

Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

Año XIX Número 73 - Octubre de 2014

A LOS LECTORES

Palabras mágicas. Puntos de Unión.

SANTIAGO DE MIOTA NAVARRO

Comenzamos un nuevo curso de dimensión insondable. Para recorrerlo seguros, con confianza y conocimiento, os invito a recordar algunas de las palabras mágicas que son el fundamento y punto de unión del Derecho de Familia. Palabras mágicas de un idioma único y universal que nos ayudan a diferenciar lo importante de lo accesorio o procesal.

Estas palabras, a veces, están sometidas a la presión de la rutina, al subjetivismo y a la interpretación sesgada. Por ello, debemos tenerlas siempre presentes y recordar su contenido, su importancia y verdadero significado.

*Una de ellas es la palabra: **persona**. Es una **palabra mágica** porque hace iguales a las mujeres y a los hombres. Dentro de ella no hay ninguna diferencia, ambos son iguales.*

Aunque seamos incapaces de comprender o asumir esa igualdad debemos procurar utilizarla y defenderla, porque supone reforzar una expresión positiva y no discriminatoria. Es una palabra que cura la enfermedad de las diferencias.

*Otras dos palabras mágicas son: **madre/padre**. Son mágicas porque en nuestro mundo las expresiones **madre/padre**, no coinciden en contenido con las expresiones **progenitor/a**. Sin embargo, se cofunden en muchas ocasiones y las utilizamos como si fueran iguales,*

SUMARIO

01 Editorial

03 Artículo de opinión

La reformas que vienen

06 Jurisprudencia comentada

Reclamación por uso vivienda

Recogidas y entregas donde reside el padre

Nulidad de hipoteca por falta consentimiento

La hija de 16 años viajará sola

Pacto de reducción temporal de pensiones

Compensación de obligaciones alimenticias

Enriquecimiento injusto

Los dos meses de verano con el padre

Custodia materna y no compartida

Extinción alimentos por trabajar la hija 3 meses

Desestimación acción división cosa común

Convenio regulador firmado por un solo cónyuge

Incremento pensión compensatoria

Determinación del régimen económico

Abuelos y custodia compartida

Uniones de Hecho: compra de muebles

Pensión alimenticia vitalicia

Alimentos: disminución ingresos de ambos

25 Casos prácticos

26 Noticias

29 Información bibliográfica

como si coincidiesen en su contenido. Ello no es así.

Sabemos que un progenitor/a, no tiene por qué ser madre/padre. Esta diferencia es capital y básica. El contenido de la palabra madre/padre es infinitamente superior al contenido de la palabra progenitor/a. Debemos recordar, defender y aplicar esta diferencia porque en caso contrario haremos daño a los hijos.

Madre/padre no coinciden con progenitor/a, pero se cofunden en muchas ocasiones

Sabemos que el ser madre/padre supone unas obligaciones y responsabilidades importantísimas, entre ellas está la de crear personas.

Debemos asumir que para ser madre/padre de "verdad", debe existir la aceptación o reconocimiento de esa función por parte de los hijos. Hasta ese momento no se ha completado la función.

De ello se desprende que la función de madre/padre se culmina, cuando los hijos lo aceptan psicológicamente. Es la situación ideal.

Esta figura de **madre/padre psicológico** también se produce cuando los hijos aceptan como madre/padre a terceras personas, una situación cada vez más frecuente.

En las rupturas familiares, los hijos conviven con el cónyuge o compañero de su madre/padre y, en ocasiones, esos terceros tienen comportamientos y habilidades personales y afectivas que superan a la de los progenitores. Difícilmente esos terceros pueden superar el comportamiento de quien es verdaderamente madre/padre. De ahí la diferencia entre progenitor/a y madre/padre.

La **palabra mágica por excelencia**, en el Derecho de Familia, es la palabra: **hijo**. Cuando son menores son la base de todo. Su derecho e interés es prevalente al de sus padres y, por supuesto, al de sus progenitores.

Como sabemos, los hijos son los que más sufren las crisis familiares. Se les destruye su mundo y, en ocasiones, reciben información contradictoria que puede llevarles a tomar decisiones equivocadas. Por ello, es necesario respetarlos, protegerlos y dar ayuda y ejemplo con nuestras acciones e información. Necesitan seguridad.

Los hijos menores, y los mayores, pasan por edades que no pueden entender/comprender que

el contenido de la función de los progenitores es diferente e inferior al contenido de la función de madre/padre. Muchos hijos no lo quieren asumir, ya que les supone la incompreensión de todo lo que les rodea. Esa circunstancia siempre la debemos tener en cuenta.

Estas palabras mágicas, son nuestros puntos de unión y nos indican que la función primordial de nuestra especialidad es el amparo y garantía de los derechos y obligaciones de las personas.

Otra cuestión a tener cada vez más en cuenta es que en el Derecho de Familia siempre hay un juicio en paralelo. Este juicio paralelo puede realizarse en cualquier momento, depende de los hijos, y es, lo que yo llamo, el juicio final.

El **juicio final** se produce cuando los hijos piden información/explicaciones a sus padres sobre los procedimientos judiciales y sobre la conducta de cada uno de ellos. Ese es el juicio más importante de todos los acaecidos entre las dos personas. El que lo gane, siempre será respetado por sus hijos.

El juicio final se produce cuando los hijos piden información o explicaciones a sus padres sobre los procedimientos judiciales... El que lo gane, siempre será respetado por sus hijos

Por ello, desde el inicio, nuestra intervención profesional debe estar enfocada para que en ese juicio final, la persona a la que aconsejamos y defendemos sea comprendida y respetada por sus hijos. Creo que no hay juicio más importante que este.

Por último, desde la Junta, queremos agradecer la oportunidad que nos habéis dado de transmitir y reforzar estas sensaciones y puntos de unión e identidad propia en nuestro quehacer diario. Hagamos una cadena que nos de seguridad a todos y no se pueda romper.

Muchas gracias a todos por vuestro trabajo, por vuestra entrega, por vuestra constancia y tenacidad. Con ello estamos consiguiendo, entre todos, mejorar la situación de las personas que viven los momentos más difíciles de su vida.





ARTÍCULO DE OPINIÓN

Las reformas que vienen

La nueva ley de Jurisdicción Voluntaria que está tramitándose actualmente en el Congreso viene cargada de novedades, entre ellas el divorcio notarial

A. Javier Pérez Martín

Magistrado

Ya se está tramitando en el Congreso de los Diputados el proyecto de ley de la Jurisdicción Voluntaria que modificará distintas cuestiones relacionadas con el derecho de familia.

El proyecto entró en el Congreso el 2 de agosto pasado, fue calificado el 2 de septiembre y apareció publicado en el BOCG del día 5 de septiembre. Actualmente se encuentra en la Comisión de Justicia del Congreso en el trámite de enmiendas que, por cierto, ya se ha ampliado en cuatro ocasiones.

Aunque el proyecto de ley solo tiene 134 artículos, su disposición final primera modifica 93 artículos del Código Civil y 15 artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La reforma más mediática que contiene la nueva ley es la posibilidad de contraer matrimonio o divorciarse ante un Notario.

Quien quiera contraer matrimonio ante un Notario, acudirá a uno del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, quien tendrá competencia para constatar mediante acta el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio. Luego, el matrimonio lo podrá celebrar “El Notario libremente elegido por ambos contrayentes que tenga su residencia en el lugar de celebración”. Por tanto, el matrimonio se podrá contraer en cualquier ciudad de España e incluso del extranjero, en este caso lo

celebrará el funcionario diplomático o Consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.

En cuanto a la posibilidad de separarse o divorciarse ante un Notario, la única limitación que se establece en el proyecto es cuando existan hijos menores o hijos con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, casos en los que forzosamente habrá que acudir a un juzgado.

La nueva redacción del art. 82 del CC que se introduce en el proyecto es la siguiente:

“1. También los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”.

Gracias a los distintos dictámenes que se han recabado del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo General de la Abogacía, se ha introducido

una importante modificación en relación con el texto del anteproyecto, y es la obligatoriedad de que los cónyuges deban estar asistidos por Letrado en ejercicio. En el anteproyecto la redacción era la siguiente “Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que puedan estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Notario”.

De todas formas, para evitar problemas de interpretación entendemos que simplemente sustituir el “puedan” por “deban”, no es suficiente y que lo más adecuado hubiese sido declarar de forma expresa que es preceptiva la intervención de un abogado, o de dos si cada uno de ellos ha contratado un letrado. Lo que no evita la ley es que el convenio se redacte por los oficiales de la notaría y un letrado en ejercicio “preste” su firma, lo que sin duda iría en perjuicio de la profesión.

Es curioso que cuando el divorcio tiene lugar de forma notarial se obligue a los hijos mayores de edad a acudir a la notaría y a otorgar el consentimiento respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. Esta exigencia no se da cuando la separación o el divorcio se tramita ante un juzgado. No encontramos en la exposición de motivos las razones que llevan al legislador a exigir la presencia del hijo mayor para consentir la cláusula en la que se fija su pensión alimenticia.

En la modificación que se propone del art. 90 del Código Civil se sigue insistiendo en que el juez puede no aprobar una cláusula del convenio regulador cuando la considere gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, o para un hijo mayor. Cuando el divorcio es notarial, si el Notario considera que un acuerdo puede ser perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores afectados “Lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado”. Es decir, que en este último caso, el convenio se aprobará en su integridad a diferencia de lo que pasará con el divorcio judicial.

También se introduce un nuevo matiz en la acción de modificación de medidas a través de la reforma del art. 90 del CC cuando se indica que las medidas “podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”. En la actual redacción la modificación solo procede “cuando se alteren sustancialmente las circunstancias” y ello tiene su razón de ser para evitar la proliferación de procedimientos de modificaciones de medidas cuando verdaderamente no existe ningún cambio de circunstancias.

Aunque desde distintos ámbitos se ha llamado la atención al legislador sobre la necesidad de modificar las causas de disolución de la sociedad de gananciales anticipándola a un momento anterior a la sentencia de divorcio, como puede ser la admisión a trámite de la demanda de separación, la redacción que se propone del art. 1392 del CC sigue manteniendo el mismo criterio añadiendo únicamente como nueva causa de disolución la separación o el divorcio que se acuerda notarialmente.

La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se contiene en la nueva norma sirve también para actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos. Esta reforma revisa la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, pues se trata de procesos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria. Por este motivo se aborda ahora su regulación como un proceso especial y con sustantividad propia, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La reforma también moderniza este procedimiento, en el que se introducen mejoras sustanciales, incluyendo las medidas cautelares y las comunicaciones directas entre autoridades judiciales.

Por lo que respecta propiamente a la ley jurisdicción voluntaria, después de un título preliminar destinado a las disposiciones generales, en ocho títulos se regulan las diversas materias.

En el título preliminar se da una definición de los casos en los que debe acudirse a la jurisdicción voluntaria: “Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta ley a todos aquellos que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso” (art. 1.2)

El primero de los títulos se dedica a las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Cuando algún expediente afecta a un menor de edad se podrá acordar su comparecencia regulándose la forma en que debe constar en autos el resultado de la exploración: “Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días” (art. 18.2. 5.ª).

