiento de que el secuestro familiar es un delito grave”. Los protocolos en este país de restablecimiento del menor al entorno sustraído cumplen con un programa de ayuda en el que “el enfoque debe ser ayudar al niño a reparar gradualmente su identidad rota, hacer la transición de la identidad en el secuestro a la identidad en su nueva vida y a reconstruir relaciones.”

En Europa se está creando un grupo de profesionales europeos del derecho y la mediación especializados en sustracción internacional de menores. Si bien es cierto que en 2.001 se crea la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, para la cooperación en materia de resoluciones dictadas por órganos de la misma, parece ser que la práctica nos desvela una necesidad real y urgente de desarrollo para la ejecutabilidad de las mismas, sobre todo en materia de protección al menor y a la familia.

El Tribunal de Estrasburgo alerta de la necesidad de ir al caso concreto, el llamado “in depth-examination of the entire family situation”, para que realmente se proteja el interés del menor. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo se declina por el principio de mutua confianza entre los Jueces de los Estados, lo que supone en la práctica continuar con la ralentización de la Justicia. Aún tenemos muchas materias que concretar en este sentido.

De todas formas en el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2.013 ya se está trabajando para modernizar el procedimiento de retorno de menores.

En conclusión podemos decir que la única vía para que en todo caso se respete el interés del menor de forma real y responsable, es que se agilicen al máximo posible los procedimientos de retorno del menor, dotando a los Juzgados de Primera Instancia de una potestad tal, que en virtud de Sentencia hagan retornar al menor del país de acogida de forma inmediata, con la colaboración de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

El legítimo interés de un menor es crecer en el marco de la seguridad jurídica, con unas normas de Derecho Internacional que le amparen. La “estabilidad” de la que hablan dichas normas no es real, puesto que ese menor ya tenía una estabilidad que le fue arrebatada. Si se pusiese todo el engranaje de los Estados en el retorno inmediato, urgente y preferente, cumpliríamos así el deber de protección de las relaciones paterno-filiales, y concretaríamos el principio jurídico de “interés del menor”.





TEMA DE DEBATE

Los juzgados y tribunales vienen imponiendo distintos sistemas

¿Qué sistema es el más adecuado para atender las necesidades económicas de los hijos cuando se acuerda la custodia compartida?



Isidro Niñerola Giménez

Abogado - Valencia

Entiendo que la fórmula más adecuada, sería, tanto en los procedimientos consensuados, como en los contenciosos, que los gastos de alimentación y vestido de los hijos fueran satisfechos por aquél de los progenitores que estuviese bajo la compañía de los hijos, lo cual sería viable en los supuestos de custodia semanal, quincenal, mensual o trimestral, pero en los supuestos de semanas partidas, entendiéndose por éstas dos días con un progenitor, y dos días con el otro, y fines de semana alternos, por la escasa edad de los menores, sería más complejo.

Habría que tener en cuenta, los ingresos de cada uno de los progenitores, tanto en el procedimiento de común acuerdo, como en el procedimiento contencioso para poder determinar si los gastos de formación de los hijos, deben ser por mitad, aperturando al efecto una cuenta, por tener ingresos similares o porque ha existido ese consenso de voluntades.

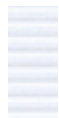
No obstante los hijos no pueden tener un nivel económico distinto, cuando se encuentran en el domicilio paterno, o materno, pero bien entendido que si uno de los progenitores no tuviese ingresos, debería costear los gastos de formación uno solo de ellos y además fijar una cantidad de alimentos por hijo, o en su caso, una proporción distinta.

Es frecuente en estos procesos donde se debate la custodia compartida, y sobre todo en las modificaciones de medidas, que en ocasiones se alegan ho-

ras, minutos y segundos, para que en función de determinados días con uno, o con otro progenitor, fijar una pensión alimenticia, cuando lo que debe primar es el interés de los hijos, conocer realmente cuáles son sus necesidades y que la ruptura no les produzca un descenso en su nivel de vida.

Por lo tanto, la fórmula que propondría, sería la siguiente: “Ambos esposos/convivientes satisfarán por mitad los gastos de formación de los hijos, aperturando para ello una cuenta donde se domiciliarán los pagos. Los gastos de alimentación y vestido se satisfarán por cada uno de los progenitores cuando los hijos se encuentren bajo su compañía. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad por ambos progenitores”.

También propondría, alternativamente una fórmula para los gastos extraordinarios que podría ser de la siguiente manera: “Los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitades, entendiéndose como necesarios, los médicos no cubiertos por la Seguridad Social y todos aquellos que se precisen para el desarrollo formativo, intelectual y emocional de los menores, si bien, en cuanto a los gastos no necesarios, convenientes y prescindibles, se estará al consentimiento de ambos progenitores para la realización de dicho gasto, y caso que no se consintiese por alguno de los progenitores, serán de cargo del que desee la realización de dicho gasto”.



María Pérez Galván

Abogada - Sevilla

Nada ha regulado el legislador de 2005 sobre la vivienda familiar ni alimentos de los hijos al redactar el nuevo artículo 92 del Código Civil sobre custodia compartida, medidas muy importantes al afrontar toda crisis de pareja, separación, nulidad y divorcio cuando hay hijos.

Una vez más se ha dejado pasar una buena oportunidad para haber regulado, de forma integral, los efectos y medidas derivados de la crisis de las parejas con hijos. Considero que ello nos habría dado herramientas sólidas para trabajar mejor nuestra materia, facilita alcanzar acuerdos y, sobre todo, seguridad jurídica, además de reducir considerablemente la incertidumbre del como interpretará cada Juzgado y Fiscal las necesidades concretas de esos hijos en custodia compartida.

Existe una creencia, errónea en mi opinión, de que en custodia compartida no hay que fijar pensión de alimentos con cargo a los progenitores. A todos nos suena esa reflexión del cliente cuando le pedimos qué régimen de estancia y convivencia quiere y puede afrontar en adelante, y dice que quiere esa custodia en “la que no hay que pagar nada” y cuanto trabajo nos da tener que explicar en cada caso que las necesidades económicas de los hijos no se cubren sólo con tenerlos en casa y darles de comer, que hay muchas otras partidas y gastos que afrontar,

con independencia de los extraordinarios que, afortunadamente están cada vez más concretos, claros y consolidados.

Contestando a la pregunta tal como está formulada, considero que hay que analizar todas las circunstancias económicas, laborales, sociales, patrimoniales, etc. de cada familia para acordar la mejor fórmula para afrontar las necesidades de los hijos en cada caso concreto. Dependerá de quien aporte la vivienda, y si la otra parte dispone de vivienda o no, de los ingresos, patrimonio y demás circunstancias de las partes, del reparto de tiempos, y de las necesidades reales de los hijos para acordar, que uno de los progenitores entregue al otro una suma mensual para que gestione y afronte el pago de determinadas partidas, o que uno de ellos afronte todo lo relativo a estudios y formación integral y el otro abone vestido, asistencia médica ordinaria, etc, o el abrir una cuenta bancaria donde domiciliar los gastos fijos de los menores, donde cada uno ingresará lo procedente, etc.

Cada fórmula tiene sus ventajas e inconvenientes, siendo lo ideal contrastar bien el caso, para adaptar la más adecuada a fin de que no genere situaciones injustas de futuro, ni problemas que en la práctica provoquen enfrentamientos y/o ejecuciones innecesarias.



Antonio Javier Pérez Martín

Magistrado - Córdoba

Hasta hace relativamente poco tiempo, la norma era la atribución de la custodia a un solo progenitor (generalmente la madre) y que el otro abonase una pensión alimenticia. Para fijar la cuantía de la pensión se atendía principalmente al número de hijos, a la capacidad económica del progenitor no custodio, y a las necesidades de los hijos en función de nivel de vida que venían disfrutando.

Sin embargo, cuando se establece la custodia compartida, la situación de hecho obliga a tener en consideración otros parámetros para determinar cómo van a contribuir los progenitores a atender las necesidades de los menores.

Como la custodia compartida implica una reparto más igualitario del tiempo efectivo de convivencia de los hijos con cada uno de los progenitores, la conse-

cuencia inmediata será que durante estos periodos ambos asumirán el coste de las necesidades alimenticias de los hijos por lo que la pensión ya no podrá ser igual que en los casos de custodia individual. Además de los gastos ordinarios de alimentación también existen otros gastos que se generan con independencia del progenitor con el que conviven y que pueden tener una periodicidad mensual, trimestral o anual, como pueden ser los gastos de educación, material escolar, sanidad, vestuario, etc.

Como señalan los tribunales, no es razonable que en los casos en que se establece la custodia compartida se deje de forma anárquica la atención de las necesidades de los hijos a lo que de cada día o semana resulte, sino que han de ser ordenadas, bien por los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores, o por las medidas que se establezcan en las

sentencias.

Igual que no hay una sola custodia compartida, pueden ser múltiples los sistemas que se utilicen para atender las necesidades de los hijos, correspondiendo a los progenitores y a sus respectivos abogados y en última instancia a los juzgados y tribunales, articular la fórmula para atender todos estos gastos, dando soluciones jurídicas adecuadas a la nueva realidad social.

La contribución de los progenitores a atender las necesidades de los hijos dependerá por tanto, de los ingresos que tengan los progenitores, del tiempo que permanecerán los hijos con cada uno de ellos, y de las necesidades de los hijos.

Para cubrir los gastos diarios, si los ingresos de los progenitores son similares, no será necesario que ninguno de ellos tenga que abonar al otro una pensión. Si existe una importante diferencia de ingresos puede establecerse una pensión alimenticia que se



Ramón Tamborero del Pino

Abogado - Barcelona

Durante años el sistema de cuantificar la Pensión por Alimentos de los hijos ha venido siendo lo habitual tanto en las Sentencias en las que el Juez se pronuncia al respecto, como cuando se suscribía un Convenio Regulador en tal materia.

Sin embargo la cada vez más habitual forma de Guarda compartida de los hijos ha obligado a buscar nuevas soluciones que se adoptaran al nuevo supuesto que se contempla en muchos de los procesos judiciales o en los mutuos acuerdos sobre estas cuestiones.

Desde mi punto de vista la fórmula que veo como más equitativa es la de señalar una Cuenta corriente en la que cada uno de los progenitores ingresen una parte proporcional de los Alimentos, y ello en función de sus posibilidades económicas. Ahora bien el tema fundamental es huir de situaciones generalistas (gastos de los menores), con el fin de concretar de manera exhaustiva los conceptos que expresamente quedarán domiciliados en la referida cuenta corriente, y que son los que, según la proporción que se pacte para cada progenitor, será atendidos con el fondo común que se genere.

En ese aspecto, entiendo que lo normal es incluir la parte correspondiente a la Educación (recibo del colegio, expresión de si en régimen de media pensión o no, gastos extraordinarios o extraescolares que ya se estén realizando, apartado referente a la Salud de

abonará bien mensualmente o en los periodos en que los hijos permanezcan con el progenitor que tiene menos ingresos. En cuanto a los gastos de periodicidad mensual, trimestral o anual, se atenderán también en función de la capacidad económica de los padres, y puede acogerse el sistema de que el que hace el gasto reclame al otro la parte proporcional que le corresponde, o aperturando una cuenta bancaria donde cada progenitor hace un ingreso mensual en función de su capacidad económica. La administración de esta cuenta puede llevarse conjuntamente, o por un solo progenitor (pueden alterarse en la administración por periodos escolares) con la obligación de rendir cuentas de los gastos.

En cuanto a los gastos extraordinario se seguirá el régimen normal, es decir, en función de la capacidad económica de los progenitores, pues respecto a estos ninguna influencia tiene que la custodia sea individual o compartida.

los menores, como puede ser la mutua médica privada, etc).

En general entendería que la suma de esos conceptos, más una pequeña cantidad "de reserva o de imprevistos", pueden ayudar a clarificar la cuestión. En el convenio, o en el Suplico de la demanda deberá clarificarse todo ello a fin de evitar después cuestiones de ejecución de sentencia.

Creo que se debe huir de conceptos generalistas o abstractos, tales como gastos de ropa, actividades varias, tratamientos médicos puntuales (dentista, logopeda, etc...), que se pueden incluir mediante pago directo a los profesionales que intervengan

También podría acordarse (así lo suelo hacer en los Convenios que redacto), que siempre que en el depósito de la Cuenta Corriente, se acumule determinada cantidad que sea superior al pago de una mensualidad, se fije la no necesidad de abono en el siguiente mes, con el fin de ayudar a la economía de ambos padres, y evitar así acumulación de dinero innecesaria.

En determinados casos, cuando se produzca una situación importante de diferencia de capacidad económica no veo impedimento en que el progenitor mejor posicionado y con mayores posibilidades, que abone una cantidad mensual al otro.

Separación de bienes

La esposa ejercitó una acción de enriquecimiento injusto y reclamación de la compensación del art. 1438 del CC a través de un procedimiento ordinario

AP Córdoba, Sec. 1.^a, Sentencia de 20 de diciembre de 2013

Como después de dictarse la sentencia de separación los cónyuges volvieron a convivir no existe ningún obstáculo para que la esposa pueda pedir en el divorcio la compensación del Art. 1438 del CC a pesar de que en el convenio regulador de la separación solo se estableciese una pensión compensatoria.

La Sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda formulada por doña Sagrario, en la que ejercitaba la acción de reclamación de cantidad respecto de don Modesto, basada en los gastos generados al convivir ambos después de la separación conyugal y hasta el año 2.009, período durante el cual solo habría pagado seiscientos euros mensuales para atender a la pensión establecida en la Sentencia de separación, pero sin contribuir a los gastos domésticos, pese a que la demandante no tenía trabajo retribuido, por lo cual se habría enriquecido injustamente, enriquecimiento cuyo importe constituye el objeto del procedimiento. No consideró la juzgadora que se adeudare la cantidad reclamada por el concepto antedicho, por cuanto, reanudada la convivencia, sin ponerlo en conocimiento del Juzgado que había acordado la separación, la libertad de pactos entre los cónyuges habría dado lugar a una situación en la que, en lo patrimonial, ninguno de ellos había empeorado, puesto que, de un lado sigue siendo la Sra. Sagrario titular de la mitad de los bienes del erario que fue conyugal, en tanto que el Sr. Modesto habría venido atendiendo la pensión por alimentos a su cargo.