El título segundo está destinado a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas en-

tre los que destacan los relativos a la constitución del acogimiento y la adopción. No presentan grandes novedades estos expedientes. Si los padres biológicos quieren oponerse a la constitución del acogimiento o entienden que deben prestar su asentimiento a la adopción, se suspenderán los expedientes y se les concederá un plazo para que interpongan la correspondiente demanda, quedando entre tanto paralizado el expediente hasta que adquiera firmeza la resolución judicial

Los expedientes relacionados con el derecho de familia se contienen en el título tercero. Se regulan tres expedientes: “De la dispensa de impedimento matrimonial”, “De la intervención judicial en relación con la patria potestad”, y “De la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales”.

En cuanto al primero de los expedientes, no suele ser muy habitual en la práctica ver casos en los que se solicite la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior y de parentesco para contraer matrimonio del grado tercero entre colaterales, pero como está previsto en el art. 48 del CC, es lógico que tenga un cauce adecuado para su tramitación.

El segundo de los expedientes -“De la intervención judicial en relación con la patria potestad”- es sin duda el que con mayor frecuencia se presenta en la práctica diaria. Nos llama la atención que se haya ubicado dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria cuando claramente se trata de un proceso contencioso, y así lo hicimos constar en su momento cuando tuvimos ocasión de informar el anteproyecto, y de hecho, como veremos, el legislador le da una tramitación contenciosa que seguirá los trámites del juicio verbal. Quizás lo más fácil hubiese sido incluir este incidente dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil y dar a la petición la tramitación que se sigue para las medidas previas o dentro de la ejecución de sentencia.

Respecto a la situación actual, la nueva regulación de este incidente “de intervención judicial en relación con la patria potestad” trae varias novedades: la primera es que, presentada la solicitud, el Secretario Judicial citará a una comparecencia (que se sustanciará por los trámites del juicio verbal) a los progenitores y, en todo caso, al hijo mayor de doce años; no será preceptiva la asistencia de abogado ni de procurador; se celebrará una comparecencia ante el Juez en la que se practicarán las diligencias que se consideren oportunas, y si estas no pudiesen celebrarse en ese momento, una vez practicadas se dará traslado a los interesados para que puedan efectuar las alegaciones en el plazo de cinco días; por último, aplicando la norma general de los expedientes de jurisdicción voluntaria (art. 20) el auto que se dicte por el Juez podrá ser recurrido en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella.

En otra sección de este capítulo se regulan “Las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda”, que es la vía procedimental que el legislador ha ideado para la adopción de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil. Como en el caso anterior, la novedad es que, por la aplicación de la norma general que se contiene en el art. 20 de la ley, la resolución definitiva podrá recurrirse en apelación “por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella”.

El capítulo tercero del título tercero que estamos comentando regula “La intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales” y dentro del mismo se incluyen casos muy diversos:

a) Fijar el domicilio conyugal o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario, si hubiere desacuerdo entre los cónyuges.

b) Fijar la contribución a las cargas del matrimonio, cuando uno de los cónyuges incumpliere tal deber.

c) Realizar un acto de administración respecto de bienes comunes por ser necesario el consentimiento de ambos cónyuges, o para la realización de un acto de disposición a título oneroso sobre los mismos, por hallarse el otro cónyuge impedido para prestarlo o se negare injustificadamente a ello.

d) Conferir la administración de los bienes comunes, cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar el consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho.

e) Realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la ley o por resolución judicial.

Para finalizar este breve comentario, nos llama la atención que se haya excluido expresamente del título octavo, dedicado a la conciliación, “Los juicios en que estén interesados los menores”, pues sin perjuicio de potenciar la mediación, el acto de conciliación también podría ser un medio adecuado para conseguir acuerdos. No obstante, al no estar incluidos en las restricciones del art. 125.2 de la ley, cabe la posibilidad de presentar un acto de conciliación para pedir la reducción o extinción de la pensión compensatoria o de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad, cuando concurren causas objetivas de modificación o extinción. En caso de no llegarse a un acuerdo, en el posterior procedimiento de modificación sería factible solicitar que los efectos de la sentencia que acuerda la modificación o extinción, se retrotrajeran a la fecha en que se celebró el acto de conciliación.

Sociedad de gananciales

Si la esposa consintió el uso de la vivienda familiar por parte del esposo no puede reclamar un crédito a su favor similar al arrendamiento del inmueble. No existe enriquecimiento injusto.

AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 31 de enero de 2014

La esposa consintió el uso de la vivienda familiar por el esposo y transcurridos los años, cuando éste le reclamó el 50% de las cuotas del préstamo hipotecario, no puede solicitar que se reconozca un crédito a su favor similar al arrendamiento de la vivienda, pues nunca reclamó su uso. Tampoco puede considerarse que exista un enriquecimiento injusto pues el esposo hacía uso de su derecho dominical.

Por D. Jacinto se formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad, contra Dña. Fermina, quien a su vez entabló reconvencción contra el actor, recayendo en la instancia sentencia parcialmente estimatoria de la demanda y de la reconvencción. Tanto por la representación procesal de D. Jacinto como de Dña. Fermina, se interponen sendos recursos de apelación contra la mencionada resolución.

... En este orden de cosas y examinada la prueba practicada en autos queda acreditado que ambas partes adquirieron con fecha 8 de marzo de 2003 la vivienda sita en Rocío de Nágüeles (Marbella), junto con la plaza de garaje nº NUM004 sita en el mismo bloque. Con fecha 4 de marzo del 2005 el actor y la demandada contraen matrimonio, produciéndose al año siguiente la ruptura de la pareja, permaneciendo el actor en la vivienda y trasladando su residencia la demandada. Instada demanda de divorcio, recayó sentencia declarando la disolución del matrimonio con fecha 22 de julio de 2008, quedando pendiente la liquidación del régimen económico matrimonial. Por el actor se reclama a la demandada el abono del 50% de las cuotas de la hipoteca y del IBI que gravan el inmueble, que fueron abonadas por el demandante desde el mes de agosto de 2006, y que a la fecha de la presentación de la demanda ascendían a 46.284,36 euros. De contrario se alega por la demandada que abonó la suma de 6.000 euros de la reserva inicial para la adquisición de la vivienda, por lo que dicha suma debe

ser compensada de la reclamación efectuada. Igualmente alega que la cuota correspondiente al mes de agosto de 2006 fue abonada con dinero común, por lo que debe deducirse de la reclamación. Reconociéndose por la demandada el impago de las citadas cuotas tanto de la hipoteca como del IBI y condenada a su pago, la controversia tanto en la instancia como en esta alzada se centra en determinar si resulta compensable la suma de 6.000 euros como se pretende por la demandada, si la cuota del mes de agosto del 2006 debe o no ser incluida en la reclamación y si procede la condena de futuro al pago del 50% de las cuotas que se devenguen con posterioridad, como pretende el actor. En primer lugar y en relación con la suma de 6.000 euros abonada el 9 de abril de 2003 al suscribir el contrato de reserva para la adquisición de la vivienda, consta en autos que si bien fue la demandada quien abonó dicha suma al firmar el contrato, no consta que este importe procediera de fondos propios, más al contrario, del extracto bancario aportado por el actor se desprende que el día 9 de abril de 2003, fecha en la que se suscribió la reserva, se efectuó un reintegro de 6.000 euros desde una cuenta bancaria de titularidad exclusiva del demandante, por lo que no es posible proceder a la compensación que se pretende y, en consecuencia, proceder desestimar este motivo del recurso entablado por la demandada. La demandada reconoció no haber abonado ninguna cuota hipotecaria desde el mes de agosto de 2006, alegando que la de ese mes se pagó

con dinero común y en efectivo que había en la vivienda, extremo que resulta huérfano de prueba, toda vez que el abono de la hipoteca se realizaba a través de una cuenta bancaria. Es mas, reconoce que desde el mes de agosto del 2006 la vivienda viene siendo disfrutada en exclusiva por el actor y precisamente por ello, reclama a éste, vía reconvenzional, un indemnización en la que incluye el mes de agosto del 2006. Así las cosas, debemos entender que desde el mes de agosto del 2006, incluido éste, la demandada abandona la vivienda y deja de abonar las cuotas y demás gastos que se devengaban de la misma. Por lo que debe estimarse en este punto el recurso de apelación interpuesto por el actor. En cuanto a la condena de futuro pretendida por el demandante, debemos señalar, en primer lugar, que ambas partes son deudores solidarios frente al hipotecante, por lo que lo pagado por uno solo de los deudores solidarios, no produce una subrogación por éste en el crédito, sino que se extingue el mismo, y para que no haya enriquecimiento indebido, el párrafo segundo del art. 1145 del Código Civil concede a los deudores solidarios un derecho de repetición para reclamar a cada uno de los codeudores la parte que le corresponda. Y como dijo la SS de A.P Barcelona 18 de mayo de 2009, el art. 220 LEC limita las condenas de futuro a la reclamación de intereses o prestaciones periódicas que se devenguen con posterioridad al momento de dictarse la sentencia, mientras que la reclamación que realiza el actor se basa en el derecho de repetición que tiene frente a la otra parte, por venir abonando él en solitario la cuota de amortización del préstamo hipotecario que correspondería abonar a ambos por mitad, y ello sin perjuicio de que, como antes se ha dicho, la demandada esté obligada a abonar la parte correspondiente del préstamo, por lo que no puede establecerse esa condena de futuro, que dependerá de que se siga anticipando, y nazca el derecho de repetición, lo que lleva también a desestimar en este punto el recurso interpuesto por el actor.

Por la demandada, a su vez, se entabla reconvencción contra el actor, reclamando a éste el pago de un alquiler mensual por el uso de los inmuebles comunes desde el mes de agosto de 2006 y la disolución de la comunidad de bienes consistentes en la vivienda, plaza de garaje y bienes muebles. Así, y en relación con los inmuebles solicita su venta en pública subasta y el reparto proporcional de su precio previa deducción de los gastos; y en relación con los muebles que describe en su demanda reconvenzional, que se proceda a su división en dos lotes de igual valor y posibilidades de aprovechamiento. En primer lugar y en relación con la indemnización por el uso exclusivo de la vivienda, debemos señalar que el art 394 C.C. condiciona el uso de la cosa común por cada condueño a que el mismo no impida a los copartícipes usarla según su derecho. Lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno. En principio, no será el propio comunero el que deba imponerse límites en el ejercicio del derecho. Aunque use más que los

demás y este uso fuese incompatible con el de los otros partícipes, el mismo no será por esa sola razón ilícito o sin causa. Pero otra cosa sucederá si media una reglamentación del uso -no es el caso- o un requerimiento del comunero lesionado por el uso excluyente del otro, incompatible, por tanto, con su derecho, que no es lo que ha sucedido en este caso desde la interposición de la demanda reconvenzional. Bien es cierto que los artículos 394 y 398 C.C. no autorizan ni imponen de por sí ninguna obligación indemnizatoria para los supuestos de una ocupación en demasía en torno al uso y disfrute de lo poseído en común, pues el condominio se regulará por las normas contractuales que establezcan los condóminos y, en defecto de las mismas, por lo que dispone el Código Civil en los artículos 392 y siguientes, obligando el art. 398 C.C. al necesario acuerdo mayoritario para determinar el uso que debe darse a la cosa común. No obstante, si dicho acuerdo no se diera, el art. 394 C.C. dispone que cada partícipe esta facultado para servirse de las cosas comunes, si bien dicha facultad se encuentra condicionada a que dicho uso sea conforme al destino de la cosa y no perjudicial para el interés comunitario. El conflicto surge cuando el bien en condominio no puede ser utilizado de esta manera conjunta, supuesto respecto del que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 394 del Código civil había indicado que “Si bien el artículo 394 del Código civil no condiciona el uso de la cosa común a cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los copartícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa da cada uno, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre cuando, como en el caso a que se refiere este recurso, se trate de una vivienda o chalet, pues el uso indiscriminado y promiscuo del mismo por todos los condueños (que además están enemistados), aunque sea con carácter temporal hasta que se lleva a efecto la disolución de la comunidad, supondría la creación de una fuente previsible de conflictos y discordias, que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar” (sentencia de 23 de marzo de 1991). Ha de deducirse de ello que habrá de tenerse en cuenta la naturaleza de la cosa común para determinar la forma en que se ejerce dicho derecho, siendo así que, en el caso de autos, en el que se trata de una vivienda indivisible, que se adquirió con la finalidad de servir de vivienda a los litigantes, pero que tras su ruptura matrimonial fue abandonada voluntariamente por la actora reconviniente y permaneciendo en ella el actor reconvenido, debe entenderse (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 1.996) que hubo un consentimiento tácito en conferir el uso al Sr. Jacinto y una tolerancia en el uso al menos hasta el momento de formularse la demanda reconvenzional. En el presente caso, no hay prueba de exceso alguno en el ejercicio del condominio por parte del Sr. Jacinto, de modo que no se produce ningún incumplimiento de las obligaciones que le incumben como copropietario

en virtud de lo dispuesto en el art. 394 del C.C., pues ninguna extralimitación se ha demostrado en el uso de la vivienda, conforme a su destino y de manera que perjudique el interés de la comunidad, ni que haya impedido su uso por los demás partícipes, toda vez que la demandada nunca ha reclamado tal uso desde que voluntariamente abandonó la vivienda, ni siquiera lo reclama vía reconvenzional, ya que lo que solicita es una indemnización por un uso tolerado y autorizado tácitamente por su parte, durante todo este tiempo. Por idénticas razones es inadmisibile el resarcimiento por un enriquecimiento injusto, que se dice derivar del uso

exclusivo de la vivienda por el Sr. Jacinto, ya que el demandado no ha experimentado un enriquecimiento, que no sea el naturalmente derivado del ejercicio de la copropiedad que le corresponde por derecho, ni que ello sea la causa del consecuente empobrecimiento de la Sra. Fermina, que voluntariamente decidió salir de la vivienda y consentir su uso por parte del otro litigante, y sin que haya reclamado para sí tal uso, ni siquiera en la reconvencción. Razones que llevan a estimar este motivo del recurso entablado por el actor y, en consecuencia, a desestimar esta pretensión ejercitada en la reconvencción.

Régimen de visitas

Como la madre cambió de residencia, las entregas y recogidas tendrán lugar en la ciudad donde reside el padre

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 28 de enero de 2014

Tras marcharse voluntariamente la madre a residir a otra ciudad junto con los hijos, se acuerda que el régimen de visitas se lleve a efecto en la ciudad donde reside el padre y donde aquélla tiene a su disposición la vivienda de la abuela materna, por lo que las entregas y recogidas se efectuarán por la madre en esta ciudad. Hay que valorar que el padre no dispone de alojamiento en la ciudad donde actualmente residen los hijos.

Se alza la apelante contra la resolución impugnada en cuanto acuerda que ella ha de efectuar las entregas de los tres hijos, que hoy cuentan con 18, 15 y 14 años de edad y que viven con la misma en Ateca (Zaragoza), todos los últimos viernes de mes en el domicilio paterno sito en Ripollet, así como que tendrá recogerlas en el domicilio de su propia madre en dicha última localidad, donde el padre los llevará al finalizar el régimen de visitas. Entiende que esa obligación debe ser compartida de forma alterna por ambos progenitores, de forma que un mes sea la madre la que viaje con los menores hasta el domicilio paterno y el mes siguiente sea el padre el que viaje al domicilio de la madre para estar con los menores. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de dicho recurso.

Nos encontramos en el caso con que la sentencia de divorcio de 7-7-2004, la cual homologó el convenio de 712-2-2004, otorgó la guarda y custodia de los entonces tres menores a la madre con un régimen de visitas ordinario para el padre y una pensión alimenticia a su cargo de 450 €. En la demanda origen de las presentes actuaciones éste solicitaba, entre otros extremos, se acordase conforme lo ha hecho la sentencia habida cuenta de que la madre se había marchado con los hijos a vivir a Ateca, así como una reducción de la pensión alimenticia a 300 €, dado que había tenido un nuevo hijo y tenía que pagar una cuo-

ta mensual por un préstamo con garantía hipotecaria de 642,08 €. La sentencia mantiene la pensión e impone aquélla obligación a cargo de la madre porque la misma cuenta con la vivienda de Ripollet donde vive su madre, en tanto que el padre tendría que costearse un alojamiento en Ateca, lugar con el que no tiene ninguna vinculación, y por otra parte, de cumplirse el régimen en Ripollet, los hijos podrían convivir con el nuevo hermano.

Pues bien, con independencia del peso de los argumentos expuestos en la sentencia, así como el de la apelante que ha de hacer un trayecto mensual de 900 kms, necesariamente ha de hacerse referencia a las percepciones de uno y otro, dado que el coste de los desplazamientos por más que no haya quedado acreditado. Vemos por un lado que el actor, que en el año 2010 declaró unos rendimientos netos de trabajo que nos dan un promedio mensual de 3.200,75 €, en septiembre de 2011 ingresaba nóminas de 1524,17 €. Ha de pagar 642,08 de hipoteca, 450 de alimentos de los hijos y ha tenido uno nuevo nacido el NUM002-2009. La apelante por su parte solo consta que en el año 2010 declaró unos rendimientos netos de 1554,99 /mes. En estas circunstancias, teniendo en cuenta la edad de los dos hijos menores no podemos sino confirmar el pronunciamiento impugnado tal y como informó el Ministerio Fiscal.

Vivienda familiar

Nulidad de la hipoteca constituida sin consentimiento de la esposa

AP Sevilla, Sec. 6.^a, Sentencia de 19 de marzo de 2014

Se declara la nulidad de la hipoteca constituida sobre la vivienda familiar, propiedad privativa del esposo, al no haber prestado su consentimiento la esposa, dándose la circunstancia que dicha hipoteca se constituyó después de haberse dictado sentencia de separación aprobando el convenio regulador en la que se atribuía el uso a la esposa.

La actora presentó demanda solicitando la nulidad de una hipoteca constituida en garantía de un préstamo por su ex marido D Benjamín a favor de CAJASOL por escritura pública de fecha 7 de agosto de 2006, ante el Notario con residencia en Alcalá de Guadaíra D Rafael Morales Lozano, número 1718 de su protocolo. La hipoteca se había constituido sobre el piso sito en ... El demandado había adquirido la finca de sus padres por contrato privado de compraventa de fecha 30 de noviembre de 2000 y en dicho contrato, la actora reconoció que la compra se hacía con dinero privativo del demandado. Seguidamente, con fecha 31 de enero de 2006 se elevó a público el contrato privado otorgándose escritura en la también intervino la actora para reconocer la procedencia privativa del precio de la compraventa, aunque los cónyuges ya se encontraban separados judicialmente.

La actora mantenía la nulidad del acto de gravamen porque la finca en cuestión constituía domicilio habitual del matrimonio y en el convenio regulador de fecha 19 de junio de 2003, aprobado por la sentencia que decretó la separación de los cónyuges, de fecha 31 de octubre de 2003 se establecía que la actora podía seguir residiendo en la misma hasta que consiguiera trabajo y tuviera recursos para encontrar una vivienda adecuada, además se establecía que el marido también podía seguir habitando en dicho domicilio. Por otra parte, se le concedió la custodia de la hija menor mientras que la del hijo mayor se le concedió al marido. La demandante afirmaba que el convenio fue modificado verbalmente, atribuyéndole el uso de la vivienda permaneciendo en su compañía los dos hijos del matrimonio mientras que el Sr Benjamín abandonaría dicho domicilio.

Puesto que se trataba de un acto de gravamen sobre el domicilio habitual del matrimonio, se requería el consentimiento de ambos, y dado que la actora no había prestado conformidad, ésta solicitaba la declaración de nulidad.

El demandado Sr. Benjamín, no contestó a la demanda en el término del emplazamiento, siendo declarado en situación de rebeldía procesal.

La entidad bancaria demandada "BANCA CÍVICA SA", antes CAJASOL, actualmente "CAIXA BANK SA", se personó y se opuso a la demanda invocando su condición de tercero de buena fe, manteniendo que debía estarse a lo pactado en el convenio regulador aprobado por sentencia.

En la sentencia dictada se estimó la demanda por aplicación de los arts 96 y 1320 del C. Civil, rechazando que la entidad bancaria pudiera ostentar la condición de tercero de buena fe.

...Afirma la demandada que el tenor literal de lo pactado en el convenio regulador contradice la conclusión alcanzada por la sentencia dictada. Así en el convenio se establecía: "Renuncia D.^a Genoveva a ocupar la que fue vivienda familiar, dado que resulta ser propiedad de los padres de su esposo. No obstante, D.^a Genoveva, hasta que consiga trabajo y tenga recursos para encontrar otra vivienda adecuada, puede continuar residiendo en el domicilio actual del matrimonio donde continuará habitando su esposo."

Sin embargo ese pacto no puede interpretarse en el sentido que interesa la demandada quien sostiene que el uso se atribuyó al esposo. La cláusula tiene un presupuesto erróneo que es la atribución de la propiedad a los padres del marido cuando éste ya había adquirido la misma, esa circunstancia resulta de la escritura de elevación a público en el que se reconoce la adquisición previa por documento privado ya que en ese momento concurrió título y modo, art 609 del C. Civil porque el comprador entró en posesión de la finca a título de dueño desde entonces. El dueño era ya el marido por lo tanto falla el presupuesto de la renuncia previa, y debe estarse a la concesión de uso que se contiene en el mismo pacto y a lo que ocurrido efectivamente, esto es, que ambos cónyuges permanecieron en el uso de la vivienda, lo que se corrobora la atribución de uso a la actora que se convierte en atribución exclusiva cuando el marido abandona dicho domicilio. Ha resultado probado que la demandante ocupa esa vivienda efectivamente a fecha presente y sin solución de continuidad al menos desde 1996, fecha anterior a la separación y que

el demandado D Benjamín residió en ese domicilio desde al menos 1996 hasta el 26 de abril de 2004, fecha en la que pasó a residir en C/ DIRECCION000 n.º NUM004 de la misma localidad, de forma que a la fecha de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario no residía en dicho domicilio, documentales consistentes en certificados de empadronamiento aportadas con la demanda.

Sobre este derecho STS, Civil sección 1 del 08 de octubre de 2010 señaló: “Es cierto que esta Sala ha declarado en las sentencias a que se refirió la recurrente en el acto de la vista oral, que el derecho a la vivienda acordado judicialmente en la sentencia de separación o de divorcio no tiene carácter de derecho real. Las sentencias de 14 y 18 enero 2010 coinciden en la misma doctrina en relación a la naturaleza del derecho atribuido al cónyuge adjudicatario de la vivienda y señalan que: “De la ubicación sistemática de este precepto (art. 96 CC) y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido

mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”. “.