Por lo que respecta a la pretendida compensación por el trabajo para la casa, en concepto de contribución a las cargas familiares, basada en el derecho contemplado en el artículo 1438 del Código Civil, consideró la juzgadora que, desde la sentencia de separación matrimonial, dictada el 20 de enero de 1999, rigió el régimen

de separación de bienes entre los litigantes, conforme a lo que establece el tercer apartado del artículo 1435 del mismo Código. Por ello, debió, a su juicio, haberse solicitado con motivo del procedimiento de divorcio la compensación cuya posibilidad de reclamación ulterior habría precluido. En cualquier caso, en la Sentencia de divorcio solo se contempla una pensión compensatoria para la esposa a razón de doscientos euros mensuales, decidiendo acerca de un materia que, en cualquier caso, sería objeto de un procedimiento propio de la competencia específica del Derecho de Familia y, por tanto, del Juzgado especializado en dicha materia.

La representación procesal de la demandante apunta, en el recurso de apelación, la posibilidad de que, tras la separación matrimonial, lo que permaneciera entre las partes, durante su convivencia posterior, fuese una unión de hecho. En dicho contexto, sería, a su entender, exigible que ambos contribuyeran proporcionalmente a sus recursos, de modo que sería factible reclamar la compensación del trabajo efectuado por uno de ellos (la actora en nuestro caso) para la casa compartida, sobre todo teniendo presente que el demandado no abonó los gastos generados por la misma. Realizada una detenida valoración de la prueba practicada, especialmente las declaraciones de la Sra. Sagrario, sus hijos don Sixto y don Víctor y dos vecinas, considera la apelante que una persona que solo aportaba 625 euros mensuales, pero ganaba cuatro veces más y solo pagaba

el IBI y los seguros de la vivienda y del coche, habría extraído de la situación un ahorro, por falta de gastos, que sería suficiente para reclamar la compensación correspondiente. Por lo demás, considera que si no fuera atendible el artículo 1438 del Código Civil por motivos competenciales hubiera debido hacerlo ver la juzgadora en la Audiencia Previa o inhibirse a favor del Juzgado de familia, lo que no hizo. En cualquier caso, no sería necesario, como apunta la Sentencia, el incremento patrimonial de un cónyuge para ser acreedor a una compensación económica, conforme a determinadas resoluciones judiciales de las que hacía el recurso cita expresa.

Por último, tras invocar el principio *iura novit curia*, y para el caso de desestimación del recurso, sostiene que, dadas las serias dudas jurídicas que suscita un caso especialmente infrecuente, sería aplicable la regla en virtud de la cual no se impondrán las costas al litigante vencido.

La contraparte, al oponerse al recurso, considera que el desequilibrio que pudiera existir, compensado en cualquier caso por la Sentencia de divorcio con la pensión que estableció la misma, no era tan acusado, pues el demandado percibe solo una pensión de mil seiscientos euros mensuales y, además, daba dinero, en mano, para el sostenimiento de los gastos de la familia. Habría sido, a su juicio, el error sufrido por doña Sagrario, al aceptar el acuerdo sobre la pensión, en el procedimiento de divorcio, el que conduce a otro, el que nos ocupa, en el que la declaración de los hijos ha de entenderse como fruto de la enemistad con el padre, al que no hablan. En cualquier caso, los actos propios de la actora, por no haber solicitado la pensión en el momento en que, a consecuencia del divorcio, se produjo la extinción del régimen económico matrimonial, impedirían que, ahora, se ejercitase la acción contenida en la demanda, que, a los efectos de la imposición de costas, tilda de temeraria.

Es significativo que ya en el derecho romano se reconociese la acción de enriquecimiento injusto, en atención al principio de que nadie puede lucrarse a costa de otro sin causa jurídica. Para hacer valer dicha acción la jurisprudencia, lejos de exigir una determinada relación jurídica entre las partes, otorga legitimación activa a quien, ante la obtención de una ventaja patrimonial por parte del demandado, ha padecido una disminución patrimonial conectada con aquella, fuera, precisamente, de cualquier derecho vigente que pudiera justificar lo que, al fin y al cabo, no sería más que el beneficio por parte del demandado de una situación de ventaja que la sociedad, por razones de equidad, no puede tolerar.

No cabe ignorar que el enriquecimiento sin causa puede consistir en el no padecimiento de una obligación o una carga; en este caso, estamos, según lo plantea la demanda, ante un enriquecimiento sinónimo de ventaja o de ahorro de gasto (así lo admite, entre la doctrina, el artículo de Francisco de Borja López Jura-

do, publicado en el nº 33 de la Revista Poder Judicial, 1994, páginas 489-496). Con independencia de la concurrencia de los presupuestos legales que el ejercicio de la acción exige, lo que no podemos compartir es el argumento, empleado por la Sentencia de instancia, de que no pudo haber un empobrecimiento de la actora por el mero hecho de que continuara siendo titular del cincuenta por ciento de los bienes del matrimonio, ya que no obstarían a la generación de un beneficio para él en el sentido a que alude.

Para fundamentar la reclamación de cantidad se apoya la actora en una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2.011 (Roj: STS 4874/2011) que responde, también, a la pregunta sobre si es necesario o no un incremento patrimonial a favor del cónyuge deudor como consecuencia del trabajo doméstico realizado en el domicilio compartido, a los efectos de obtener la compensación del artículo 1.438 del Código Civil, puesto que dicho precepto, interpretado por dicha resolución, excluye que dependa de que haya habido incremento patrimonial del otro cónyuge.

Ahora bien, estas consideraciones traen a primer plano la necesidad de que, para que prospere la pretensión principal ejercitada, basada en el enriquecimiento injusto del demandado a consecuencia de la dilatada convivencia posterior a la separación matrimonial, concorra un básico presupuesto, cual es el de que no sea posible el ejercicio de una acción prevista específicamente por el ordenamiento jurídico para satisfacer el interés cuya protección se pretende a partir de la misma. La jurisprudencia reciente (así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2.011, ROJ: STS 8163/2011, de la que están tomadas las palabras que siguen) mantiene el requisito de la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto, dado que solo cabe acudir a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en defecto de acciones específicas, como remedio residual o subsidiario, "pues si existen acciones específicas, estas son las que deben ser ejercitadas y 'ni su fracaso ni su falta de ejercicio' legitiman para el ejercicio de la acción de enriquecimiento, como se dice en las sentencias de 19 de febrero de 1999 o de 28 de febrero de 2003, que recogen una amplia doctrina, si bien se ha de destacar que otras sentencias sientan un criterio distinto, como la ya citada de 19 de marzo de 1993, y las de 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1997, si bien como ha señalado la sentencia de 19 de febrero de 1999, la negación de la subsidiariedad constituye en tales decisiones un *obiter dictum*". Y las sentencias de 4-6-07, 30-4-07, 19-5 - 06, 3-1-06 y 21-10-05 mantienen igualmente el requisito de la subsidiariedad, declarando la de 2006 que solo puede acudir a la acción por enriquecimiento injusto cuando no exista una acción que concreta y específicamente se otorgue por el legislador para remedio de un hipotético enriquecimiento sin causa.

Por tanto, si lo que viene a poner de manifiesto la parte apelante, ya desde la demanda, es que el desequilibrio habría consistido, en el aspecto económico (hecho quinto del escrito iniciador del procedimiento) en que el Sr. Modesto ha estado viviendo “gratis” a costa de mi mandante quien le ha servido de “criada”, “enfermera”, “asistentas”, etc., habiéndose limitado el Sr. Modesto a ingresar la pensión alimenticia establecida a favor de sus hijos en Sentencia de Separación ascendente a 600 euros, sin contribución alguna por su parte a los gastos de la casa a excepción de puntuales y muy ocasionales aportaciones que efectuaba para cubrir algún gasto, lo que estaría reclamando sería una actuación que, al menos en lo concerniente al trabajo de asistencia doméstica, personal y al mantenimiento de la casa de la demandante, podría haberse articulado, ya con anterioridad a la iniciación del procedimiento, en el antecedente de divorcio, al amparo de la acción basada en el artículo 1438 del Código Civil.

Con todo, aun restarían los importes de determinados gastos (luz, gas, teléfono, mobiliario y ajuar de la casa, reparaciones y reformas), pero, con independencia de que los de los suministros vinieran facturados a nombre del Sr. Modesto, lo cierto es que no están comprendidos en la pretensión económica concreta que a través de la demanda se articula, ya que lo que la Sra. Sagrario viene a reclamar es una cantidad a tanto alzado calculada en función de lo que, como empleada de hogar en el domicilio familiar con funciones hasta de cuidadora personal durante los diez años de convivencia en régimen de separación de bienes con el Sr. Modesto, habría obtenido como mínimo, la cantidad de 76.968 euros, teniendo en cuenta el Salario Mínimo Interprofesional que para este año 2011 asciende a 641,40 euros mensuales, por doce pagas mensuales, por los diez años de convivencia.

Esta petición no es más que la concreción de la compensación por el trabajo para la casa que el artículo 1.438 del Código Civil prevé para el momento de la extinción del régimen de separación y que, al propio tiempo, en este procedimiento específicamente se invoca de forma subsidiaria. No es, por tanto, adecuado acudir en primer término a una acción que, en sí misma, es subsidiaria de la que como tal se articula.

Porque, aunque es cierto que una vez obtenida la Sentencia de separación matrimonial, el 20 de enero de 1999, y quedar disuelta la sociedad legal de gananciales, constante matrimonio (y lo estuvo hasta el divorcio, en el año 2.010, aunque en el recurso de apelación se haga referencia, a efectos dialécticos, a una unión de hecho), pasó a regir entre los cónyuges un régimen de separación de bienes, puesto que así lo establecen los artículos 1.392, 3º y 1.435, 3º del Código Civil, aún persistía la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, habida cuenta de que, como señala la Sentencia, más arriba citada, de 14 de julio de 2.011, la separación de bienes no exime a ninguno de los

cónyuges del deber de contribuir a dicho levantamiento.

En consecuencia, si el trabajo de la casa es una forma de aportación a los gastos comunes, para aquel de los cónyuges que no puede contribuir de otra manera (así lo señala la Sra. Sagrario, pero también que percibe una pensión por discapacidad), ello constituye el título para obtener la compensación en el momento de la finalización del régimen (así lo señala la Sentencia citada) y, por tanto, le es aplicable el último inciso del artículo 1.438 del Código.

Existe, pues, una concreta acción que el ordenamiento le reconocía a la demandante para obtener respuesta a la misma pretensión fáctica que procura basar en la subsidiaria de injusto enriquecimiento, por lo cual la invocación del mismo, reservada por la jurisprudencia a los casos de unión de mero hecho, análoga a la conyugal, pero sin mediar dicho vínculo, no resulta posible.

Al menos desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2.003 (ROJ: STS 122/2003), se ha venido acudiendo en los casos de prolongada convivencia entre personas more uxorio, sin que mediara relación conyugal entre ellas, para brindar protección a la parte más débil, a la solución de atribuirle determinadas cantidades que la resarcieran de su dedicación pasada a la unión, evitando así el perjuicio injusto -sin causa- que habría sufrido, con expresa invocación de la institución, que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto. Sin embargo, no puede extrapolarse dicha situación a la de una persona, como la demandante, que aún estaba casada y, aunque legalmente separada, seguía conviviendo con su esposo, rigiendo entre ellos el régimen matrimonial de separación de bienes, por expresa disposición legal.

Pues, tal como señala reiteradamente la jurisprudencia (resumida por la Sentencia de la Sala de lo Civil de 30 de noviembre de 2.005, ROJ: STS 7131/2005), en lo tocante al enriquecimiento injusto, para que proceda la aplicación de tal principio general, “la causa para su no aplicación deja de ser injusta y se torna en justa y suficiente cuando existe una clara disposición legal”. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, puesto que la acción de enriquecimiento injusto debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley concede acciones específicas en un supuesto concreto, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni falta de ejercicio legitiman la utilización de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa.

Desestimado el primero de los motivos del recurso, hemos de abordar la posibilidad de invocar, en este procedimiento, una acción, basada en el artículo 1.438 del Código Civil, que no fue esgrimida en el previo de divorcio, finalizado por Sentencia de mutuo acuerdo, fechada el 7 de junio de 2.010 (documento nº 6 de los de la demanda) en la cual se venía a reconocer, junto

a la declaración de disolución del matrimonio, que el uso y disfrute del domicilio familiar siguiera correspondiendo, hasta la definitiva liquidación del patrimonio ganancial, a la esposa y establecía a favor de ésta una pensión por desequilibrio económico en la cuantía de 200 euros al mes, hasta que cumpliera los 65 años.

No cabe duda de que existe una sustancial diferencia entre la pensión otorgada, al amparo del artículo 97 del Código Civil, y la que, basándose en el artículo 1.438 del mismo, persigue la parte actora. Según tiene señalado la jurisprudencia menor (la cita es de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de marzo de 2.012, ROJ: SAP V 1386/2012), la pensión compensatoria no solo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimonial, cualquiera que fuera aquél) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica. En cambio, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 se establece exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

Tanto la representación del Sr. Modesto, como la Sentencia de instancia, consideran que hubiera debido solicitarse de contrario la compensación del artículo 1.483 del Código con ocasión del precedente procedimiento de divorcio y, al no hacerlo, estima la juzgadora que precluyó su derecho a hacer valer dicha pretensión, mientras que el escrito de oposición al recurso hace alusión que con el ejercicio de la misma en este litigio estaría viniendo la Sra. Sagrario contra sus propios actos.