Por lo tanto, ha de concluirse como se hizo en la sentencia recurrida que la hipoteca constituida sin el consentimiento de la actora es nula por infracción del art 1320 del C. Civil, sin que la entidad bancaria pueda considerarse tercero de buena fe porque el propio representante del banco conocía que el hipotecante estaba separado, lo que además constaba en el título de propiedad de éste, al que se había incorporado el documento privado de compraventa. La entidad acreedora no sólo pudo conocer que los ocupantes de la vivienda eran la esposa y los hijos del acreedor sino que lo debía saberlo porque les remitía comunicaciones bancarias a dicho domicilio, documentos nº 11 a 15 de la demanda, lo que excluye la buena fe del acreedor hipotecario al no haber empleado la diligencia exigible para conocer cual era la situación real del uso de la vivienda, amparada por el convenio regulador.

Régimen de visitas

La hija de 16 años puede viajar sola, aunque no exista servicio de acompañamiento

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2014

Aunque no exista servicio de acompañamiento en el tren, no hay inconveniente para que la menor de 16 años viaje sola desde Hospitalet a Vinaroz, ya que la madre la acompañará hasta que se suba al tren y el padre la recogerá cuando finalice el trayecto.

Hay oposición al régimen de permanencias y comunicación establecido entre padre e hija que consiste en que salvo que se acuerde otra cosa o resulte incompatible con las actividades de la hija, la menor pueda viajar a Vinaroz en tren los fines de semana alternos y periodos vacacionales establecidos. La parte actora se opone a que la menor viaje sola alegando que no existe en RENFE servicio de acompañamiento. Teniendo en cuenta la edad actual de la menor -16 años-, la proximidad de las poblaciones en las que residen padre e hija -Vinaroz y Hospitalet- la comunicación ferroviaria existente entre ambas y la posibili-

dad de que la madre acompañe a la hija a la estación hasta que suba en el tren y de que el padre la recoja en la estación de Vinaroz, no se aprecia obstáculo o riesgo para que la hija pueda realizar los viajes tal y como se ha contemplado en la sentencia por lo que procede la confirmación de tal pronunciamiento que lo único que satisface es un derecho de la hija menor a relacionarse y permanecer determinados periodos con su padre de conformidad con lo que dispone el artículo 236-4 del CCCat. Por todo ello procede la desestimación del recurso.

Convenio regulador

Debe aprobarse el pacto en el que las partes acuerdan la reducción temporal de la pensión alimenticia y compensatoria

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2014

Debe ser aprobado el convenio de modificación en el que los ex cónyuges pactan reducir temporalmente la pensión alimenticia y compensatoria, mientras el ex esposo se encuentre desempleado.

La sentencia de primera instancia de 24.9.2012 ha desestimado la demanda promovida por los cauces del mutuo acuerdo en la que ambos ex cónyuges de consuno presentaron convenio regulador modificando el apartado de la sentencia precedente (de 26.10.2007) en el único extremo relativo a la cuantía de los alimentos de los hijos menores y la pensión compensatoria, para introducir una cláusula de flexibilización consistente en la reducción de la cuantía de la prestación, con carácter coyuntural, por mientras el demandante se encontrase en desempleo, e incluyendo la previsión de que se restauraría la cuantía primitiva tan pronto como el mismo volviese a desempeñar trabajo estable.

...Denuncia la parte recurrente el error en la apreciación de las pruebas y en la aplicación de la doctrina jurisprudencial toda vez que, habiéndose producido una alteración sustancial de las circunstancias, como es la situación de desempleo real y no coyuntural del actor, el pacto por el que se rebaja su aportación a los alimentos de los hijos debe ser admitido. El actor, padre de los dos hijos comunes, ha pactado con la madre de los menores la rebaja coyuntural, aceptada por la misma que es conocedora de las dificultades por las que atraviesa quién fuera su esposo, y la voluntad de éste de intentar buscar una salida a esta situación, buscando otro trabajo o iniciando una nueva actividad que le permita asumir las obligaciones alimenticias con una cuantía más elevada.

El fondo de la cuestión, en definitiva, es si el juez de primera instancia debe aprobar este concreto convenio modificatorio, o si lo ha de denegar su homologación por ser contrario a las normas de orden público o al interés de los hijos menores.

A la vista de lo actuado es de apreciar que el juez de primera instancia, en un exceso de celo, deniega la aprobación del pacto de reducción temporal de la aportación paterna a los alimentos a la que venía obligado por sentencia firme que los señaló en 400 € para cada hijo, pese a que los dos progenitores han acordado que contribuya con 225 € para los dos hijos y 150 € por pensión compensatoria, mientras subsista su situación de desempleo subsidiado.

Es de apreciar que el actor justificó documental-

mente que su situación de desempleo es real, y que pasó de percibir un sueldo neto de 3.700 € mensuales, a los 1.103 € que obtiene del subsidio, teniendo que atender con ello las necesidades de los hijos cuando están en su compañía y sus propios gastos personales. La pretensión se ha promovido después de estar más de un año y medio en desempleo, y con el expreso consentimiento de la madre de los menores, que es conocedora de la situación. Se incluye en el convenio la previsión de revisión automática para volver a la situación anterior en el momento en el que el actor vuelva a disponer de trabajo.

El Ministerio Fiscal emitió informe favorable a la aprobación del convenio modificatorio, al entender que no era perjudicial al interés de los hijos, sin duda alguna porque los datos eran evidentes y porque el consentimiento prestado por la madre implicaba la garantía de que la misma podía hacer frente a las necesidades de los menores y que, por otra parte, la situación alegada por el actor era real y no se trataba de ninguna maniobra para defraudar el interés de los hijos menores. (Por esta razón es extraño que solicite ahora la confirmación de la sentencia desestimatoria).

La decisión del juez no está justificada. El apoyo argumental a la denegación de la homologación lo sustenta en la cita de la sentencia del TSJ de Catalunya de 10 de septiembre de 2010, que no guarda identidad de razón con el caso de autos. En aquél caso lo que se discutió era precisamente la capacidad de los jueces de comprobar en los procesos de mutuo acuerdo la conveniencia y procedencia de pactos relativos a cuestiones de derecho dispositivo, como el pago de la hipoteca familiar o la liquidación de los bienes en propiedad indivisa, pero nada dice respecto del argumento central de la denegación, que es la improcedencia de la aprobación de un pacto relativo a derecho necesario (alimentos de hijos menores) que viene justificado por una situación coyuntural, que pudiera ser reversible, cuando en el propio pacto se contempla volver a la situación precedente ante una futura eventual mejora en la situación laboral del actor y en la obtención de superiores ingresos.

El juez de primera instancia debió homologar el acuerdo tal como habían solicitado la madre de los

menores y el Ministerio Fiscal. Otra cosa es que, para garantizar el interés de los menores y si no consideraba suficientes los elementos probatorios aportados, hubiera resultado conveniente que de oficio o a instancias del Ministerio público hubiese abierto una fase contradictoria para recabar los informes oportunos a las partes o a los organismos correspondientes, para conocer la situación económica real del actor, o haber incluido en la aprobación cláusulas de garantía. Más en este caso debió seguirse el incidente previsto en el artículo 777.7 de la LEC, al que se remiten el artículo 775.2 de referido texto legal y el artículo 233-3.2 del CCCat.

El principio de intervención mínima en materias de derecho privado determina que el control judicial se ha de limitar en estos casos a recoger la ratificación del convenio y a comprobar que el acuerdo es lícito, es decir, que no va contra el orden público ni la moral (artículo 1.275 del código civil), así como que no per-

judica a las menores. Y en lo que se refiere a la previsión de situaciones de futuro es de significar que no existe un impedimento absoluto para transigir sobre alimentos futuros, toda vez que lo que la ley prevé en el artículo 237-12 del CCCat, es la necesidad de que el acuerdo sea homologado. Tampoco existe inconveniente alguno en que en el convenio se establezcan previsiones anticipadas respecto a las modificaciones pertinentes que puedan acaecer. Más aún, la previsión de tales variaciones evitarán conflictos y litigiosidad en el futuro, y es el propio legislador el que en el artículo 233-7.2 admite expresamente la previsión de pactos flexibles y de modificaciones futuras, que serán especialmente convenientes para adaptarlas a las circunstancias cambiantes. Tales cláusulas condicionales o de flexibilización deben ser objeto de pacto anticipado en determinadas ocasiones, como se establece al regular el plan de parentalidad en el artículo 233-9.3 del CCCat.

Pensión alimenticia

Procede la compensación: convive un hijo con cada progenitor

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 28 de enero de 2014

Viniendo obligados ambos progenitores a abonar una pensión alimenticia para el hijo que no convive con el otro progenitor, debe accederse a la compensación.

Contra la sentencia dictada por la Juez de instancia en el presente procedimiento de regulación de relaciones paternofiliales dimanante de la unión de hecho de ambas partes hoy litigantes, se alza la representación procesal de la actora Sra. Zulima en base, esencialmente, a una errónea valoración o apreciación de la prueba practicada en lo que respecta al pronunciamiento por el que se atribuye la guarda y custodia del hijo menor de edad habido durante la convivencia Cecilio de 17 años en la actualidad a su padre y demandado Sr. Clemente (no olvidemos, que la guarda y custodia de los otros dos hijos Ildefonso hoy mayor de edad y Estefanía de 9 años se atribuyó a la madre); interesando su revocación con atribución expresa a la ahora apelante de la guarda y custodia de aquel menor y se fijase a favor de cada uno de los precitados hijos una pensión de alimentos ascendente a 200 euros mensuales.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la guarda y custodia del hijo menor de edad habido durante la convivencia Cecilio otorgada al padre y cuya atribución expresa se interesa por la ahora apelante; ...Así las cosas, tras el análisis de la prueba practicada, documental aportada y exploración llevada

a cabo en la instancia al mismo (no olvidemos, que en la actualidad cuenta con 17 años de edad), esta Sala estima adecuada y ponderada la atribución de la guarda y custodia del menor de referencia al padre en la forma recogida en la resolución recurrida, compensándose la pensión de alimentos que los progenitores deberían de abonarse mutuamente en lo que respecta a sus hijos Ildefonso y Cecilio, estando obligado el Sr. Clemente a abonar por el mismo concepto a su hija menor de edad Estefanía la suma de 150 euros mensuales en atención a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades de la alimentista y el caudal económico del obligado a satisfacerlas (cabe recordar, que si bien percibe el subsidio de desempleo se dedica a la venta ambulante en la denominada economía sumergida), asumiéndose la apreciación valorativa llevada a cabo por la Juez "a quo" en la resolución recurrida que responde a una valoración objetivamente razonada y correcta de la prueba practicada y que no resulta ilógica ni contraria a las reglas de la sana crítica, llegando a idéntica conclusión que aquella; por lo que es procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia en toda su integridad

Pensión alimenticia

Enriquecimiento injusto: devolución de las pensiones alimenticias desde que los hijos se trasladaron a convivir con el padre.

AP Huelva, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2014

Se estima la acción de enriquecimiento injusto ejercitada por el padre contra la madre y se condena a ésta a abonar las pensiones alimenticias que percibió (en virtud de retención judicial) después de que los tres hijos, por propia voluntad, se trasladasen a convivir con el padre. No es obstáculo que la sentencia de modificación de medidas que extinguió la pensión no fijase efectos retroactivos.