Sin embargo, en este punto, debemos recordar lo que con anterioridad ha dejado sentado este tribunal en relación con la inaplicabilidad a casos como el que reclama ahora nuestra atención del principio de preclusión que el artículo 400, 2 de la Ley de Enjuiciamiento reconoce. Así, en la Sentencia de 24 de junio de 2.006 de esta misma sección (Roj: SAP CO 865/2009), como en las más recientes de 7 de junio (ROJ: SAP CO 749/2013) y 20 de septiembre de 2.013 (ROJ: SAP CO 1185/2013), se señalaba que dicho precepto tiene otra finalidad, porque nuestra Ley procesal no obliga a que el demandado deduzca demanda reconvenzional, y menos aún con la grave consecuencia de haber precluido el trámite para ello, de tal forma que sea de aplicación el instituto de la cosa juzgada.

Porque lo que dicha norma persigue es garantizar que cualquier hecho o acción que el demandante pueda plantear frente al demandado se articule en la

misma demanda, sin que quepa reservarse alegaciones de hechos o acciones frente al demandado, para ejercitar en un procedimiento posterior si el inicialmente planteado no fuera favorable para el demandante, finalidad que es igualmente exigible, de acuerdo con el artículo 406.4, a la reconvencción.

Con todo, no se puede pretender que de tales preceptos se deduzca que obligatoriamente el demandado, que no tiene obligación de reconvenir, puesto que mientras que no le prescriba su acción, esta puede ser ejercitada en un proceso independiente y posterior, tenga que, a su vez, demandar en reconvencción, no solo porque no lo contempla así la Ley, sino porque iría en contra del principio *pro actione*, y el de tutela judicial efectiva. Cosa distinta es que si voluntariamente reconviene, a esa acción sí le sería de aplicación el tantas veces citado artículo 400, de tal suerte que no podrían dejarse alegaciones para, si la sentencia no le fuera favorable, ejercerlas en un proceso independiente.

Por tanto, formulada demanda de divorcio por el Sr. Modesto, y, una vez avanzado el asunto, reconducida su tramitación por mutuo acuerdo, el que se hubiera transigido por las partes en el capítulo correspondiente a la pensión prevista en el artículo 97 del Código Civil, no comporta que también lo hicieran en cuanto a la acción, distinta, prevista en el artículo 1.438 del mismo texto legal, que no había sido debatida en el procedimiento de disolución del vínculo conyugal.

No hay, pues, preclusión de la acción ejercitada ahora por no haberla invocado en otro proceso en el que la ahora demandante ocupó la posición de demandada y entre cuyos objetos no estuvo la concreta pretensión que ahora se debate, por lo que tampoco puede ser invocada la doctrina de los actos propios, acuñada por la jurisprudencia para los casos en que lo pretendido se opone a los actos que previamente crearon una relación o situación de derecho que no podría ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligada a respetarlas. Algo que no puede deducirse del acuerdo alcanzado sobre una pensión que, en realidad, es distinta a la que en este proceso debaten los litigantes.

Uniones de hecho

Compensación en razón del tiempo de convivencia

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 2 de octubre de 2013

Se fija en favor de la conviviente una compensación de 14.400 euros a pagar mensualmente a razón de 400 euros, dado que han convivido durante 15 años y se ha dedicado por entero a la familia y a atender a los dos hijos comunes

Respecto de la pensión compensatoria, acreditada la convivencia de pareja, debe entrarse en el estudio de las consecuencias económicas que ello conlleva, por lo que, adentrándonos ya en el conocimiento del recurso, nos parece conveniente comenzar indicando con la STS de 26-1-2006, con cita de las de 18-2-1993 y 2-10-1992 que para que exista un patrimonio común, se debe acreditar la contribución activa del reclamante a la adquisición del mismo, con puesta en común de dinero, indicando a su vez, que la convivencia de hecho no comporta “per se” la creación de una comunidad de bienes, del tipo que sea. Por ello, esta Sala entiende que la unión de hecho se rige fundamentalmente por la voluntad de los convivientes que puede ser expresa o tácita (sentencia de 12 de septiembre de 2005); indicando la ya citada de 21 de octubre de 1992 que “debe inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes a todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho”, voluntad que puede probarse “por pacto expreso o por acuerdo tácito (que puede inferirse de sus actos concluyentes)”.

Desde otra vertiente cabe señalar con la STS de 17 de junio de 2003, como las uniones “more uxorio”, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, y entre ellos el de la extinción.

La relevancia de la problemática se ha dejado sentir en la actuación de los Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y restantes de la orga-

nización judicial) y también ha incidido en el campo legislativo, muy puntualmente en lo que hace referencia a la legislación estatal, y con mayor intensidad, aunque condicionada por las respectivas posibilidades legislativas, en la legislación autonómica, que ha realizado un destacado esfuerzo por acomodar el ordenamiento jurídico a la realidad social.

...La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión “more uxorio” ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos (“falta concludentia”), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (ad ex. Sentencia 4 junio 1998) o de sociedad irregular (ad ex. Sentencias 18 mayo 1992, 18 febrero 1993, 18 marzo 1995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí.

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

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

Es ya de adelantar que en el caso concreto no existe pacto ni tácito ni expreso para regir las relaciones y operaciones y liquidación derivadas de esa convivencia de hecho y menos la existencia de pactos para establecer compensaciones económicas para el caso de que tras el cese de la convivencia se produjera desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación al otro, que implique empeoramiento respecto de su situación anterior, tomando en consideración las circunstancias del art. 97 del Código Civil.

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

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

B) «Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume

así: La convivencia more uxorio, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo - hoy por hoy inexistente- sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica».

C) «Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil) (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001).

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

Las partes 1º convivieron desde el año 1993 hasta octubre del año 2008, es decir, 15 años, 2º cuando empezaron a vivir juntos él tenía 29 años y ella 24

años, 3º de dicho matrimonio hay dos hijas que tienen 17 años y medio y 10 años y medio que viven con la madre desde el año 2009, cuando tenían 14 y 7 años, 4º la actora se ha dedicado durante la convivencia al cuidado de la familia, 5º la pareja ha mantenido durante la convivencia un muy alto nivel de vida, como lo acredita la abundante documental obrante en autos, sin que quepa estimar lo alegado por el recurrente acerca de su mala situación económica en la actualidad, a la vista de la oscuridad que sobre ello quiere aparentar, habida cuenta que tal oscuridad, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, jamás puede beneficiar a quien en su mano está aclarar el verdadero importe de sus ingresos, ya que, en ese caso, se está beneficiando a quien por haber sido la única fuente de ingresos de la pareja y, único, por tanto, conocedor de los reales ingresos, se prevale

de tal situación para hacer que la prueba de la contraparte se convierta en un verdadero calvario, casi una prueba diabólica; máxime teniendo en cuenta que tal privilegio ha devenido de su convivencia, en el que la contraparte, por confianza, ha hecho dejación en la administración de tales bienes en la contraparte, encontrándose este en una cómoda situación caso de separación al ignorar la pareja la procedencia de los ingresos.

En el caso de autos, teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente enumeradas especialmente la duración, dedicación gratuita e imposibilidad de cotización, así como la Jurisprudencia sobre este tema reseñada, estima la Sala debe atribuirse a la actora la suma señalada en la sentencia de instancia.

Cuestiones procesales

Notificación de la diligencia de ordenación que declara al demandado en rebeldía

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2013

Se decreta la nulidad de las actuaciones ante la ausencia de notificación de la diligencia de ordenación por la que se declaraba la situación procesal de rebeldía y se citaba al juicio, ordenándose en la misma que se llevase a efecto mediante correo certificado con acuse de recibo, que no aparece unido a las actuaciones

La de primer grado ha sido recurrida por la parte demandada, declarada en rebeldía, solicitando la nulidad de las actuaciones por considerar que cuando recibió el emplazamiento no se hallaba en plenitud de circunstancias psíquicas que le permitieran conocer el alcance de dicho acto de comunicación y la trascendencia que su falta de personación en el procedimiento pudiera depararle, ya que padece un trastorno delirante; con carácter subsidiario solicitó igual declaración sobre la base de que se ha omitido la notificación personal de la resolución que la declaró en rebeldía y convocaba juicio, habiéndosele causado indefensión.

Por lo que se refiere a la primera de esas alegaciones, aunque con la documental presentada con el recurso de apelación consta que padecía a la fecha en que fue tratada, en abril de dos mil trece, un episodio psicótico con sintomatología delirante de tipo persecutorio, no consta ni puede constar -al acudir al psiquiatra por primera vez en aquella fecha- que el mismo estuviera presente en la fecha del emplazamiento, que se efectuó en treinta de noviembre de

dos mil doce; ni tampoco se acredita que dicho padecimiento afectase concretamente al conocimiento de la trascendencia del traslado de la demanda que se le hizo, por mucho que fuera acompañada de su esposo, pues consta haber recibido la documentación correspondiente.

Ahora bien, resulta constatada la ausencia de notificación de la diligencia de ordenación de veintidós de enero, en la que se declara la situación procesal de rebeldía y se cita a juicio, ordenándose en la misma que se lleve a efecto mediante correo certificado con acuse de recibo, que no aparece unido a las actuaciones; ello determina la infracción del artículo 497.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con efectiva indefensión, por desconocer las consecuencias de la falta de personación y la forma de remediarla, impidiéndole por otro lado asistir a la vista, dado que en la misma resolución se convocó a las partes, por lo que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la declaración solicitada.

Régimen de visitas

¿Cabe fijar una compensación por el incumplimiento?

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2014

No cabe fijar una compensación por el no ejercicio del derecho de visitas. La Sentencia del Juzgado acordó que para aquellos fines de semana en los que, correspondiéndole tener a la menor no pudiera tenerla el padre consigo, habrá de indemnizar a la madre con la cantidad de 150 € para que ésta pueda disponer de un servicio de canguro

La parte dispositiva de la resolución de primera instancia ha modificado el régimen de visitas y estancias de la hija menor en el sentido que ha quedado transcrito en los antecedentes. Fundamentalmente prevé que el padre tendrá a la menor en los fines de semana en los que se encuentre en España; y para aquellos fines de semana en los que, correspondiéndole tener a la menor según el primitivo convenio no pudiera tenerla consigo, habrá de indemnizar a la actora con la cantidad de 150 € para que la madre pueda disponer de un servicio de canguro.

La representación del demandado recurre la resolución al entender que no contempla la realidad de las disponibilidades de tiempo del padre y que, en cualquier caso, la cantidad establecida es desproporcionada, por lo que solicita que se establezca un sistema que contemple tanto sus estancias fuera de España, por motivos laborales, como los periodos de descanso en los que se encuentra liberado de servicio, y puede tener consigo a la menor incluso a diario.

Esta Sala no comparte las razones de la demanda inicial de estas actuaciones ni los argumentos de la sentencia de primera instancia, puesto que parten de la consideración de las visitas, estancias y relación de la hija con los progenitores como una carga, asimilable a una obligación de hacer respecto de propiedades comunes, cosas o semovientes. Se viene a establecer una especie de derecho/obligación de uso y mantenimiento y una correlativa obligación de indemnizar para el caso de que uno de los progenitores haya de sustituir al otro en las labores de tenencia de la menor.

Se ha de considerar que la primitiva regulación de los efectos del divorcio respecto a las relaciones de parentalidad en cuanto a la hija menor, tuvo su base en un convenio regulador que reflejó el consenso de ambos progenitores en una planificación de la parentalidad, sobre la base de que los dos continuaban manteniendo su residencia habitual y domicilio efectivo en un área próxima a la ciudad en la que habían

residido durante la convivencia.

En este punto el convenio regulador quedó obsoleto a partir del momento en el que el demandado obtuvo trabajo en una empresa que realiza trabajos en el extranjero (en el momento del enjuiciamiento en un país distante más de 3.000 km del domicilio de la menor), y en régimen de trabajo intensivo, es decir, con periodos continuados de dedicación al trabajo y otros periodos de descanso en España en los que se acumulan vacaciones, fines de semana y compensaciones vacacionales.

Este sistema es típico de numerosas profesiones, desde las típicas de la marina mercante, el ejército y fuerzas de seguridad, las obras públicas o las profesiones diplomáticas.

Es un hecho notorio que en las actuales condiciones del mercado de trabajo no se puede presumir que el demandado haya optado por su actual empleo por puro capricho, sino por necesidad.

En consecuencia con lo anterior, ha de procurarse un sistema de ejercicio conjunto de la potestad en beneficio de la menor, en el que la misma pueda gozar de su derecho a estar el mayor tiempo posible en compañía de los dos progenitores, atendiendo las circunstancias concurrentes.

El principio general del interés del menor dimana de los artículos 39 de la Constitución, los artículos 25.2 y 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y las normas que lo desarrollan, como el artículo 2 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, y su plasmación en los artículos 233-8, 233-10 y 236-2 del CCCat. En consecuencia es obligación de los progenitores y de los poderes públicos, velar porque se materialice y realice tal derecho, facilitando las condiciones necesarias para que la menor pueda mantener esta relación en base a criterios razonables y flexibles, adaptados a las circunstancias que concurren.

La madre invoca en la demanda, y reitera en su escrito de oposición al recurso, que ella también tiene derecho a la conciliación de su propia vida laboral y social, y especialmente de disfrutar de los días libres que le corresponden en el trabajo y que coinciden con los que el padre debe tener consigo a la hija según los términos del convenio regulador pactado.

Más se han de tener en cuenta en el caso de autos otros factores. En primer lugar que el padre es natural de un país extranjero y, en consecuencia, carece del soporte de la familia extensa que hubiera podido asistirle en estos casos, y que aun cuando mantiene su residencia en España, actualmente tiene su trabajo en un lugar lejano, pero también puede ser trasladado a otro, según las necesidades de la empresa para la que trabaja. En segundo lugar también la madre pertenece a los cuerpos de seguridad y debe ser consciente por ello que las necesidades del servicio pueden determinar la disponibilidad de los horarios, fines de semana y vacaciones.

En conclusión, que en casos como los de autos, los derechos de los progenitores, en tanto los hijos sean menores de edad, han de ceder ante los de los propios hijos, y ello únicamente es posible armonizar teniendo en cuenta las posibilidades reales y disponi-

bilidades de ambos progenitores. Lo anterior requiere un nivel de comunicación e intercambio de la información que garantice los derechos de la hija.

Por consiguiente, partiendo de que el ejercicio exclusivo de la custodia lo ejerce la madre, el régimen de estancias y comunicación de la menor con el padre debe ajustarse a las disponibilidades del mismo, para lo que deberá comunicar a la actora su calendario de estancias en el extranjero, tan pronto como lo tenga asignado, para que se pueda concretar también la programación de las estancias de la menor con el padre, tanto en los fines de semana en los que el padre esté en España, como en los días intersemanales en los que, por disfrutar de periodos de libranza, podrá recoger a la menor y hacerse cargo de la misma y que incluirán, como mínimo, dos tardes a la semana con pernoctas en el domicilio del padre.

El sistema recogido en la sentencia de imponer al padre la obligación de indemnizar a la madre por los fines de semana que, correspondiéndole tener a la menor esté en el extranjero, es inapropiado y debe ser suprimido, por lo que el recurso debe ser estimado en este extremo.

Liquidación de la sociedad de gananciales

Cómputo de los reintegros frente a los cónyuges por inversiones de bienes privativos en favor de la sociedad

AP Cantabria, Sec. 2.^a, Sentencia de 5 de noviembre de 2013

La parte apelante pretende que los créditos de la esposa contra la sociedad de gananciales por inversiones hechas en bienes gananciales no se computen al 100%, sino que lo hagan únicamente al 50%, pero no puede compartirse esta tesis, puesto que, como el crédito de cualquier otro acreedor, debe incluirse en su totalidad

Finalmente la parte apelante pretende que los créditos de la Sra. Adriana contra la sociedad de gananciales por inversiones hechas en bienes gananciales, no se computen al 100%, sino que lo hagan únicamente al 50%.

El motivo no se puede compartir porque la ordenación que se hace en el código del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales exige que se paguen primeramente las deudas y cargas de la sociedad y se abonen las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge, y una vez hecho esto, el remanente constituirá el haber de la sociedad de

gananciales que, como dispone el art. 1404 CC, se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.

En consecuencia, para la determinación de esa masa neta ganancial, es oportuno satisfacer enteramente los créditos que la Sr. Adriana (como los de cualquier acreedor).

En consecuencia, se desestima este último motivo de la apelación.

Alimentos y custodia compartida

Régimen de administración de la cuenta común aperturada para atender las necesidades de los hijos

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2013

De los gastos de las hijas (a excepción de la vivienda y el mantenimiento), que ascienden a 1.000 € mensuales (500 para cada hija), han de responder ambos progenitores, asumiendo la madre el 40 % y el padre el 60 %. La madre deberá rendir cuentas anuales de los gastos, que hará llegar por correo electrónico al padre anualmente (en el mes siguiente a la finalización del curso escolar).

Respecto a las medidas reguladoras del ejercicio de la parentalidad, ha señalado la doctrina, por lo que se refiere a las cargas alimenticias que, atendidos los ingresos acreditados de uno y otro progenitor, se han de mantener los parámetros de contribución que vienen establecidos desde la ruptura de la relación matrimonial, ajustando en todo caso el reparto de responsabilidades al sistema de custodia compartida.

La tesis sobre la que se ha resuelto por el tribunal de primera instancia que no fija prestación económica concreta, al establecer que cada uno atenderá los gastos de las hijas cuando las tenga en su compañía, no es compartida por esta Sala.

La consecuencia del establecimiento de la custodia compartida no puede justificar que se deje sin ordenar adecuadamente la contribución de ambos progenitores a los gastos de las hijas. Tal conclusión se fundamenta en una premisa errónea, puesto que confunde lo que es una medida cuya finalidad es la de que se compartan las responsabilidades respecto de la guarda de los hijos, con la distribución de las responsabilidades de carácter alimenticio.

La doctrina tiene establecido el criterio, recogido en la nueva regulación legal en el artículo 233-10.3 del CCCat, de que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación alimenticia respecto a los hijos comunes, si bien cabe ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los padres y los gastos que cada uno de los progenitores ha de atender directamente.

Una cosa es la residencia habitual de las hijas, que puede ser organizada de forma que los dos progenitores puedan tenerla en espacios temporales similares, (con la distribución que mejor se adapte a las necesidades de las mismas y a las disponibilidades de los padres), y otra muy diferente es la distribución del resto de las responsabilidades, como son los

cuidados relativos a la salud, la provisión del vestido y calzado, el seguimiento de los procesos educativos y la cobertura de las necesidades materiales.

Respecto a todas estas cuestiones no es razonable que se deje de forma anárquica la atención de las responsabilidades a lo que cada día o semana resulte, sino que han de ser ordenadas, bien por los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores, o por las medidas que se establezcan en las sentencias.

Es significativo que el propio demandante en la demanda rectora de este proceso (segundo párrafo del hecho cuarto), alude a esta cuestión y da por supuesto que para los gastos se ha de establecer una contribución, según resulte de la relación de gastos que resulte del pleito.

La contribución a los gastos.

La relación de gastos ha sido aportada por la representación de la demandada, sin que la representación del recurrente la haya impugnado a excepción de los gastos de escolaridad de la hija mayor que entiende en el recurso que son desmesurados y no consentidos por él, también en contradicción con lo manifestado por el actor en la vista, al reconocer que el cambio de colegio se produjo como consecuencia de una reunión en el que él asintió a que se reprodujera el cambio, aun cuando puso reparos a la cuantía de las cuotas de escolaridad.

Los gastos alimenticios de las menores superan los 600 € mensuales, cada una de ellas, como se deriva claramente del pacto alcanzado en 2003, con motivo del divorcio. De éstos cabe excluir el capítulo referido a la vivienda (puesto que cada progenitor lo asume de forma igualitaria), y la manutención relativa a la que se presta en el propio domicilio. Mas se han de añadir los gastos ordinarios relativos al equipo básico de ropa, vestido y calzado que puede ascender

a un mínimo de 200 € por hija, más los gastos de escolarización que, en promedio, pueden representar otros 200 € al mes, así como otros 100 € por gastos imprevistos.

La intendencia respecto a tales capítulos, hasta que se produjo la sentencia modificatoria que se recurre ahora, la ha estado atendiendo la madre y parece lógico que mantenga esta responsabilidad (el padre no la ha reclamado), máxime cuando consta que en el pasado cuentan en su haber diversos incumplimientos en la obligación de pago de la pensión alimenticia establecida de mutuo acuerdo por la sentencia de divorcio.

Al haber establecido la custodia compartida, la cuantía de 500 € mensuales para cada hija por los referidos conceptos es razonable en relación con el nivel de vida de la familia, considerando que cada progenitor ha de atender directamente a la manutención (en sentido estricto) de las mismas en la mitad aproximada de los días del año, más los gastos de bolsillo en las semanas en las que estén con él, otros pequeños gastos habituales, y la mitad de los gastos extraescolares y extraordinarios.

El mantenimiento de la obligación de una aportación mayor del padre es razonable y proporcional al caudal y medios de cada progenitor, si se considera que el artículo 237-9 del CCCat, al referirse a las posibilidades, de forma genérica, no circunscribe la base que ha de servir a la cuantificación de la prestación alimenticia al sueldo o salario periódico de cada uno de los obligados al pago, sino que contempla un más amplio concepto de situación económica.

En el caso de autos se ha acreditado que la demandada tiene unos ingresos mensuales en nómina, que no superan los 1.300 € mensuales, mientras que el actor dispone de un sueldo fijo cercano a los 2.000 € en una empresa de la que es titular su propio padre, pero también es partícipe de tres entidades mercantiles dedicadas al sector inmobiliario, poseyendo un patrimonio considerable.

Es cierto que el patrimonio está sujeto a responsabilidades hipotecarias y que las empresas no rinden en la actualidad el fruto que han podido tener en anteriores años de bonanza económica, pero se

ha ponderar que el actor no ha explicado pormenorizadamente las causas de que sus empresas estén al borde del concurso, como se limita a afirmar, aludiendo a la crisis generalizada del país y de este sector. Esta circunstancia no puede ser tomada como prueba concluyente de la situación de ausencia de ingresos que alega puesto que consta que ha adquirido recientemente diversas propiedades, aun cuando alguna de ellas se haya debido a donación de su propia familia.

En consecuencia con lo anterior se ha de establecer una distribución de la carga alimenticia en base a los mismos parámetros que él padre aceptó en el convenio regulador del divorcio, con una reducción razonable por el incremento de las estancias de las hijas en su domicilio y la reducción de los ingresos que, en parte, ha sido reconocida por la demandada.

En consecuencia con lo anterior, el recurso debe ser estimado parcialmente en este punto. De los gastos de las hijas (a excepción de la vivienda y el mantenimiento), que ascienden a 1.000 € mensuales (500 para cada hija), han de responder ambos progenitores, fijando a la demandada el 40 % y al actor el 60 %. Se fija, en consecuencia, una contribución directa del actor de 600 €, superior a la de la demandada. Por otra parte se han de subsanar las insuficiencias de la sentencia en lo que respecta a clarificar la distribución de las responsabilidades compartidas.

En este sentido la demandada, que ha de administrar las necesidades escolares de las hijas y el resto de carácter material así como las de vestido y calzado con las aportaciones del actor, deberá rendir cuentas anuales de los gastos, que hará llegar por correo electrónico al demandante anualmente (en el mes siguiente a la finalización del curso escolar). Los cuidados relativos a la salud deben ser atendidos por ambos progenitores, sin perjuicio de informar al otro de las incidencias que puedan producirse.

Las actividades extraescolares deberán ser pactadas previamente a su devengo. Cualquier diferencia que pueda surgir en el desenvolvimiento del ejercicio de la custodia habrá de ser consensuada acudiendo, si fuera preciso, a un proceso de mediación previo al planteamiento de la cuestión ante los tribunales.



Alimentos hijos mayores de edad

Extinción de la pensión

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2013

Habiéndose incorporado al mercado laboral, aunque en la actualidad se encuentra como demandante de empleo, procede extinguir la pensión. Las actividades formativa en las que se encuentra matriculado deben considerarse más como un complemento de su actividad laboral que como una prolongación de su etapa escolar, por lo que se debe concluir que el acceso al mercado laboral es definitivo.

La prueba practicada ha puesto de manifiesto que el hijo mayor de ambos alcanzó ya la mayoría de edad, pues nació el NUM000 de 1988, habiéndose incorporado al mercado laboral, ya que según consta en las actuaciones ha estado trabajando de forma discontinua (folio 19), aunque en la actualidad se encuentra como demandante de empleo. Por otro lado, las actividades formativa en las que se encuentra matriculado deben considerarse más como un complemento de su actividad laboral que como una prolongación de su etapa escolar, por lo que se debe concluir que el acceso al mercado laboral es definitivo. Por otro

lado el padre se encuentra en situación de desempleo laboral percibiendo únicamente una retribución de 426 euros, por lo que dicha cantidad es similar a la que percibe su hijo por la actividad laboral que ha desempeñado. Por ello debe considerarse definitivamente independizado de sus progenitores, aunque actualmente conviva con su madre en el domicilio familiar, por lo que debe cesar la pensión de alimentos establecida en la causa matrimonial, sin perjuicio de la eventual facultad del interesado, si procediera, de ejercer por sí misma el derecho reconocido en los arts. 142 ss CC.

Custodia compartida

Condicionada a que la madre no cambie de residencia

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2013

La concesión de la custodia condicionada a que no cambie de residencia a Tenerife no está limitando la libertad de fijación de domicilio de la madre. Lo que sí está claro es que no se ha acreditado que el cambio de domicilio sea beneficioso para la menor pues las condiciones de vida que tendrá en Tenerife, aparte de inciertas, en ningún caso parece que serán superiores a la que tendrá en Alicante, donde puede estar más cerca de su padre y de la familia paterna

Impugna la parte actora Doña María Inés, la sentencia de instancia en cuanto a la guarda y custodia de la menor que se concede a la recurrente siempre y cuando esta no cambie su residencia a Tenerife, alegando que con esta decisión se limita su libertad de movimientos pues en la situación actual debe establecer su residencia donde se le ofrezca un trabajo.

No se establece una limitación de movimientos para la recurrente que tiene libertad para establecer su residencia donde quiera, pero ello debe ser puesto en relación con el cuidado de la menor que debe rea-

lizarse en beneficio de la misma y no en atención a los intereses de los progenitores.

Ambos padres son extranjeros, la madre en su interrogatorio manifestó que sus condiciones de vida en Tenerife, serán las mismas que en Alicante, donde comparte domicilio con una amiga que le ayudará en el cuidado de la niña cuando esta trabaje, si bien en Alicante donde tiene las mismas condiciones de vida cuenta con la ayuda del padre que parece ser que tiene familia en Alicante, mientras que la actora no tiene familia alguna.

En Tenerife afirma que se le ha ofrecido un trabajo, si embargo no aporta contrato de trabajo alguno, manifestando en el interrogatorio, que cuando llegué a Tenerife firmará el contrato, no da datos sobre el domicilio que tendrá allí, sino que vivirá con una amiga que parece que tiene un negocio de hostelería y es la que le ayudará a cuidar a la niña cuando ella trabaje.