Se invoca por la representación procesal del hoy Apelante D. Adrián como motivos de recurso, error en la apreciación de la prueba y vulneración de la doctrina Jurisprudencial respecto al Principio del Enriquecimiento Injusto.

Se expone en los Razonamientos Jurídicos de la Sentencia de Instancia que nos hallamos ante una Demanda de reclamación de cantidad “que en esencia” se fundamenta en que “desde el mes de julio de 2011 los hijos menores del matrimonio que formaban los hoy litigantes, Edemiro y Dulce, pasaron a vivir con el padre, iniciándose en dicho mes el correspondiente procedimiento de modificación de las medidas que regulaban el régimen de guarda, custodia y alimentos. Que el demandante continuó abonando la cantidad establecida en concepto de alimentos pues continuaba la retención judicial de su nomina”.

Pretensión ésta que fundamentada en la doctrina del Enriquecimiento Injusto fue desestimada en la instancia al considerarse que “dada la condición de consumible de la pensión de alimentos solo podrá determinarse la fecha de la extinción de la misma si procede y en el supuesto de que se solicite con efectos retroactivos desde la presentación de la demanda” y que en este caso “no consta en modo alguno que el hoy demandante instara la pretensión extintiva de la pensión de alimentos solicitando expresamente la eficacia retroactiva del pronunciamiento pretendido a la fecha de la presentación de la demanda”.

Ciertamente ha quedado acreditado que los hijos Menores, Edemiro y Dulce, en un momento determinado, que luego precisaremos, por su propia voluntad se fueron a vivir con su Padre, instándose el oportuno procedimiento de Modificación de Medidas en donde recayó Sentencia de fecha 19 de Enero de 2012 del referido Juzgado de Primera Instancia y cierto es también que durante ese periodo el Demandante continuo abonando a D^a Ana las cantidades establecidas en Sentencia en ese concepto de Pensión de Alimentos en virtud de la retención Judicial que pesaba so-

bre su nomina. Y en este concepto y por este periodo se reclaman las sumas objeto de litigio.

Nuestro Tribunal Supremo, entre otras Sentencias que se citan por el recurrente y en la de fecha 21 de Septiembre de 2010, ha precisado los requisitos de esta Institución del Enriquecimiento como Injusto, señalándose que en nuestro ordenamiento positivo no se regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque en el propio Código Civil se contienen diversas manifestaciones de tal regla, artículo 1158 y 114, lo que no ha sido obstáculo para que haya sido reconocido como fuente de obligaciones por la Jurisprudencia que ha aplicado las reglas clásicas -“nemo debet lucrari ex alieno damno” (nadie debe obtener lucro del daño ajeno), “Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet” (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro) recogidas en el Derecho histórico -“E aun dixeron que ninguno non deve enriquecense tortizeramente con daño de otro” (Séptima Partida Título XXXVIII Regla XVII)-.

Ello no obstante y como se recoge en la propia Resolución a quo para que haya lugar al enriquecimiento injusto es precisa la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución. 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente. 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia.

Como exponíamos los Menores Edemiro y Dulce por su propia voluntad comunicada a su Madre decidieron vivir con su Padre quien no obstante continuó abonando las correspondientes sumas en concepto de Pensión de Alimentos, alimentos que ya prestaba directamente el Demandante.

Anticipábamos que se desestimó la demanda al considerarse que no concurrían los referidos requisitos del enriquecimiento injusto.

La cuestión nuclear que se debate se residencia en la determinación de si la extinción de la Pensión alimenticia, declarada en Sentencia, tiene o no efectos retroactivos y para resolver esta cuestión nos situamos en primer termino en el contenido el artículo 148 del Código Civil que declara que “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos”, por consiguiente son exigibles desde que los necesita el alimentista y en lógica consecuencia no lo serán desde que deje de existir la necesidad y si como en este caso el Alimentante presenta Demanda de Modificación para que se declare extinguida la obligación deberá considerarse que la correspondiente declaración judicial debe tener efectos retroactivos, por cuanto que se declara la extinción de una obligación y de no interpretarse así como se expresara en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 7 de Mayo de 2033- en caso contrario “se estaría dando carta de naturaleza y vigencia a una obligación ya extinguida legalmente”.

Así pues las cantidades reclamadas fueron realmente percibidas por la Sra. Ana en el concepto reiterado de Pensión de Alimentos, cuando esta necesidad estaba siendo satisfecha por su Padre, no habiéndose acreditado que esas sumas de las que era mera administradora hayan sido entregadas a

sus hijos, ni destinadas a sufragar alimentos, en este contexto, consideramos que es dable apreciar esa situación jurídica de Enriquecimiento injusto por parte de la Demandada.

...Se solicita la suma de 5.395,54 Euros, cantidad imputada a los meses de Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2011 y Enero y Febrero de 2012, más 1618,66 Euros en concepto de Intereses del 30%, ascendiendo la reclamación a 7014,20 Euros.

Se afirma que el momento en el que los menores se fueron a vivir con su Padre, dies a quo, fue en Julio de 2011 sin embargo de la Documental aportada consistente en Cartas remitidas por los Menores a su Madre, tal fecha se sitúa en Septiembre de 2011, “a partir del 1 de Septiembre de 2011”, fecha que adoptamos pues como fecha inicial, y así las sumas deberán referirse al periodo comprendido entre Septiembre de 2011 y Febrero de 2012, concretándose en la cantidad de 4054,7 Euros.

Respecto de los intereses se reclaman en cuantía del 30% mas se trata de una acción de reclamación de cantidad y por aplicación del artículo 1108 del Código Civil, los intereses que deberán satisfacerse serán los intereses legales.

Régimen de visitas

Los dos meses de verano la menor estará con el padre

AP Lugo, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de enero de 2014

La gran distancia ente las ciudades de residencia del padre y de la hija motiva que las vacaciones se concentren en los meses de julio y agosto pues debe reconocerse la dificultad de las visitas durante el resto del año.

Al ser conscientes las partes litigantes y el Ministerio Fiscal de las dificultades de establecer un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio ya que ambos padres residen en poblaciones tan distantes como lo son Ceuta y Ribadeo, y una vez que, en interés de la propia menor, de tan solo 6 años, ha sido descartada acertadamente la pretensión del padre relativa a que la niña viviese un año en Ceuta y el siguiente en Ribadeo y así sucesivamente, ambas partes y el Ministerio público solicitan modificaciones sobre el régimen establecido en la resolución recurrida con la finalidad que se ajuste del modo más conveniente a las necesidades de la menor.

Todos concuerdan en que el período de las vacaciones de verano debe corresponder al Sr. Evelio en atención a las dificultades que entrañan las visitas el resto del año, si bien dicha duración continuada durante dos meses que fija la sentencia resulta apela-

da por la Sra. Blanca, quien estima suficiente que se concrete en un mes y medio, y considera que se deberá permitir al menos una visita de la madre durante ese período vacacional en que la menor estará en compañía de su padre.

...También coinciden en este último punto los intervinientes por lo que debe estimarse el recurso y concretar que el período concedido al padre tendrá lugar durante los meses de julio y agosto; y sin embargo, debe rechazarse la pretensión de acortar el período de vacaciones veraniegas en atención a las circunstancias ya conocidas de que la residencia del padre en Ceuta dificultará el régimen de visitas durante el resto del año, por lo que se mantendrá en dos meses si bien permitiéndose a la madre, aproximadamente en la mitad de dichas vacaciones, visitar a la menor por tres días consecutivos en el lugar en que se halle disfrutando las vacaciones con su padre.

Guarda y custodia

Atribución a la madre por ser quien se responsabilizó de los menores durante la convivencia

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 23 de enero de 2014

El interés de los hijos pasa por que la custodia se atribuya a la madre, descartándose la custodia compartida, ya que durante la convivencia familiar fue ésta quien se ocupó de forma primordial del cuidado y atención de los hijos, solicitando después del permiso de maternidad una excedencia y con posterioridad la reducción de la jornada laboral para el cuidado de los hijos, siendo por tanto el referente cuidador de los hijos.

La sentencia apelada deniega la modalidad de guarda compartida solicitada por el demandante y este se alza contra dicho pronunciamiento reiterando su petición de guarda compartida por semanas alternas. Los menores nacidos respectivamente en 2006 y 2009 tienen ahora 7 y 4 años. Cuando se produjo la ruptura en marzo de 2011, tenían 5 y 1 (casi 2 años).

La Sala entiende que procede la confirmación de la sentencia y que el interés de los niños exige el mantenimiento de la modalidad de guarda adoptada en la misma aunque por razones distintas de las contenidas en la resolución. La sentencia funda la denegación de la guarda compartida básicamente en la ausencia de comunicación entre ambos progenitores y en la existencia de pautas distintas y entiende que ello impide o dificulta el ejercicio de una guarda compartida. Como se alega en el recurso, si este fuera el único motivo de la medida, bastaría con que uno de los progenitores obstaculizara la comunicación para evitar un pronunciamiento favorable a la guarda compartida. Para adoptar la medida que se ajuste más al interés y necesidades de los menores deben tenerse en consideración y ponderarse los criterios o pautas establecidos en el artículo 233-11 del CCCat y aun cuando, y en esto coincidimos con la argumentación de la sentencia, la coparticipación, que es implícita en una guarda compartida, exige capacidad de comunicación y diálogo entre los progenitores y coincidencia en lo sustancial de criterios educativos, no es el único parámetro a tener en cuenta y tampoco se aprecia en este caso una imposibilidad o incapacidad por parte de los padres de encontrar vías de comunicación para ejercer de forma responsable su responsabilidad parental.

Dicho lo anterior, de las pruebas practicadas se desprende que constante la convivencia familiar ha sido la madre la que se ha ocupado de una forma primordial del cuidado y atención diaria de los menores, solicitando después del permiso de maternidad una excedencia y con posterioridad reducción de jornada laboral para el cuidado de los hijos, siendo el progeni-

tor que se ha encargado de forma prioritaria de hacer el seguimiento médico correspondiente y de hacer de interlocutor ante los centros escolares, y consta asimismo que después de la ruptura de hecho producida en marzo de 2011 hasta la presentación de la demanda -noviembre de 2011- los niños quedaron bajo la guarda de la madre. Ello no desmerece los cuidados paternos pero genera un estado de situación que no puede ser obviado. A falta de otras pruebas que lo contradigan, cabe afirmar que el referente cuidador de los menores ha sido la madre y si es así no hay razones en este caso para variar la forma de vida y organización de los hijos menores.

Como se ha señalado de forma reiterada por esta Sala, entre otras en Sentencias de 08/04/2011 (ROJ: SAP B 3851/2011) y del 04/04/2013 (ROJ: SAP B 4086/2013), el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento. No de otra forma se entiende que entre los criterios a valorar se recojan en el artículo 233-11 del CCCat el tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las labores que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar, así como los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera del convenio antes de iniciarse el procedimiento. De dicho precepto se deriva, como también ha señalado esta Sala, la importancia que da el legislador al denominado criterio de la continuidad, señalando en la exposición de motivos que “se destacan como criterios para determinar la guarda individual la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura”. En el mismo sentido el Tribunal Supremo en Sentencias de 8 de octubre de 2009,¹¹ de

marzo y 1 de octubre de 2010, ante la ausencia de criterios legales para acordar este tipo de custodia, señala como tales entre otros la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales y los acuerdos adoptados por los progenitores.

El criterio de la continuidad no ha de impedir que se acuerde otra modalidad de custodia, no ha de impedir que se establezca otra organización familiar después de la ruptura, pero para ello debe acreditarse que la nueva organización que se propone resulta beneficiosa para los menores o que no perturba su estabilidad, estabilidad que esta vinculada a su forma de vida y a su cotidianidad, y en el caso de autos no hay prueba sobre dicho extremo, ya que la compatibilidad horaria y de domicilios constituyen datos objetivos

que condicionan el ejercicio de la guarda pero no son suficientes para valorar lo que necesitan los menores y los demás argumentos vertidos en el recurso respecto a los beneficios que en abstracto proporciona una guarda compartida, con cita en una sentencia de esta Sala, la de 20-2-2007, deben concretarse e identificarse en cada caso y respecto a cada menor, lo que tampoco ha tenido suficiente reflejo en el proceso.

Concluyendo, la Sala estima que la modalidad de guarda acordada en la sentencia viene a garantizar la estabilidad de los menores, y asegura que su modus vivendi y su cotidianidad se vea alterada lo menos posible satisfaciendo plenamente su interés, por lo que procede su confirmación con desestimación del recurso.

Pensión alimenticia

Se extingue porque la hija trabaja tres meses al año

AP Huelva, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de abril de 2014

Se suprime la pensión alimenticia de la hija de 22 años pues consta acreditado que trabaja tres meses al año en faenas agrícolas y que puede obtener el subsidio de desempleo. Lo determinante es que ha accedido al mundo laboral y ha terminado su formación.

...Por lo que respecta a la pensión de alimentos de la hija mayor hemos de partir de que el art. 93 CC permite que pueda establecerse en la sentencia de divorcio que se dicte en el procedimiento correspondiente la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar cuando carezcan de ingresos propios, fijándolos conforme a los artículos 142 y siguientes del referido Código, que se ocupan de regular los alimentos entre parientes, pero dicha remisión no puede entenderse a todos los preceptos que regulan los alimentos como afirma el Tribunal Supremo, en la sentencia 24 de abril de 2.000, cuando mantiene que "...remisión excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos, pues resulta clara la inaplicación de muchos de esos artículos al caso de que ahora se trata) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio art. 93, párrafo 2º convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios),".

Con base en esta regulación la sentencia establece la pensión alimenticia temporal para la hija mayor de edad del matrimonio, al entender que todavía no tiene independencia económica.

No obstante ha quedado acreditado, en este caso, por las manifestaciones en el juicio de la progenitora, que Carlota (actualmente de 22 años) trabaja en el campo dos o tres meses al año, esto es, como le ocurre a gran parte de las personas que se dedican a las faenas agrícolas, con lo que está acreditado que ha accedido al mercado laboral y que ha terminado su formación. En definitiva que como recoge la sentencia está capacitada para procurarse su sustento y en contra de lo que mantiene la sentencia, debemos concluir que Carlota goza de independencia económica, teniendo en cuenta que con conforme a la legislación vigente el PER (Plan de Empleo Rural) aplicable a Extremadura y Andalucía puede obtenerse el subsidio de desempleo a partir de treinta y cinco jornadas de trabajo en el campo por cuenta ajena, con un máximo de 180 días, dependiendo de las circunstancias personales y familiares del/de la solicitante, es decir, como cualquier persona adulta que se dedica a dicha actividad laboral.

Por lo tanto entendemos que debe concluirse que Carlota puede procurarse su sustento por su actividad laboral, siendo por ello que procede acordar que la pensión de alimentos establecida a favor de la hija mayor de edad del matrimonio, deba suprimirse.

Regímenes económicos matrimoniales

No puede ejercitarse la acción de división de cosa común

AP Málaga, Sec. 5.^a, Sentencia de 31 de enero de 2014

Aunque la vivienda se adquirió antes de contraerse el matrimonio, habiéndose abonado parte del préstamo hipotecario constante el matrimonio, no puede accederse a la división de cosa común, siendo necesario que los cónyuges acudan al procedimiento de liquidación del régimen económico previsto en los arts. 806 y ss. de la Lec.

Por la demandada se interesaba también en su reconvencción la disolución de la comunidad de bienes consistentes en la vivienda, plaza de garaje y bienes muebles, a lo que se opuso el actor por entender aplicable el procedimiento establecido en el artículo 806 y ss. de la Lec para la liquidación del régimen económico matrimonial, alegación que reitera en su recurso. Sobre la calificación jurídica de los inmuebles objeto de debate, parece necesario recordar que, si bien los mismos fueron adquiridos por ambos litigantes, en común y pro indiviso, con anterioridad a contraer matrimonio, su precio de adquisición se sufragó mediante un crédito hipotecario, que continuó abonándose tras la celebración del matrimonio, destinándose dicho bien además, al principio de la convivencia, a vivienda familiar. Tal situación atrae necesariamente al caso las previsiones del artículo 1357, párrafo segundo, del Código Civil, según el cual la vivienda familiar adquirida mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las respectivas aportaciones. Así, es de aplicación lo establecido en el art. 1357 del CC, que establece: “ Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.”, ahora bien, se sigue indicando, que “se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el art. 1354 “, conforme al que “ los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”. Hemos de partir igualmente de la base, que tanto doctrina como jurisprudencia, equiparan el régimen normativo previsto para la compraventa a plazos a los supuestos de adquisición de vivienda con préstamo hipotecario, cuyas cuotas de amortización se satisfacen durante el matrimonio a costa de caudal ganancial (art. 1347 CC), ver en este sentido la SSTS

de 31 de octubre de 1989, 7 de julio de 1995 y 9 de marzo de 1998. Como es sabido, cuando la vivienda ha sido comprada con dinero privativo y ganancial no se aplica la regla general de considerar privativo aquellos bienes comprados antes de regir la sociedad de gananciales, con independencia de si después se abonan en su totalidad o no, con dinero ganancial, art. 1357 C.C., sino que en estos supuestos y respecto de la vivienda se genera una copropiedad entre el cónyuge que abono parte del precio con dinero privativo, y la sociedad de gananciales, en proporción a la cantidad abonada por cada uno de ellos, por aplicación del último párrafo del art. 1357, que remite al art. 1354 CC. De modo que habiendo corrido por cuenta de la sociedad de gananciales el pago de parte de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, debe considerarse la vivienda y la plaza de garaje como bien ganancial o cuando menos fundamentalmente ganancial ex art. 1354 C.C., al confundirse en la práctica en estos casos el pago o amortización de la hipoteca con el pago del precio al vendedor de la vivienda, de modo que según dispone el art. 1362.2 CC serán de cargo de la sociedad de gananciales la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, al haberse financiado por ambos cónyuges en su beneficio, sin perjuicio de que el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos -en mayor o menor medida- para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común (art. 1364 CC). Por lo que ambos inmuebles deben ser considerados, en la proporción que corresponde, como pertenecientes a la sociedad de gananciales y por tanto para su liquidación habrá de acudir al procedimiento establecido en el artículo 806 y ss. de la Lec. Lo que lleva a estimar este motivo del recurso y a desestimar la reconvencción instada sobre este particular. Por último, y en relación con los bienes muebles cuya liquidación como bienes comunes se insta también por la demandada reconviniente, los mismos, según se alega por la Sra. Fermina, fueron adquiridos en los años 2003 y 2004, antes de la celebración del matrimonio, por lo

que los mismos no tienen la condición de gananciales y les resulta de aplicación lo establecido en los artículos 392 y s.s. del C.C.. Ahora bien, la Sra. Fermina no prueba que los bienes obrantes en la relación que aporta existan o que estos pertenezcan a los litigantes. Así, como acertadamente se establece en la instancia, las facturas de compra que aporta han sido giradas a nombre de sus padres, designándose en las mismas el domicilio paterno y no la vivienda conyugal; y en cuanto a los pretendidos regalos, tampoco se aporta prueba alguna al respecto. En atención a lo anterior y conforme al art. 217 de la LEC, corresponde a la parte que formula una reclamación, la prueba cumplida de todos y cada uno de los requisitos de la

misma, sin que sean de recibo simples suposiciones, cálculos o conjeturas, no apoyadas en hechos ciertos o concluyentes que, al menos de forma indiciaria, nos permitan considerar probado, por vía de presunción, los hechos base en que funda su pretensión. Visto lo anterior, surgen, como ya se ha dicho, bastantes dudas sobre la existencia de tales bienes muebles o sobre su carácter común, por lo que tal y como establece el artículo 217 de la LEC, si al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, son dudosos los hechos relevantes para acordar la decisión, se desestimarán las pretensiones ejercitadas. Razones que llevan a desestimar también este motivo del recurso interpuesto por la demandada.

Convenio regulador

Lo firmó sólo el esposo y luego lo revocó antes de ser aceptado por la esposa

AP Córdoba, Sec. 1.^a, Sentencia de 25 de marzo de 2014

Ineficacia de la propuesta de convenio regulador suscrito por uno sólo de los cónyuges que fue posteriormente revocado al no ser inicialmente aceptado por la esposa, aunque ésta cambiase luego de opinión. Por tanto, ningún efecto tiene la renuncia de derechos que se contiene en el citado documento.

Partiendo de la indiscutida realidad de la suscripción por parte de D. Lucas del documento privado de 10 de septiembre de 2012 (dos de sus tres ejemplares originales obran a los folios 107 y 108, y copia notoriamente verdadera del tercero figura a los folios 66 y 109), la cuestión consiste en determinar si dicho documento, exclusivamente suscrito por el referido don Lucas, merece tal y como esencialmente sostiene la parte apelante, la calificación jurídica de renuncia unilateral de derechos de carácter no receptiva e irrevocable o, por el contrario, si tal y como ha estimado la sentencia y defiende la parte apelada, dicho documento refleja la propuesta de un negocio jurídico de carácter bilateral, propuesta que sería revocable por el oferente antes de la aceptación de la misma.

Pues bien, planteada así la cuestión y revisado el contenido de las actuaciones, se ha de anticipar que el recurso debe de ser desestimando.

En efecto, siendo igualmente indiscutida la situación de crisis en la que a la fecha de la suscripción del referido documento se encontraba el matrimonio de don Lucas y doña Angélica (de hecho la sentencia de 17 de enero de 2013 ha declarado la disolución del mismo por causa de divorcio), no cabe duda de que dicho documento es una propuesta del marido para bilateralmente regular los efectos económicos

de dicha crisis familiar, pues lo cierto y verdad, tal y como oportunamente pone de manifiesto la sentencia apelada, es que en el mismo no solo se contiene la renuncia de don Lucas “a la propiedad de todos sus bienes en común con su esposa”, sino que también se contienen las obligaciones que específicamente debían de ser asumidas por ésta, cuales son las relativas a “la responsabilidad de las cargas legales que tengan los mismos” y “que los costes de tal disolución y el cese de los bienes a favor de Angélica sean costeados por ella”.

Pues bien, esa propuesta de regulación de determinados efectos económicos, no sólo no fue aceptada por doña Angélica el mismo día de la oferta (esto es, el día del ofrecimiento del documento en cuestión), sino que pragmáticamente fue contradicha por ésta cuando al día siguiente, esto es el día 11 de septiembre de 2012, de determinada cuenta corriente nutrida por dinero común retiró justamente el 50% de los fondos depositados, concretamente la suma de 26.747'73 euros.