Todas estas circunstancias determinan que el recurso deba ser desestimado pues como manifiesta el Ministerio Fiscal en su informe en ningún caso con

la sentencia se está limitando la libertad de fijación de domicilio de la recurrente, pero en ningún caso se ha acreditado por esta que el cambio de domicilio sea beneficioso para la menor pues las condiciones de vida que tendrá en Tenerife aparte de inciertas en ningún caso parece que serán superiores a la que tendrá en Alicante, donde puede estar más cerca de su padre y de la familia paterna de este, por ello se debe confirmar la sentencia de instancia en todos sus extremos.

Régimen de visitas

Designación de un coordinador parental

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 25 de febrero de 2014

La edad crítica por la que está atravesando la menor y ante el riesgo de ruptura de la relación con el padre, se acuerda designar un coordinador parental que, por delegación del tribunal, facilite y haga un seguimiento del régimen de visitas.

El establecimiento de un sistema de flexibilidad como el que se fija por esta resolución, en base a las facultades de las que el tribunal dispone para modificar y suplir las pretensiones de las partes en beneficio de la hija menor, requiere la asistencia de una tercera persona neutral e independiente, con formación en técnicas de mediación y psicología de la familia, que sirva de puente entre los progenitores y que, al mismo tiempo, pueda ejercer, por delegación del tribunal, las funciones de facilitación y seguimiento del régimen de comunicación paterno-filial, visitas y estancias.

El tribunal tiene plenas facultades para requerir, apercibir e imponer medidas que salvaguarden el interés de los menores. Máxime en un caso como el de autos en el que la niña está alcanzando una edad crítica en la que, si persiste esta situación de falta de colaboración e intransigencia para la distribución de las responsabilidades parentales, la repercusión negativa en la estabilidad y desenvolvimiento de la personalidad de la niña deparará perjuicios irreversibles, incluido el riesgo de ruptura de la relación con el padre, por lo que está justificado imponer una medida de apoyo y seguimiento por un coordinador de parentalidad que preste la ayuda que esta familia necesita para la salvaguarda del interés de la menor.

La persona designada para el ejercicio de la función de coordinador parental deberá presentar ante el juzgado un informe de seguimiento al cabo de los cuatro meses de iniciada su intervención, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional

6.^a de la Ley 25/2010, hasta que proponga la finalización de la intervención.

... Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Manuel, contra la Sentencia de fecha 25 de Julio de 2012, del Juzgado de PRIMERA INSTANCIA nº NUEVE de GAVÀ, en los autos nº 133/2012, sobre modificación de medidas reguladoras del divorcio, en el que ha sido parte actora y apelada D.^a Melisa y el Ministerio Fiscal, revocamos parcialmente la misma en cuanto a lo previsto respecto al régimen de estancias de la menor con el padre, dejando sin efecto la compensación económica establecida; y disponiendo que, en ejecución de esta sentencia, y con la intervención de apoyo de un COORDINADOR DE PARENTALIDAD designado entre los especialistas del Centro de Mediación de Derecho Privado de la Generalitat de Cataluña, que tendrá las facultades precisas para entrevistarse con los miembros de la familia, proponer y supervisar el calendario y programación de las visitas, estancias y comunicación de la niña con el padre, al objeto de ordenar, en interés de la menor, la normalización del régimen de visitas en base a los criterios de flexibilidad señalados en los fundamentos de esta resolución, procurando que se garantice el vínculo afectivo natural de la menor con su padre; la persona designada para el ejercicio de la función de coordinador parental deberá presentar ante el juzgado, en sede de ejecución de sentencia, un informe de seguimiento al cabo de los cuatro meses de iniciada su intervención.

Custodia compartida

Factores a tener en cuenta para su concesión

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia 30 de enero de 2014

El hecho de que la madre se hubiese venido ocupando del menor con carácter prioritario es un factor a tener en consideración para decidir el modelo de custodia, pero no determinante, pues es razonable que tras la ruptura los progenitores adapten sus vidas tanto en el ámbito personal como profesional a la nueva situación para atender individualmente las obligaciones que conlleva la responsabilidad parental.

La modalidad de custodia es el tema central de la controversia en la primera instancia, que también se ha trasladado a la Audiencia con el recurso de apelación. La representación de la madre, parte recurrente, invoca en primer lugar la falta de motivación de la resolución puesto que en ningún momento se ha analizado la idoneidad de los progenitores ni tampoco del sistema en relación con el hijo que ha de vivir en función de la decisión adoptada.

A tal efecto y para fundamentar su petición de custodia exclusiva del menor, la recurrente sostiene que la custodia conjunta puede ser perjudicial para el hijo común, Álvaro (nacido el NUM000.2007), es decir, próximo a cumplir los siete años de edad, y expone cuatro argumentos en su recurso.

El primero es que la experiencia habida en los dos años desde que se dictó el Auto de medidas de enero de 2012, ha sido muy negativa y ha provocado una situación de angustia que está siendo perjudicial para el desarrollo de la personalidad del niño. No es necesario acudir a los dictámenes psicológicos aportados para considerar que este efecto se ha producido efectivamente, pues basta examinar la peculiar batalla que protagonizan las dos partes en este proceso para deducir que la tensión en la que vive el niño no puede conducir más que graves anomalías conductuales. El informe emitido por el servicio de atención a la mujer maltratada EAD, del Ayuntamiento de Barcelona, que goza de especial consideración de objetividad por cuanto se trata de un centro oficial, ha detectado la presencia en el niño de conductas de agresividad, de no aceptación de límites y de impulsividad que son muy características de la dicotomía que está padeciendo en su proceso educativo como consecuencia de la incapacidad de sus progenitores de alcanzar un acuerdo en beneficio del mismo.

Debe ser destacada la actitud negativa de los dos litigantes a procurar un entendimiento que, por otra parte, no presentaría grandes dificultades salvo, como luego se razonará, por el elemento de discordia real que no es la custodia del menor, sino el destino

de la vivienda familiar. De esta forma es imputable al demandado que al iniciarse el proceso de mediación familiar al que fueron invitados por el juzgado, optara por interponer una denuncia penal contra la madre del menor por unas amenazas que han resultado del todo infundadas. Más grave es su conducta al negarse a colaborar con el servicio EAD cuando fue requerido para ello y que, incluso, poniendo en riesgo la estabilidad de su hijo, formulase un requerimiento por burofax denegando su consentimiento para que no se siguiera adelante con el tratamiento e interponiendo una denuncia ante el colegio de psicólogos por haber sido practicada una evolución sobre el menor en contra de su voluntad. Es evidente que antepone sus presuntos derechos paternos a los intereses de un hijo que necesita apoyo psicológico por la situación en la que ha sido situado por sus progenitores.

Por otra parte es imputable a ambos litigantes que no respondieran de forma afirmativa a la invitación que las psicólogas requeridas por una y otra parte les realizaron mutuamente para poder realizar un estudio en profundidad de la conflictividad familiar. La desconfianza derivada del hecho de que tales profesionales han sido conectados por una parte no justifica tal respuesta toda vez que, tratándose de profesionales de prestigio, si objetividad e imparcialidad está fuera de toda duda. Con esta negativa impidieron que pudiera realizarse un trabajo profesional beneficioso en interés del hijo menor.

La recurrente alega también en apoyo de su tesis de obtener la custodia exclusiva del hijo que ha sido ella la que ha cuidado al menor desde que nació, puesto que el padre delega las funciones parentales en la abuela paterna (para lo que incluso ha encargado un informe de detectives que parece excesivo en relación con los fines pretendidos).

El hecho de que la madre se hubiera ocupado del menor antes de la ruptura con carácter prioritario es un factor a tener en consideración, como establece el artículo 233-11.1-d), pero no es determinante puesto que se han de valorar el resto de las circunstancias

que concurren en el presente y que se proyectan para el futuro, y ponderarlas con el interés del menor, como expresa el mencionado precepto. Es cierto en este caso, como alega la recurrente, que el acuerdo de facto habido durante la convivencia de la pareja delegó mayores responsabilidades en la madre, como pone de evidencia el hecho de que ésta solicitase la reducción de su jornada laboral para cuidar del menor.

Mas la distribución de funciones entre los miembros de la pareja respecto al conjunto de obligaciones que se derivan de la convivencia familiar obedece generalmente a acuerdos verbales o tácitos que no marcan el signo de comportamientos futuros tras la ruptura. Una vez producida ésta es razonable que se adapte la organización de la vida de los progenitores en los diversos ámbitos, incluso en el profesional, para poder atender el conjunto de obligaciones que es preciso atender ahora individualmente.

En este sentido debe esta Sala analizar las condiciones de vida del menor de cara al futuro, más que retrotraer el enjuiciamiento al pasado, pues lo prioritario es atender al interés el menor y procurar su estabilidad y bienestar. En este aspecto el hecho más relevante que afecta al padre (que curiosamente es absolutamente silenciado por la representación del padre en un plan de parentalidad que es exhaustivo en circunstancias anecdóticas intrascendentes), y que se pone de relieve por la investigación de los detectives contratada por la recurrente, es que cuenta con una nueva pareja con la que mantiene una relación estable, así como con el apoyo incondicional de la abuela materna, circunstancias ambas que deben ser valoradas muy positivamente para la cabal comprensión de que el padre tiene un entorno idóneo para dar acogida al menor cuando ha de tenerlo en su compañía.

La conclusión de lo anteriormente analizado es que es la modalidad de custodia compartida en la

forma establecida es, sin lugar a dudas, beneficiosa para el niño que en este momento, en caso de alterar el sistema que viene implantado desde hace más de dos años, sufriría un trauma psicológico al no entender las razones del cambio, precisamente cuando ha superado la etapa de adaptación a la forma de vida que le ha correspondido vivir, basada en que sus progenitores no conviven juntos, y tienen familias independientes, sin que ello sea obstáculo para que se encuentre insertado en ambas de forma positiva.

Por lo que se refiere a la alegada mala relación entre los litigantes es de considerar que, si bien esta circunstancia, puede tener su trascendencia en lo que se refiere a la medida establecida por la sentencia de primera instancia de compartir la vivienda con el sistema conocido como “casa nido”, no es determinante para una modalidad de ejercicio de la parentalidad basado en la custodia conjunta. En este sistema lo esencial no es que los progenitores tengan una relación amistosa, sino fundamentalmente que se respeten y tengan la capacidad de establecer pautas mínimas colaborativas en beneficio del hijo común.

Del visionado del juicio y de la actitud de los litigantes en el proceso esta Sala alcanza la conclusión de que ambos progenitores mantienen un alto interés común compartido por la estabilidad y bienestar de su hijo. De igual forma la actitud de ambos es respetuosa mutuamente y comparten la opinión de los fuertes vínculos de apego que el niño tiene con uno y otro, lo que pone de relieve con absoluta claridad que no es un rechazo real de la recurrente a compartir la custodia, sino más bien a las circunstancias y al modelo que se ha implantado. Lo que debe ser ponderado para la implantación de la custodia compartida es que resulte beneficiosa para el hijo (el interés del menor) como también ha destacado el TS en sus sentencias nº 623/2009, de 8 de octubre y nº 323/2012, de 25 de mayo.



Gastos extraordinarios

Matrícula de la universidad

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2013

La matrícula en las universidades públicas está subiendo de forma notable, hasta el punto de vedar el acceso a la misma en algunos casos por lo que puede considerarse, aun siendo gasto corriente de educación, excepcionalmente como extraordinario

En cuanto a los gastos extraordinarios, esta Sala ha dicho en sentencia de 25/5/2012: “Los gastos extraordinarios del menor serán satisfechos por mitad, previa presentación de factura, en los términos que a continuación se expondrá: La pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas, ordinarias y normales de los hijos señaladas en el artículo 142 en relación con el 154 del Código Civil, esto es, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y, en definitiva, formación integral, todo ello entendido conforme al status familiar; son gastos ordinarios los uniformes, libros escolares, matrícula, excursiones escolares, comedor escolar, gastos médicos y de farmacia habituales, gafas y dentista. Estos gastos no precisan del consenso previo de los progenitores ni autorización judicial para su devengo, sino que el acreedor a cuyo cargo se encuentran los beneficiarios puede disponer de la pensión discrecionalmente en ejercicio de la administración doméstica. Sí son gastos extraordinarios los que suponen un tratamiento médico no habitual, así como viajes de especial duración y clases particulares, sean deportivas, culturales o de otra naturaleza, así como cualesquiera otras que revistan la suficiente entidad como para que se deriva de ello un grave perjuicio para algunos de los intereses en relación a la situación de equilibrio entre los progenitores. Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia, pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable que por ello no pueden incluirse en la pensión ordinaria, a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones (personal y económica). Ello no significa que hayan de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, asistencia por terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que puedan ser accesorios (por ejemplo, operaciones quirúrgicas cubiertas por la Seguridad Social que, sin embargo, se practica en centros privados) o, simplemente, complementarios (viajes de estudios, clases particulares,

etc.). Consecuente con lo anterior, y para evitar que el cumplimiento de las obligaciones quede al arbitrio de una de las partes, lo que vulneraría el artículo 1.256 del Código Civil, la regla general es que los gastos extraordinarios deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía y, a falta de acuerdo, que sea autorizado judicialmente. Excepcionalmente, en evitación de que se causen perjuicios irreparables a los hijos, lo que contraviene lo preceptuado en el 158 del Código Civil, y, en general, el principio del favor filii y las normas sobre protección de menores, los gastos inaplazables y, por ende, que no toleran demora sin grave riesgo o daño del hijo, pueden ser autorizados judicialmente a posteriori si concurriera discordia entre los obligados”.

La Ley Valenciana 7/2011 en su artículo 7 dice “En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial”. En cuanto a los primeros se refiere claramente a la llamada enseñanza privada.

Ciertamente en estos tiempos, (art 3 CC), la matrícula en las universidades públicas está subiendo de forma notable, hasta el punto de vedar el acceso a la misma en algunos casos. De manera, que con arreglo a lo razonado supone una cantidad estimable, por lo que puede considerarse, aun siendo gasto corriente de educación, excepcionalmente como extraordinario, también lo son siempre los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social.

En definitiva matrícula universitaria y gastos médicos no cubiertos por la seguridad social son extraordinarios y habrán de afrontarse por mitad por los progenitores.

Regímenes económicos matrimoniales

Negocio simulado en la adquisición de las fincas

AP Málaga, Sec. 6.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2013.

Para lograr que se declare que las fincas son privativas del esposo por existir un negocio simulado habría que impugnar en el procedimiento que corresponda las escrituras públicas ya que en fase de formación de inventario no cabe la posibilidad de declarar la simulación de la compraventa.

Se impugna en el recurso de apelación la inclusión en el activo de las fincas rústicas numeradas en el fallo de la sentencia como 7.1, 7.2 y 7.3, reiterando que son fincas privativas del esposo: las dos primeras porque los contratos de compraventa elevados a público en escrituras otorgadas el 25 de Enero de 1978, en las que los tíos paternos del esposo venden esas FINCA000 éste, son contratos simulados al encubrir en realidad una donación que efectuaba el padre del esposo a su hijo, al ser el primero el verdadero propietario de las fincas, y no sus hermanos que figuran como vendedores en dichos contratos, simulación que ha quedado acreditada con la documental y testifical practicada en el acto del juicio; y respecto de la tercera, las pruebas documentales y testifical acreditan que fue comprada en Octubre de 1996 por el esposo con el dinero obtenido en venta de bien privativo realizada el 23 de Febrero de ese mismo año. Entrando a resolver sobre esta primera cuestión, al establecer el artículo 1347.3 CC que son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, han de incluirse las fincas rústicas designadas 7.1, 7.2 y 7.3 en el activo al constar documentalmente su compra por el esposo vigente la sociedad de gananciales, resultando que en este procedimiento, cuya única finalidad es la formación de inventario a efectos de una posterior liquidación de la sociedad, no puede quedar desvirtuado por la documental y testifical en la que insiste la recurrente y así, en relación a la adquisición de las fincas 7.1 y 7.2, al haberse hecho constar el carácter ganancial en las escrituras de compraventa de las mismas (se indica que D. Pascual está casado con D.^a Carmela), no se trata de que exista una presunción iuris tantum, y, por lo tanto, destruye por prueba en contrario, respecto de que esos bienes sean gananciales, sino que, por el contrario, lo que concurre es la certeza de su carácter ganancial, y así, como indica la Resolución de la DGRN de 10 de Enero de 1994, la posibilidad cierta de destruir la presunción de ganancialidad tienen unos límites que no pueden rebasar los de la propia presunción, que no

actúa con carácter de generalidad, superponiéndose a todas las normas que atribuyen tal carácter a determinados bienes del matrimonio, si no que, dentro de éstos, se ha de distinguir los que tienen la cualidad de gananciales en virtud de la propia presunción (como los bienes muebles que carecen de título conocido o los propios bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad cuando no consta expresamente que la adquisición se realizó para la sociedad conyugal), la cual, por consiguiente, puede ser contradicha y destruida, de aquellos otros que reciben aquella cualidad del título de adquisición (art. 1347 del CC) o por la voluntad de los adquirentes (art. 1355 del CC). Debe indicarse que para lograr que se proclame que son privativas del esposo en base a contener dichas escrituras un negocio simulado, habría que impugnar en el procedimiento que corresponda las propias escrituras públicas, y así, si bien el artículo 808.2 LEC, en relación a la fase de formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales, dispone que “la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas”, ha de entenderse que estas cuestiones serán las referidas a la formación de inventario de la comunidad matrimonial, en las que no cabe la posibilidad de declarar la simulación de un contrato, lo que afectaría a terceros que lógicamente no son parte en un procedimiento que se entabla exclusivamente entre ambos cónyuges. Respecto a la finca 7.3, su adquisición por el esposo no consta documentada, no obstante, ya fuera realizada en 1996 o en 2006, tuvo lugar vigente la sociedad de gananciales y, en consecuencia, igualmente debe ser incluido en su activo conforme al referido artículo 1347.3 CC pues aunque hubiera tenido lugar ocho meses después de la venta de un bien privativo, no existe rastro alguno sobre el nexo causal entre ambos negocios y, en todo caso, aunque se hubiera llegado a acreditar (que no se ha hecho) que el dinero obtenido por el esposo en la venta de bien privativo se invirtió en la compra de esa parcela en Octubre del mismo año, tampoco habría quedado acreditado que los cónyuges no acordaran atribuirle la condición de gananciales (artículo 1355 CC).

Pensión compensatoria

Concesión a pesar de escasa duración del matrimonio

AP Badajoz, Sec. 2.^a, Sentencia de 20 de enero de 2014

Aunque la convivencia no fue prolongada, pues sólo duró unos cuatro años, y no hubo descendencia, se fija una pensión compensatoria temporal dado que la esposa dejó su trabajo en Perú para contraer matrimonio.

El apelante, D. Dámaso, sólo impugna la Sentencia de instancia en el pronunciamiento relativo al reconocimiento a favor de la Sra. Gracia, de una pensión compensatoria de 250 euros mensuales, interesando que, o bien, se suprima el derecho al percibo de tal pensión, al no concurrir en la apelada los requisitos necesarios para ello, según el Art. 97 CC.; o bien, se reduzca a sólo 100.- euros, por razón de los ingresos del obligado al pago.

El recurso no puede prosperar, habida cuenta de que, la prueba practicada acredita la concurrencia de los requisitos que el Código Civil exige para el reconocimiento del derecho a pensión compensatoria.

Así, en efecto, como tiene dicho de manera reiterada, la jurisprudencia, es finalidad esencial de tal pensión el paliar el desequilibrio económico que la separación, nulidad o divorcio irroga a un cónyuge respecto del otro y de la situación de que disfrutaba constante matrimonio. Generalmente, como es el supuesto que hoy nos ocupa, la beneficiada con ese pronunciamiento acostumbra a ser la mujer, por su mayor dedicación a la familia y al hogar, en muchas ocasiones en detrimento de su propia formación y realización personal; situación, en ocasiones, que, al prolongarse en el tiempo implica que, al producirse la disolución del vínculo marital, por la edad y escasa calificación profesional, se halle ante una importante limitación para acceder al mercado laboral y además restringido a aquellas actividades retribuidas de forma precaria.

Por tanto, el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión compensatoria estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno de las esposas antes y después de la ruptura. Los factores determinantes del reconocimiento del derecho a obtener pensión compensatoria son numerosas y de imposible enumeración, destacándose en el propio Art. 97 CC. Y sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: edad, duración efectiva del matrimonio, dedicación al hogar y a los hijos, estado de salud,

trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su calificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del preceptor, facilidad de acceder a un trabajo remunerado; posibilidades de reciclaje o volver al anterior trabajo, que se dejó por el matrimonio; preparación y experiencia laboral o profesional.

Y, en fin, el presupuesto básico, de la existencia de desequilibrio económico entre los cónyuges, ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y debe traer su causa de la dicha ruptura.

Como quiera, entonces, que, en el supuesto enjuiciado, la demandante/apelada, presenta, a raíz de la ruptura de la convivencia conyugal con el Sr. Dámaso -conciencia que se prolongó durante más de cuatro años- una situación de desequilibrio económico, pues, durante el matrimonio, los únicos ingresos que obtenían los cónyuges procedían excesivamente del marido, al haber tenido que abandonar su anterior trabajo, por razón de las propias nupcias, la hoy apelada, quien antes de su unión matrimonial, trabaja en Perú, trasladándose, después, de las nupcias, a vivir a España junto con su marido, no volviendo a trabajar desde entonces, sino solamente durante dos meses -entre noviembre de 2011 y febrero de 2012- como empleada de hogar en Badajoz.

Atendiendo, por lo demás, a la edad de la acreedora -de 30 años-; su calificación profesional (estudios de secretariado, en Perú), la dedicación durante los años de convivencia conyugal, al cuidado del hogar y de su excónyuge, y, en fin, la situación actual del mercado laboral, entendemos que concurren los requisitos precisos para el reconocimiento del derecho a pensión compensatoria, en la cuantía y por el periodo de tiempo que señala la Sentencia de instancia, máxime cuando no consta que el obligado al pago de la pensión haya sufrido empeoramiento económico alguno respecto de su situación constante matrimonio.

Regímenes económicos matrimoniales

Cálculo del pro indiviso de bien privativo y ganancial

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2013

Para el cálculo del pro indiviso sólo se tendrán en cuenta las cantidades abonadas durante el matrimonio por el principal del préstamo sin incluir intereses, y deberá tomarse como referencia el precio de compra del inmueble. La amortización del préstamo pendiente tras la disolución de la sociedad de gananciales será asumida en exclusiva por el esposo que fue quien adquirió el inmueble antes de contraer matrimonio.

La parte apelante impugna el pronunciamiento judicial por el que se decide la controversia suscitada a la hora de la formación del inventario respecto de la determinación de la proporción de la titularidad privativa y ganancial sobre uno de los elementos del activo, la vivienda que constituyó el domicilio familiar, adquirida por don Pablo Jesús en estado de soltero y sufragada parcialmente a cargo de la sociedad de gananciales durante la vigencia de la misma; concretándose la controversia en si, para la determinación de la proporción de la titularidad privativa y ganancial sobre la vivienda, han de computarse sólo las cantidades satisfechas en concepto de precio de compra de la vivienda (tesis de la parte demandada apelada, acogida por el Juzgador a quo), o si también han de ser tenidas en cuenta las cantidades satisfechas en concepto de intereses remuneratorios devengados en el marco del préstamo hipotecario formalizado para la financiación de la compra del inmueble.

La parte actora basa su pretensión en que desde que se adoptó la medida alimenticia se ha producido una alteración de las circunstancias fácticas que ha de calificarse de sustancial, ya que ha tenido conocimiento de que por parte del padre de los hijos menores se dispone de una importante cantidad en efectivo tras la venta de una finca, dinero que recibió inicialmente a través de una entrega a cuenta en marzo de 2005 (60.000 euros) y el resto a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, en enero de 2009 (811.467 euros); encontrándose el demandado en una situación económica muy distinta a la que conocía la demandante en el momento de la fijación de la pensión de alimentos.

La ratio decidendi de la resolución judicial radica en las siguientes consideraciones: Respecto a la primera de las cuestiones, habrá de excluirse del cómputo los intereses que genere el préstamo hipotecario dado que el valor de la vivienda que se computa es el inicial tasado en la escritura de constitución de la hipoteca y no el valor final del inmueble, pues dado el tipo de interés variable del préstamo este último dato

sólo se sabría a la finalización del préstamo. Por tanto en la referida operación de cálculo porcentual sólo se tendrá en cuenta, de las cantidades abonadas, las que corresponden a amortización de capital sin la parte de intereses correspondientes (Fundamento de Derecho Segundo).

... La parte apelante denuncia infracción del art. 1.354, en relación con el art. 1.357, ambos del Código Civil, en relación con la jurisprudencia que los interpretan. Mantiene la apelante, en contraposición con el pronunciamiento judicial impugnado, que existe doctrina jurisprudencial consolidada que establece que para determinar el cálculo del porcentaje ganancial, ha de tenerse en cuenta el real dinero total abonado, computándose los intereses y no sólo el principal abonado, siendo esta la finalidad perseguida por el legislador; invocándose en apoyo del expresado criterio diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, entre ellas una de esta misma Sala (SAP Málaga, sec. 6ª, de 10 diciembre 2009). Se rechazan por la apelante las consideraciones de la sentencia apelada acerca de la imposibilidad de conocerse el dato del precio final de la vivienda, computados principal e intereses del préstamo hipotecario, al ser éstos últimos de carácter variable, ignorándose su cuantía hasta la definitiva amortización del préstamo; alega la apelante que conocidos el precio inicial, lo abonado por el esposo antes del matrimonio, lo abonado constante el mismo y lo pendiente a su disolución, es perfectamente posible, mediante simples operaciones aritméticas, calcular el porcentaje perteneciente a la sociedad de gananciales.

A la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso, esta Sala comparte el criterio del Juzgador a quo, reflejado en el pronunciamiento de la sentencia apelada, en el sentido de entender que para determinar la proporción en que la vivienda que constituyó el domicilio familiar de los cónyuges corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge que la adquirió antes de la celebración del matrimonio, conforme al criterio legal de atender al

valor de las aportaciones respectivas (art. 1.354 CC), ha de tomarse como referencia el precio de compra del inmueble, computándose las cantidades respectivamente satisfechas por el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales en concepto de pagos a cuenta de dicho precio, excluyéndose las cantidades entregadas en concepto de intereses, los cuales, al ser variables, no permiten su cuantificación, teniendo en cuenta que en la escritura de préstamo hipotecario se pactó una amortización por medio de 360 cuotas mensuales, esto es, en 30 años, finalizando en el año 2033.

Las alegaciones de la parte apelante, en el sentido de que conocidos el precio inicial, lo abonado por el esposo antes del matrimonio, lo abonado constante el mismo y lo pendiente a su disolución, es perfectamente posible, mediante simples operaciones aritméticas, calcular el porcentaje perteneciente a la sociedad de gananciales, han de ser rechazadas, habida cuenta que, por las razones antes expuestas (tipo de interés variable y tiempo de amortización del préstamo), existe plena incertidumbre sobre uno de los parámetros cuantitativos necesarios para la determinación del porcentaje de ganancialidad de la vivienda, cual es la cantidad pendiente a la disolución de la sociedad de gananciales, conocida respecto del capital pero imposible de conocer en cuanto a los intereses, dado su carácter variable y la pendencia de un dilatado período de amortización, que en este caso va a ser asumida exclusivamente por el esposo tras la disolución de la sociedad ganancial.