Partiendo de ello, y como finalmente aconteció, que el siguiente día 12 don Lucas solicitó a doña Angélica la devolución del documento en cuestión y que ésta no accedió a ello (así viene sustancialmente a declararlo la sentencia apelada mediante un claro e

indiscutido juicio de apreciación de las propias manifestaciones de doña Angélica en prueba de interrogatorio de parte), la consecuencia mal puede ser distinta a considerar que don Lucas efectuó una válida revocación de la propuesta, pues doña Angélica ni verbalmente ni por acto concluyente alguno había aceptado la propuesta a fecha 12 de septiembre, ni la propuesta contenía en sus términos, expresos o implícitos, voluntad temporal de permanencia más o menos prolongada.

Téngase en cuenta, que una cosa es la existencia de una voluntad de don Lucas de ofrecer una determinada solución o salida a determinados aspectos de la crisis matrimonial, y otra cosa es obviar, tal y como en suma aquí pretende la apelante, que el consentimien-

to, cuando de un negocio jurídico bilateral se trata y este es el caso, supone coincidencia en los querer de todos los intervinientes, y así lo sanciona el artículo 1262 del Código Civil.

En suma, validamente revocada la propuesta ofrecida por don Lucas por medio del documento de 10 de septiembre de 2012, y conocido ello por doña Angélica, antes de proceder a la aceptación, expresa o tácita, de la misma ninguna eficacia jurídica puede ya derivar de la misma por mucho que doña Angélica con posterioridad a dicha renovación mude de voluntad y mantenga en su poder el documento en cuestión; siendo irrelevante a tales efectos el análisis y glosa que de esos actos posteriores a la revocación se hace en el recurso.

Pensión compensatoria

Se incrementará cuando se extingan las pensiones alimenticias de las hijas

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 14 de enero de 2014

Se fija una pensión compensatoria de 350 euros mensuales que se incrementará en otros 300 euros cuando cese la obligación alimenticia de las hijas.

No mejor suerte ha de correr la segunda, y última, de las pretensiones que articula el recurrente, pues contra lo que alega su dirección Letrada, el pronunciamiento impugnado no vulnera, en modo alguno, las exigencias del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, y como declara el Tribunal Supremo, la congruencia de las sentencias se mide por la adecuación entre su parte dispositiva y los términos en que los litigantes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que no puede la decisión otorgar más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa distinta y no pretendida (vid, entre otras muchas, Ss. de 5 de noviembre de 1992 y 30 de marzo de 1999).

Ha de tenerse en cuenta, al fin debatido, que la Sra. Angélica, en su demanda, reclama el reconocimiento, a su favor, del derecho al percibo de una pensión por importe de 1.500€ al mes, en tanto que la resolución impugnada fija inicialmente dicha prestación en 350€, con un futuro incremento en el momento del cese de la obligación alimenticia de cada una de las hijas, lo que supondrá un global acumulado de 650€, por lo que el pronunciamiento judicial no excede, en modo alguno, del planteamiento al efecto realizado por la referida litigante.

Tampoco la resolución apelada contiene, en este extremo, una prohibida condena de futuro, tal como sostiene el recurrente, y sí únicamente una acomodación de la cuantía de la pensión a las circunstancias presentes y futuras, que no permiten, en la situación existente al tiempo de ser dictada aquélla, una cuantificación acorde a los factores anteriormente expuestos, por la existencia de una obligación económica respecto de la prole que tiene carácter prioritario, pero que, una vez cesada la misma, ha de conllevar un justo reequilibrio del status en que ha de quedar la acreedora del derecho. No puede olvidarse, a tal fin, que el propio artículo 97 C.C. previene, en su último párrafo, que en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión, lo que, con independencia de fórmulas de revisión anual, a tenor del IPC o variación de los ingresos del obligado, permite igualmente la adopción de medidas como las que contiene la resolución impugnada, sin que ello excluya la minoración cuantitativa, o inclusive el cese, de la obligación de modificarse en el futuro las circunstancias que, en la coyuntura ahora existente y con las previsiones contempladas en dicha resolución, determinan su reconocimiento, cuantificación y vigencia indefinida en el tiempo.

Regímenes económicos matrimoniales

Actos propios y determinación del régimen económico

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de enero de 2014

Son varias las escrituras públicas en las que los cónyuges han manifestado que su régimen económico es el de separación de bienes, pero dicha manifestación no tiene la virtualidad de modificar el régimen económico matrimonial que viene impuesto por la ley y que en algunas ocasiones es desconocido por los propios interesados.

Es también objeto de recurso la omisión que denuncia el apelante respecto del régimen económico matrimonial que se estableció entre los litigantes tras su matrimonio. Es reiterada la doctrina jurisprudencial de que en el procedimiento de divorcio no cabe efectuar tal determinación (SAP Murcia, 22.5.2000, SAP Madrid, 25.9.2001) salvo que dicha cuestión sea premisa necesaria para efectuar otro pronunciamiento propio de este tipo de procedimiento y existan datos suficientes para ello. En el presente caso, basta con acordar la disolución del régimen vigente, que no es otro que el pactado en capitulaciones matrimoniales que los cónyuges estipularon en debiendo acudir las partes al procedimiento que corresponda para solventar la cuestión relativa a la determinación del régimen económico vigente.

Son varias las escrituras públicas en las que los cónyuges han manifestado que su régimen económico es el de separación de bienes, pero dicha manifestación recogida en la escritura no tiene la virtualidad de modificar el régimen económico matrimonial que viene impuesto por la ley y que en algunas ocasiones es desconocido por los propios interesados. La declaración de un régimen económico matrimonial determinado en un documento público no tiene virtualidad probatoria suficiente para su determinación, por cuanto el valor o eficacia probatoria del documento público se extiende al contenido del mismo, pero no a las calificaciones jurídicas que se incluyen, el notario da fe del hecho que motivó el otorgamiento y de la fecha, pero no de las manifestaciones vertidas por los comparecientes o por terceros.

El Tribunal Supremo ha señalado que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SS de 16/09/2004 y 25/10 y 28/11/2000), declarando asimismo que sólo pueden

merecer esta consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir una convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho (SS de 10/05/1989, 28/01 y 9/05/2000, 13/03/2003 y 30/01/2004). Dicha doctrina no puede hacerse extensiva a las manifestaciones vertidas por los litigantes ante un notario con ocasión de un acto de adquisición o disposición de un bien, pues en ningún caso resultan asimilables al otorgamiento de unas capitulaciones matrimoniales. Los actos de los cónyuges solo tendrían relevancia jurídica a estos efectos cuando la manifestación pudiera por sí sola constituir o modificar una determinada situación jurídica, lo que no ocurre con el régimen matrimonial, que sólo puede ser modificado mediante capitulaciones matrimoniales.

El régimen económico matrimonial se determina en el momento de la celebración del matrimonio, según el punto de conexión fijado por la norma vigente en ese momento y solo se modifica con posterioridad mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, resultando en caso contrario inalterable aunque con posterioridad varíe la vecindad civil de los miembros del matrimonio. En el presente caso consta perfectamente acreditado que los litigantes otorgaron una escritura de capítulos prematrimoniales en Holanda, el día 18 de agosto de 1993, donde fijaron inicialmente su residencia tras haber contraído matrimonio, adoptando el denominado régimen de comunidad del ajuar holandés, apartándose del régimen legal supletorio en dicho país, que es el de comunidad absoluta de todos los bienes.

Guarda y custodia

No puede otorgarse la custodia compartida a los abuelos

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 14 de enero de 2014

Aunque la guarda la ostentase el padre fallecido, no puede accederse a la petición de los abuelos de que les otorgue la custodia compartida, al carecer de legitimación ad causam pues sólo pueden interesar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 del CC, un régimen de comunicación con su nieta en los términos establecidos en dicho precepto, sin que por otra parte se acredite la existencia de una situación de peligro para la menor que pueda justificar la adopción de alguna de las medidas del artículo 158 del CC.

Se ejercita en la demanda origen de las presentes actuaciones acción de solicitud de guarda y custodia compartida a favor de los abuelos paternos de su nieta Custodia, en sustitución de su hijo, D. Alejandro, fallecido el 13 de Octubre de 2010 y que tenía atribuido la guarda y custodia de la menor por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de esta ciudad de fecha 24 de Julio de 2009, confirmada por la sentencia de esta Sala de 7 de Septiembre de 2010. La sentencia apelada desestima la demanda por considerar que los abuelos carecen de legitimación ad causam para interesar la guarda y custodia compartida de la menor ya que sólo están legitimados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil para interesar un régimen de comunicación con su nieta en los términos establecidos en dicho precepto.

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala sino confirmar el criterio de la sentencia apelada, por cuanto que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 154 y siguientes del Código Civil, la patria potestad es un derecho-deber que se atribuye exclusivamente a los padres, disponiendo el artículo 156 del Código Civil que “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro” y añadiendo en su párrafo tercero que “en defecto, o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”. En consecuencia la patria potestad se atribuye exclusivamente a los progenitores y a estos únicamente corresponde su ejercicio, correspondiendo a los abuelos sólo la acción prevista en el artículo 160 del Código Civil.

Frente a lo alegado en el escrito de interposición de recurso, no puede estimarse que estemos en presencia de un supuesto de sucesión procesal previsto

en el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que requiere la existencia de un proceso en tramitación cuando tiene lugar el fallecimiento de una de las partes ocupando sus sucesores la misma posición que éste ostentaba en el procedimiento, y por otra parte exige el artículo 16 citado que “se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio” y la patria potestad y el ejercicio de la misma se confiere a los padres con un carácter personal e intransmisible, no siendo posible en consecuencia la transmisión mortis causa de la misma ni de sus forma de ejercicio.

En consecuencia, como perfectamente se declara en la sentencia apelada, no supone vulneración de ningún derecho fundamental del menor ni de sus abuelos el hecho de que conforme a lo dispuesto en el Código la patria potestad se ejerza únicamente por uno de los progenitores, ante el fallecimiento del otro, sin que por otra parte se acredite la existencia de una situación de peligro para la menor que pueda justificar la adopción de alguna de las medidas del artículo 158 del Código Civil, y ello sin perjuicio del derecho de los abuelos a comunicar y relacionarse con su nieta mediante el ejercicio de la acción derivada del artículo 160 del Código Civil para garantizar la relación de sus abuelos paternos y que, como declara la sentencia apelada habrá de ejercitarse en el procedimiento oportuno en el que habrán de acreditarse la forma y extensión de su ejercicio.

Uniones de hecho

Reclamación de cantidad por la compra de muebles

AP Sevilla, Sec. 6.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2014

Se desestima la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el conviviente de hecho por la compra de muebles para el hogar familiar al considerarse que fue un acto de mera liberalidad y para el disfrute de los hijos.

El demandante en su día pasó a cohabitar con la demandada, formando pareja de hecho con la que tuvo dos hijos. Posteriormente la pareja se deshizo y éstos quedaron y continúan bajo la custodia de la madre; comoquiera que en su momento se compraron una serie de bienes muebles que por su naturaleza iban destinados a la convivencia familiar, y que la factura de su importe aparece expedida a nombre del demandante, representado por su padre habida cuenta la incapacitación de aquél como consecuencia de un grave accidente sufrido tiempo después de la separación, por medio de la demanda que encabeza las presentes actuaciones vino a reclamar de la demandada, la que había sido su pareja de convivencia y madre de sus hijos, y que se mantuvo en rebeldía en todo el procedimiento, el importe de dicha factura, lo que fue rechazado por la sentencia ahora recurrida, sobre la base de que aquel gasto fue un acto de mera liberalidad.