También es merecedora de rechazo la invocación que hace la parte apelante de una precedente resolución judicial de esta misma Sala (SAP Málaga, sec. 6ª, de 10 diciembre 2009), en apoyo de su pretensión impugnatoria, habida cuenta la falta de identidad del supuesto de hecho enjuiciado en una y otra resoluciones. Efectivamente, en el precedente invocado por el apelante se trataba de una vivienda adquirida en pro indiviso por los esposos, al 50% cada uno de ellos, con anterioridad a la celebración del matrimonio, lo que significa que, en observancia de lo prevenido en los artículos 1354 y 1357 CC, el bien inmueble pertenecía en pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los esposos en particular, planteándose la cuestión de en qué porcentaje a favor de una y de otros, para lo cual se consideró acertado el criterio judicial de atender a las cantidades que en concepto de principal e intereses fueran satisfechas antes de la celebración del matrimonio y cuáles otras vigente el matrimonio; siendo así que, en aquél supuesto, la amortización de la parte del préstamo pendiente tras la disolución de la sociedad de gananciales corría a cargo de ambos esposos, al 50%, en atención a su cotitularidad indivisa de la vivienda. Circunstancia, la expresada, que no concurre en el caso aquí enjuiciado, en el que la amortización pendiente tras la disolución de la sociedad de gananciales es asumida, al igual que los pagos realizados antes del matrimonio, por uno sólo de los cónyuges, el esposo apelado.

Pensión compensatoria

Extinción por cambio de circunstancias

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2013

El ex esposo percibe un subsidio de desempleo de 426 euros ante lo cual este tribunal sí estima que ha desaparecido la causa que motivó el establecimiento de la pensión compensatoria, por lo que procede su extinción, y no la suspensión de la misma hasta que el deudor mejore de fortuna.

Ambas partes impugnan el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se reduce a 100 euros mensuales el importe de la pensión compensatoria. La Sra. Mariana pretende el mantenimiento de la que venía acordada de 250 euros, alegando que la situación económica del demandado es transitoria e interesando, subsidiariamente, la suspensión de la obligación de pago. Por su parte, el Sr. José María insiste en su empeoramiento de fortuna para justificar la petición de supresión de la pensión.

...Este tribunal al comparar las situaciones econó-

micas del actor al separarse en 2004, donde su base reguladora de las cotizaciones a la SS como empleado era de 2350 euros, con la existente en 2011 en la que percibía una prestación por desempleo de 1144 euros, o por último con la actual en la que percibe un subsidio de desempleo de 426 euros, concluye que se ha producido un progresivo y muy importante empeoramiento de la capacidad económica del Sr. José María que diluye y hace desaparecer el desequilibrio económico que se advirtió en 2004.

La eventualidad de una pensión de jubilación a

partir del 4 de agosto de 2015 por un importe estimado de unos 1500 euros, no pasa de ser un futuro, pues como indica el perito el cálculo de las pensiones se realiza sobre un estado de cosas que no puede afirmarse que vaya a permanecer inmutable. La incertidumbre sobre esa pensión futura impide tomarla en consideración para resolver acerca de la supresión o no de la compensatoria. Pero es que es más, aunque la incertidumbre no existiera, lo relevante es la situación actual en la que los únicos ingresos de que dispone el Sr. José María desde febrero de 2012 se limitan al percibo del subsidio de desempleo.

En consecuencia, este tribunal sí estima que ha desaparecido la causa que motivó el establecimiento de la pensión compensatoria, por lo que procede su extinción, y no la suspensión de la misma hasta que el deudor mejore de fortuna, porque es reiterada la posición de este tribunal de que el incremento de las posibilidades económicas del deudor de la pensión compensatoria no suponen un incremento de la misma.

Vivienda familiar

Extinción uso de los hijos mayores de edad

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 23 de octubre de 2013

Ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. Por ello, debe declararse extinguida la atribución del uso de la vivienda familiar.

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyen-

do a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual

«No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Teniendo en cuenta lo antes recogido en el caso de autos ha de señalarse que 1º que se separaron por sentencia de fecha 30-11-1998, es decir, hace 15 años, atribuyéndose el uso de la vivienda a la esposa e hijos, al ser menores de edad, 2º que en la actualidad la hija menos, Carolina tiene ya muy cumplidos los 28 años de edad, 3º que tanto el esposo como la esposa tienen medios económicos similares, percibiendo el esposo una pensión por incapacidad de

957'63 euros, en tanto la esposa trabaja en la Fe, percibiendo unos 963'29.

Así las cosas estima la Sala que ya ninguno de los cónyuges tiene un interés más necesitado de protección, lo que aconseja no mantener la atribución del uso a favor de la esposa, no sólo por la absoluta igualdad existente entre los mismos, sino asimismo por el largo período de tiempo durante el cual ha disfrutado de dicho uso, debiendo por tanto procederse a su venta o adquisición por un de los cónyuges, a fin de que de esa manera puedan ambos disfrutar ya de la misma, por lo que se limita su uso, igualmente, a un plazo de 6 meses a contar desde la presente sentencia.

Vivienda familiar

Acción de desahucio por precario

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2013

Procede estimar la acción de desahucio por precario pues aún cuando el padre pueda resultar en un futuro propietario del inmueble, la realidad es que en la actualidad la vivienda familiar pertenece a la comunidad hereditaria.

El supuesto de hecho se refiere a la declaración de precario en la ocupación de la demandada de la vivienda sita en el n. NUM000, planta NUM001 de la CALLE001 de la localidad de Montalbán, siendo aquella ex esposa del hijo y hermana de las demandantes, habiendo convivido el matrimonio en esa vivienda hasta su disolución en virtud de sentencia de fecha 16.3.2012 del Juzgado de referencia. La sentencia viene a estimar la demanda, primero, dando la consideración de precario, no comodato, al uso de que se trata, trayendo a colación la jurisprudencia sentada, sobre esa situación en relación vivienda ocupada por un matrimonio cuando se le cede por los padres de alguno de los cónyuges, y que no atribuye la consideración de título justificativo de esa posesión a la atribución de ese uso al cónyuge demandado por sentencia recaída en causa matrimonial.

La impugnación que se formula se viene a referir a una cuestión que efectivamente no ha sido tratada en la sentencia, cual es que existía título en tanto que iniciando el uso de la vivienda en 1995, en esos momentos y ahora la vivienda en cuestión formaba parte de la finca registral NUM002 de la localidad de Montalbán, Registro de la Propiedad de Montilla, en el que existían dos viviendas y locales. Por lo tanto, el ex esposo de la demandada era copropietario de la vivienda, como lo es del inmueble en el que ella se encuentra.

Efectivamente la sentencia no da respuesta a esa cuestión en tanto que lo que trata es la situación de vivienda cedida por padres a uno de sus hijos para vivienda familiar, y luego esa situación, matrimonio en este caso, desaparece, pasando a ser el ocupante el otro cónyuge. El caso de autos estamos en un caso en el que la vivienda forma parte de finca registral, descrita en el Registro de la Propiedad como solar (documento n. 1 de la demanda) sin división horizontal en la que existen -y no se discute-, al menos desde 1995, dos pisos y locales, adquirido en su día con carácter ganancial por la Sra. Otilia y su esposo el Sr. Nicanor, éste resulta que falleció el 15.3.1991 (documento n. 2 de la demanda), la titularidad de los bienes del fallecido pasó a la comunidad hereditaria constituida por los tres hijos del matrimonio (Florencia, Regina y Adriano, con la cuota legal usufructuaria de la viuda, Sra. Otilia, aquí demandante). De esta forma, el matrimonio integrado por don Adriano y la actual demandada ocupaban el piso NUM001, y su hermana Florencia el de planta NUM003. Aquí se dice que el título que excluiría la situación de precario sería la copropiedad del esposo de la demandada sobre el inmueble en su totalidad, y la cesión del uso de la misma a ésta al haberlo acordado así en la causa matrimonial, y que sancionó la sentencia allí dictada.

No consta ni que se haya disuelto la sociedad de gananciales integrada en su día por la demandante

Sra. Otilia y su esposo, el fallecido Sr. Nicanor, ni, mucho menos, que se haya producido la partición hereditaria de la herencia de este último, al objeto de que pudiera decirse que el hijo de ambos y esposo de la demandada, don Adriano, fuera propietario exclusivo de la vivienda de autos, cosa que tampoco se invoca, pues se habla, como antes se indicaba, de situación de copropiedad del mismo junto con sus hermanos y madre sobre el total inmueble.

No es objeto de discusión, ni puede serlo que por título no puede ser tenida la atribución judicial en causa matrimonial, pues esto se hace entre partes, sin que en ningún modo pueda vincular a quienes no lo sean, y en este caso, consta tanto por la intervención como demandantes, de madre e hija, y por el testimonio de la otra hija, doña Florencia, que aquí se ha procedido con el consentimiento de, al menos, la mayoría de la comunidad hereditaria, con lo que no puede vincular a la misma lo que, en su caso, pudiera vincular a uno de sus integrantes, don Adriano.

Se trataría por tanto de qué calificación jurídica pudiera merecer el uso por uno comunero de una cosa titularidad de la comunidad. La sentencia de esta misma Sala de 9.5.2012, rollo 158/2012, refiriéndose a un caso de posesión exclusiva de un bien hereditario por una interesada en la herencia, frente a la que otros interesados, los herederos testamentarios, que ejercitan una acción de desahucio, se le reconoce legitimación, como se le hacía sentencia de esta misma Sala de 5.10.2011 (rollo 279/2011) que cita entre otras la 4.4.2008 de la sección 3ª de esta misma Audiencia Provincial, y recoge la tesis de la posibilidad de precario contra coheredero, haciéndose

se eco de la sentencia 16.9.2010, recurso 547/2010, antes citada, que atribuye al heredero que posee de forma exclusiva una cosa de la herencia la condición de precarista. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28.2.2013, recurso 312/2010, remitiéndose, entre otras, a la de 16.9.2010 que abordaba la posibilidad de desahucio por precario por la mayoría de los herederos contra el heredero minoritario que ocupa una cosa de la herencia en situación de indivisión, indica que si algún heredero, hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada. Hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario. La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados. En idéntico sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 18.1.2010, recurso 1994/2005, reconoce legitimación para accionar por precario, a copropietaria contra cónyuge del otro copropietario, que pase a ser el usuario por sentencia de causa matrimonial, de la vivienda que fue familiar y en copropiedad.

Con esto se quiere decir, primero, que el uso que venía haciendo el matrimonio integrado en su día por la demandada y don Adriano, no tenía la consideración otra consideración que la de precario; y segundo, que si ese era el título vigente el matrimonio, no otro podía ser el que tiene la demandada una vez disuelto el matrimonio, sin que la atribución judicial lo venga a modificar, ni mucho a menos a mejorar.



Regímenes económicos matrimoniales

Quando el único bien que existe en el activo de la sociedad de gananciales es la vivienda familiar ¿Puede acordarse por el Juzgado que se adjudique a uno de los cónyuges con la obligación de abonar al otro, en metálico, el importe de la mitad del inmueble?

No se cumple con el criterio de equidad cuando el principal activo ganancial es un inmueble materialmente indivisible y su adjudicación a uno u otro de los cónyuges impone la obligación de abonar una importante compensación en metálico, y dicha opción es rechazada por

ambas partes. Por otro lado, no debe favorecerse que se perpetúe la copropiedad, ante lo cual lo procedente es acordar la venta en pública subasta que tiene amparo normativo en el artículo 1.062.

Cuestiones procesales

¿Qué pasa si durante la tramitación de un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo se produce un acto de violencia?

De conformidad con lo establecido en el art. 47 bis de la Lec, la competencia pasaría al Juzgado de Violencia, pero como en el citado precepto no se contempla el caso específico del procedimiento de mutuo acuerdo (en el citado precepto se hace referencia a “salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral”), la cuestión a resolver será cuándo es procedente la inhibición del juzgado de familia en favor del Juzgado de Violencia. La respuesta nos la da el Auto del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2007: En caso de procedimiento de mutuo acuerdo o instado por uno de los cónyuges con

el consentimiento del otro, dada la inexistencia del juicio oral en su tramitación, habrá que entender que la comparecencia para la ratificación del convenio opera como límite equivalente al de la fase del juicio oral en los procedimientos contenciosos para la inhibición a favor del Juzgado de Violencia. Quiere esto decir, que una vez que los cónyuges se han ratificado en la demanda y en el convenio regulador ya no cabe la inhibición debiendo continuar su tramitación el procedimiento de mutuo acuerdo hasta el dictado de la Sentencia.

Pensión compensatoria

Los cónyuges pactaron en el convenio una pensión compensatoria de carácter indefinido “aún para el caso de que la esposa contraiga nuevo matrimonio o establezca su relación matrimonial con pareja estable extramatrimonial, o aun cuando obtenga ingresos económicos procedentes de su actividad laboral”. El ex esposo ha presentado una demanda solicitando la nulidad de la cláusula por considerar que infringe lo establecido en el art. 101 del CC ¿Puede estimarse esta pretensión?

Entendemos que no, ya que de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos recogido en el art. 1255 del C.Civil, ambas partes consensuaron y aceptaron mutuamente los pactos del convenio regu-

lador sin que se constate infracción alguna del art. 97 y 101 del C.Civil, debiendo primar la voluntad de las partes y su finalidad en cuanto a la pensión compensatoria establecida.

TENDENCIAS ACTUALES EN DERECHO DE FAMILIA: LAS XXI JORNADAS DE LA AEAFA

Los pasados días 7 y 8 de marzo se celebraron en Madrid las XXI Jornadas de Derecho de Familia que organiza la AEAFA .

Un año más volvió a sorprenderme tanto el altísimo nivel de los ponentes como el número y calidad de los asistentes: casi 500 personas llenaban un inmenso salón del Hotel NH Eurobuilding en el que estaban presentes los mejores juristas especializados en familia de todas las comunidades autónomas españolas (abogados, catedráticos, magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales).

Lo primero que me sorprendió fue el anuncio de que el tantas veces mencionado anteproyecto de custodia compartida no parece que se vaya a aprobar próximamente pues, según las informaciones que se dieron, no está entre las prioridades del Gobierno. Una pena, la verdad, porque pese a que ejerzo en Cataluña y nosotros ya tenemos como forma preferente la custodia compartida desde hace tres años, muchas otras CCAA esperaban con mucho interés y esperanza dicho anteproyecto.

Las ponencias que durante un día y medio se efectuaron por Magistrados del Supremo, del Constitucional, de diferentes Audiencias Provinciales y Juzgados especializados, dejaron claras las tendencias del derecho de familia actual, que yo sintetizaría en las siguientes conclusiones:

1º.- La judicatura es cada vez más sensible a considerar que la mejor opción para los hijos es la custodia compartida, si bien la misma no tiene porque equipararse a un reparto idéntico de los tiempos de estancia con ambos progenitores sino de las responsabilidades parentales.

2º.- Que la realidad social avanza a pasos agigantados sin que, en muchas ocasiones, se pueda dar una adecuada respuesta jurídica. Y en este sentido se comentaron la recientes Sentencias del Supremo sobre vientres de alquiler y la filiación de la hija de una pareja lesbiana.

3º.- La ratificación de que las parejas de hecho no se pueden equiparar al matrimonio y que no están protegidas constitucionalmente.

4º.- Los derechos de los abuelos y demás familiares y allegados a relacionarse con los menores, con especial incidencia en los problemas que plantea cuando las relaciones entre los adultos son malas, manifestándose también que las visitas que se establezcan a favor de estos no pueden ser equiparables a las del custodio.

5º.- Las diferentes formas jurídicas previstas para la protección de las personas con discapacidad, analizándose de forma crítica la actuación de la Fiscalía en este tipo de procedimientos.

6º.- La complejidad cada vez mayor del derecho sucesorio y la existencia de diferentes figuras jurídicas que nos permiten regular nuestra futura posibilidad de devenir incapaces, destacando la utilidad de los poderes preventivos y la autotutela.

7º.- Carolina Marín Pedreño, abogada española y solicitador inglesa, constató que las ADR (Alternative Dispute Resolution) son una realidad cada vez mas frecuente en Inglaterra, país que además de apostar por la mediación y el arbitraje familiar es la cuna de los "abogados colaboradores" que son aquellos que se comprometen con sus clientes para llegar a un acuerdo sin intervención judicial de tal modo que, si las negociaciones se rompen, las partes deben acudir a abogados diferentes.

8º.- Por último, Javier Pérez Martín, Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Córdoba comentó las ultimas tendencias jurisprudenciales y legislativas en derecho de familia, destacando su propuesta (con la que coincido plenamente) de cambiar la tramitación de

los procesos de separación y divorcio para que pasen a tramitarse por el procedimiento de Juicio Ordinario que permitiría una mayor garantía y seguridad jurídica a las partes.

En definitiva, esta claro que el derecho de familia avanza a pasos agigantados hacia una complejidad que lo aleja cada vez mas de esa concepción de derecho “fácil” que muchos otros abogados todavía tienen y que hacen absolutamente necesario que las personas que tienen que regular su crisis familiar acudan a un abogado especializado en familia.

No me queda mas que felicitar al Presidente Gonzalo Pueyo y a la Junta de la AEFA que han hecho un excelente trabajo organizando estas Jornadas y, en especial, a dos grandes juristas a las que respeto profesionalmente y aprecio mucho personalmente: Gabriela Domingo y Lola Azaustre, organizadoras de las Jornadas a quien no puedo más que volver a expresarles mi profundo agradecimiento por tan brillantemente organización y por permitirme, de este modo, continuar profundizando en mi querido y mal valorado derecho de familia.

Carmen Varela Álvarez

PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA DE MURCIA: UNA GRAN SORPRESA

Los pasados días 3 y 4 de abril, Lola López-Muelas, abogada de la AEFA, organizó las “I Jornadas de Derecho de Familia” de dicha asociación en la ciudad de Murcia, con un éxito tan rotundo que asistieron casi 200 abogados de toda España y diversos juristas de reconocido prestigio.

Es de destacar la acertada selección de los temas que se trataron, así como los excelentes ponentes elegidos por Lola, que hicieron que todos los asistentes disfrutáramos, aprendiéramos y debatiéramos sobre temas tan candentes como la custodia compartida, el uso de la vivienda familiar, la sustracción internacional de menores y los Reglamentos Europeos sobre elección de ley aplicable a la separación o al divorcio.

De las ponencias que durante un día y medio se debatieron podríamos extraer las siguientes conclusiones:

1ª.- La importancia de conocer los Reglamentos Europeos en materia de separación y divorcio, ya que forman parte de nuestro derecho interno. Y, en este sentido, debe recordarse que el Reglamento 1259/2010 permite que cónyuges de diferente nacionalidad elijan la ley que quieren aplicar a su divorcio, evitándose de esa manera el “forum shopping”, siendo necesario recordar que, sin embargo, dicho reglamento no resulta aplicable a las parejas de hecho.

2ª.- Que la realidad social avanza a pasos agigantados sin que, en muchas ocasiones, se pueda dar una adecuada respuesta jurídica. Y, en este sentido, se comentaron las recientes Sentencias del Supremo sobre vientos de alquiler, la filiación de la hija de una pareja lesbiana y la imposibilidad de limitar el derecho de uso si existen menores.

3ª.- Que los inmuebles adquiridos por uno de los cónyuges, una vez rota la convivencia y acordada la separación, no pueden considerarse gananciales ni lo será, por tanto, el dinero invertido en los mismos por su propietario.

4ª.- Que, ni la venta del domicilio familiar, ni un proceso concursal, afectarán al derecho de uso atribuido al otro cónyuge (que se mantendrá inalterado) y que, por tanto, el ex cónyuge de un concursado nada tiene que temer respecto al hecho de continuar utilizándolo.

5ª.- Que la ejecución hipotecaria tampoco afectará al uso a favor de uno de los cónyuges si la constitución de la hipoteca es posterior a la inscripción del uso, pero sí que lo extinguirá si la carga hipotecaria se constituyó con anterioridad.

6ª.- Que el traslado de domicilio de los menores necesita el consentimiento de ambos progenitores y que, si uno de ellos no lo presta, debe acudir al procedimiento correspondiente, sin que exista acuerdo sobre si es el de jurisdicción voluntaria o el de modificación de sentencia.

7ª.- Que dicho traslado es especialmente complejo y delicado cuando nos encontramos con familias reconstituidas con hermanos de un solo vínculo ya que, en estos supuestos, se deberán intentar compatibilizar los diversos intereses de los nuevos hermanos, no del modo mas beneficioso para uno, sino del menos perjudicial para todos ellos.

8ª.- Que la sustracción internacional de menores en España se ha duplicado en el último año, por lo que ya no solo el derecho sino la mediación internacional y el derecho colaborativo son necesarios para obtener solu-

ciones extrajudiciales, normalmente mucho más satisfactorias y menos costosas para las partes.

Las jornadas se clausuraron con una Mesa redonda sobre la custodia compartida en la que Magistrados de la Audiencia de Murcia, fiscales de familia y la Juez de Violencia destacaron los pros y los contras de este sistema afirmando, entre otros extremos, que la vivienda es el caballo de batalla de la custodia compartida, que esta última no se debe aplicar automáticamente sino que hay que estar al caso concreto y que es una realidad la existencia de denuncias "oportunas" para impedirla.

En definitiva, de nuevo quedó claro que el Derecho de Familia es una especialidad cada día más compleja, que hace absolutamente necesario que las personas que tengan que regular su crisis familiar acudan a un abogado especializado en familia.

No me queda más que felicitar a Lola López-Muelas por el excelente trabajo que ha realizado y las muchas horas que, me consta, ha dedicado. Con este reto -que decidió asumir de forma absolutamente altruista hace unos meses- ha demostrado que, además de una gran jurista, es una excelente organizadora por lo que, desde el cariño que le profeso, me permito la osadía de pedirle, desde hoy mismo, que el año que viene se encargue de organizar las II Jornadas de Derecho de Familia de Murcia.

Carmen Varela Álvarez



SANTANDER

I Jornadas de Derecho de Familia

Durante los próximos días 29 y 30 de mayo de 2014 se celebrarán en Santander (Gran Hotel Sardinero - C/ Plaza Italia n.º 1 - Salón Piquio) las primeras jornadas de derecho de familia organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia y por Libertas Ediciones.

JUEVES, 29 DE MAYO DE 2014

09:45: **Apertura**

10:15: Primera Ponencia: **Criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo en materia de Derecho de Familia**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

12:15: Segunda Ponencia: **Problemática actual de la pensión compensatoria**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado de Primera Instancia del Juzgado n.º 7 de Córdoba

16:45: Tercera Ponencia: **Custodia compartida: situación actual y próximas modificaciones**

Ponente: D. Gonzalo Pueyo Puente
Presidente de la AEAFA y Abogado de ICA VIZCAYA

18:15 Cuarta Ponencia: **Controversias en la formación del inventario de la sociedad de gananciales**

Ponente: D. Ángel Luis Rebolledo Varela
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela

VIERNES, 30 DE MAYO DE 2014

09:45: Quinta Ponencia: **Infracciones penales en asuntos de familia**

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis López del Moral Echeverría
Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria

11:00: Mesa redonda: **Problemas de ejecución de sentencia y tasas judiciales en materia de familia**

12:30: **Foro Abierto**. Dirigen Dña. Carmen López-Rendo Rodríguez y D. Antonio Javier Pérez Martín



Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales

Juan Montero Aroca

Editorial Tirant lo Blanch - Valencia 2014 - 539 pág.

Las dos primeras ediciones, aparecidas poco después de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, pretendían orientar a la práctica en la aplicación de un nuevo sistema procesal de liquidar la sociedad de gananciales. En ese nuevo sistema todo estaba entonces por descubrir. La tercera edición, pasados siete años desde la entrada en vigor de la LEC -de los artículos 806 a 810 de la misma- tuvo una finalidad distinta. Entonces se trató de explicar como se estaba aplicando el nuevo sistema en la práctica. Era necesario dar un paso más para seguir a la práctica y criticar como se estaba aplicando el nuevo sistema. Ahora, pasada algo más de una década de aplicación de la LEC, esta nueva edición, revisada y ampliada, afronta ya una situación que está sustancialmente consolidada y por ello se trata ahora de ofrecer al lector el resultado de la experiencia doctrinal y práctica de un sistema sobre el que se han dictado miles de resoluciones



El delito de sustracción de un menor por su progenitor

Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos,

Editorial Tirant lo Blanch - Valencia 2014 - 81 pág.

Esta obra, destinada a todo jurista interesado, ofrece una completa perspectiva doctrinal y jurisprudencial acerca de un fenómeno íntimamente ligado a la crisis familiar: la sustracción de un menor por su progenitor. Se analiza el artículo 225 bis del Código Penal, que contempla dos conductas diferentes, por un lado, el traslado del menor de su lugar de residencia y, por otro, la retención del menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa. En esta monografía se hace especial hincapié en la aplicación que vienen haciendo los tribunales de justicia de este delito. De ese modo, se constata la existencia de un elevado número de procedimientos judiciales tramitados solicitando su aplicación, que frecuentemente se resuelven con un mero fallo absolutorio. La razón está en que la jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva del tipo, exigiendo la concurrencia de requisitos que no están expresamente contemplados en la ley. Este proceder es criticado en el presente trabajo, al tiempo que se aportan soluciones conformes con la consideración constitucional.



El divorcio internacional en la Unión Europea

M. Ángeles Sánchez Jiménez,

Editorial Aranzadi - Pamplona 2014 - 205 pág.

La materia relativa al divorcio, separación y nulidad matrimonial, a la que viene referida la presente obra, se muestra especialmente compleja al confluir, por ser su consecuencia, un conjunto de relaciones jurídicas que también pueden verse afectadas por su estrecha vinculación con el mismo (régimen de relaciones o medidas relativas a los hijos, los alimentos en su caso, la posible pensión compensatoria, etc.). La aplicación de una diversidad de textos normativos en función de la relación jurídica considerada muestra la dispersión y con ella la complejidad señalada, a la que se añade, además, la que afecta a la misma disolución o relajación del vínculo matrimonial que constituye el núcleo vertebrador del presente trabajo. Las consecuencias generadas por la ausencia de sintonía entre los Reglamentos comunitarios relativos a la nulidad matrimonial, separación y divorcio exigen la articulación de la vía necesaria para su correcta coordinación.



Modificación y extinción de las medidas. 4.ª EDICIÓN

Antonio Javier Pérez Martín

Editorial Lexnova - Valladolid 2014 - 1.152 pág.

Tratado de Derecho de familia. Tomo IV La crisis económica ha provocado que los juzgados de familia estén inundados de procedimientos dirigidos a modificar o extinguir las medidas que se adoptaron en la separación o divorcio. Junto a ello, los cambios legislativos y los numerosos recursos de casación resueltos por el Tribunal Supremo obligan a revisar los parámetros que se utilizaron para fijar aquellas medidas. En este libro, que alcanza su cuarta edición, se analizan una por una todas las peticiones de modificación y extinción de las medidas tanto personales como económicas, incorporando las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, que posibilitan la petición de custodia compartida y la extinción del derecho de uso cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad.

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

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

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

PRESIDENTE DE HONOR

D. LuíS Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

JUNTA DIRECTIVA

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

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



ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

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