El recurso se sustenta en la supuesta infracción, por aplicación errónea, de los arts. 93, 1344 y 1347 del código civil, así como error en la valoración de la prueba, y, finalmente, en infracción del art. 394 de la Ley1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La tesis del recurrente es que no puede identificarse las uniones de hecho con el matrimonio, puesto que “con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias”, y que por tanto no es trasladable a la convivencia *more uxorio* las reglas, vía analogía legis, de las derivadas del vínculo matrimonial, entre las que se encuentran las reglas relativas al régimen económico matrimonial. Derivado de este razonamiento, el apelante rechaza el argumento y tesis de la sentencia, interpretando erróneamente la prueba practicada, de que los bienes quedaron en el domicilio común de la pareja a favor de sus hijos como un acto de liberalidad.

El recurso no puede tener favorable acogida. Con

independencia de la ratio decidendi de la sentencia en la resolución del pleito, nada del fundamento tercero de la misma, el único que entra en el fondo del asunto, permite deducir que se han aplicado analógicamente las normas del régimen económico ganancial como alega el apelante. Por tanto si no se aplicaron esas normas mal pudieron haber sido infringidas. Aún así, en el desarrollo del motivo de apelación, que ninguna relación guarda con el anuncio del motivo, el único argumento utilizado es negar que la aportación de los bienes lo fuese con ánimo de liberalidad y para que quedasen en disfrute de los hijos de la unión. Pero tal no es la cuestión. La acción ejercitada por el demandante, reclamando el importe de la factura, se plantea como si se tratase de una venta de tales bienes a la demandada cuyo pago se le reclama. Desde luego, cualquiera que fuese la acción procedente, la articulada no puede prosperar porque no es lo sucedido ni probado. La relación de bienes que aparece en el documento factura aportado pone de manifiesto que fueron bienes aportados precisamente para servir de hogar familiar; tal aportación no puede verse de manera aislada, atendido el fin de su adquisición, sino que debió formar parte de un proyecto más amplio, tales bienes fueron disfrutados por los convivientes, incluidos naturalmente los hijos, sin perjuicio además del desgaste de los mismos, y la ignorancia sobre su estado y valoración actual, e incluso de su existencia, en cuya convivencia se produjeron otras necesidades y otros gastos, sin que pueda procederse a una liquidación parcial y unilateral como la pretendida por el actor.

Pensión alimenticia

No podrá extinguirse, la hija tiene un problema mental

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2014

La hija no está en disposición de acceder a la independencia económica y el motivo no es imputable a ella, sino a su problema mental y va a ser difícil que pueda acceder al mercado laboral. Debe mantenerse la obligación alimenticia paterna, aunque el importe de la pensión debe reducirse, al haber disminuido los ingresos del padre.

Recurre la Sra. Carla la sentencia de primera instancia que ha estimado la demanda de modificación de efectos de la anterior sentencia de divorcio de 16-11-04, ha extinguido la pensión alimenticia a cargo del padre para Josefina y le ha impuesto las costas.

Alega la recurrente la infracción de normas reguladoras de la sentencia por falta de motivación y en cuanto al fondo del asunto solicita en su recurso que se mantenga la pensión alimenticia de Josefina a cargo del padre y el Sr. Sixto se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

...En el caso de autos la valoración de la prueba practicada ha sido suficiente para conocer el nexo entre las acciones ejercitadas tal como se refirieron en las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, habiéndose hecho mención expresa en varias ocasiones sobre la situación psicológica de la hija común Josefina, la dejación de sus estudios y los intentos de ingreso en el mundo laboral, quedando por lo tanto planteada de forma suficiente la situación fáctica, la normativa aplicable y el nexo de unión entre ellos, que determinan el pronunciamiento adoptado en el fallo, por lo que el argumento aducido por la recurrente de falta de fundamentación de la sentencia no puede admitirse.

El art. 233-4 CCCat establece que la autoridad judicial debe acordar en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, las medidas, entre otras, relativas a alimentos de los hijos mayores de edad, teniendo en cuenta lo que al respecto establece el art 237-1 CCCat, y que estos alimentos se mantengan hasta que estos hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos.

Y el art. 237-1 CCC indica que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, y también los gastos para su formación si es menor de edad y para la continuación de la formación una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha acabado antes por una causa que no le sea imputable, siempre que mantenga un rendimiento

regular. Y añade el art. 237-4 del mismo Texto Legal que tiene derecho a reclamar alimentos la persona que los necesita siempre que la necesidad no derive de una causa que le sea imputable mientras la causa subsista.

De la prueba practicada se ha acreditado que la hija común Josefina dejó de estudiar a los 16 años, según reconoció ella misma en su interrogatorio, e intentó entrar en el mundo laboral pero, debido a su problemática mental no ha podido mantener ningún trabajo ni estudiar, cuando posteriormente lo ha intentado. Consta que se matriculó en un curso de acceso al grado superior de educación infantil, pero de los 5 meses que su madre pagó no acudió a clase durante todo un mes y después dejó tales estudios.

Efectivamente, se ha acreditado por los informes aportados a las actuaciones de la psicóloga Sra. Virginia de fechas 26-1-09, 2-2-12 y 12-3-12 el diagnóstico de Josefina de trastorno ansioso-depresivo y sintomatología asociada a trastorno límite de la personalidad. Tiene dificultades para seguir los estudios y las tareas de la casa y puntualmente presenta conductas autolesivas que le han puesto en un riesgo importante. Este último dato podría ser compatible con las alegaciones de la recurrente, de dos intentos de autolisis, no acreditados.

Así las cosas, esta Sala considera que la hija común Josefina no está en disposición de acceder a la independencia económica necesaria para que el padre pueda dejar de entregar su pensión alimenticia y el motivo no es imputable a Josefina, sino a su problema mental. Va a ser difícil que la hija común pueda acceder al mercado laboral en tanto su estado mental sea el descrito, pudiendo quizá acceder a trabajos asistidos que le correspondan y sean adecuados a su situación.

Debe pues, mantenerse la obligación alimenticia paterna, aunque el importe de la pensión debe reducirse, al haber disminuido los ingresos del alimentante.

Pensión alimenticia

Han disminuido los ingresos del padre, pero también los de la madre

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 22 de enero de 2014

Para reducir la pensión alimenticia por el descenso en los ingresos del padre, también debe tenerse en cuenta que los ingresos de la madre igualmente han disminuido, ya que debe guardarse en todo momento el principio de proporcionalidad.

Por lo que hace referencia a los ingresos reales del demandante, pese a los esfuerzos probatorios de la parte apelante, la Sala coincide con la valoración del Juez a quo. No hay prueba, ni indicios suficientes sobre los que sustentar la prueba de presunciones de que el demandante tenga mayor capacidad económica que la que se deriva de sus nóminas. Se alega que en 2010 solo percibió tres meses de paro según se deriva del doc. 25 (f.41) y que el resto de la percepción (DR 2010) corresponde a medio año de 2010 pues la antigüedad en la empresa es desde junio, lo que arroja un resultado mensual superior que el que se acredita con las nóminas de 2011 y 2012, pero no puede alcanzarse dicha conclusión por cuanto resulta previsible que haya percibido al cesar la prestación algún subsidio y la estancia o realización de una jornada laboral mas amplia de la reconocida no implica siempre percepción de mayores ingresos que los contratados. Debe partirse por tanto de unos ingresos por parte del Sr. Valeriano de una media de 760 euros al mes lo que implica una reducción aproximada del 50% (algo inferior) de los ingresos que percibía cuando firmó el convenio.

Se alega infracción del artículo 237-9 del CCCat por cuanto la sentencia ha obviado la situación económica de la madre y dicho motivo debe ser acogido pues efectivamente, a pesar de las alegaciones contenidas en la contestación a la demanda y de la prueba practicada por la demandada sobre este extremo, ninguna referencia se ha hecho en la sentencia y es evidente que para fijar la pensión de alimentos del hijo menor, ya sea en un procedimiento de divorcio, ya sea en un procedimiento de modificación, deben tenerse en consideración la capacidad y posibilidades de ambos progenitores y la variación en su caso de dicha capacidad y posibilidades cuando se plantea una modificación.

De la documental aportada -Declaraciones de Renta- se desprende que en 2006-2007 la madre tenía unos ingresos netos de unos 1.000 al mes y ahora tiene unos ingresos de 500 euros por catorce pagas. Se ha aportado en esta alzada como hecho nuevo la

carta de despido por causas objetivas con una indemnización de 2.268 euros, pero se ignora si la parte esta percibiendo prestación por desempleo y en caso positivo por qué importe y por cuanto tiempo. Las limitaciones de la prueba en segunda instancia impiden afirmar, sin infringir el principio de contradicción y el derecho de defensa, que la apelante carezca en este momento de ingresos, debiendo partirse de la situación acreditada en el proceso en primera instancia, pues el hecho que se ha pretendido acreditar en esta alzada no puede estimarse como hecho consumado y con carácter de permanencia.

No obstante lo anterior, la reducción de los ingresos de la demandada desde 2006-2007 debe tenerse en consideración para determinar la pensión pues si se aprecia una modificación en la capacidad del demandante para reducir la pensión, también debe valorarse la pérdida de esta capacidad por parte de la demandada, de lo contrario se infringiría el principio de proporcionalidad que rige esta materia.

Valorando la pérdida de capacidad económica de ambas partes y entendiendo que el principio de proporcionalidad no debe ser entendido en términos aritméticos, la Sala estima que procede la reducción de la pensión de alimentos que debe abonar el padre con cuyos ingresos no puede hacer frente a una pensión que con las actualizaciones del IPC es superior a 400 euros al mes, pero dicha reducción ha de ser inferior a la acordada en la sentencia de instancia que implica en realidad una reducción de más del 50% de la pensión y en consecuencia una reducción superior a la que han experimentado sus ingresos, entendiendo mas ajustada a las nuevas circunstancias concurrentes y al principio de proporcionalidad del artículo 237-9 del CCCat la cantidad de 260 euros al mes lo que conduce a la estimación parcial de la demanda. La cantidad fijada tiene efectos desde la fecha de la presente resolución (STSJC 26-10-2011).

Vivienda familiar

El padre solicita que se le atribuya a él el uso de la vivienda familiar que además es de su exclusiva propiedad, alegando que es en ese inmueble donde vienen a pernoctar los hijos de un anterior matrimonio para el desarrollo del régimen de visitas. ¿Influye esta alegación en el momento de atribuir el uso de la vivienda familiar?

No puede ser motivo para denegar el uso de la vivienda al hijo, el hecho de que se diga que en dicha vivienda el demandado cumple el régimen de visitas y estancias con otro hijo que tiene de su relación anterior. A la hora de determinar la preferencia en la atribución (de un domicilio entre dos personas cuya convivencia se rompe) el Código Civil tiene en cuenta como

principal factor determinante si existe un hijo menor de la pareja cuyo cese de vida en común se disciplina en la sentencia de separación o divorcio. Ese es el interés a salvaguardar y no las condiciones en que pueda cumplir o no el padre otro régimen de visitas que para nada afecta a la cuestión que se está discutiendo ni se regula en el presente procedimiento.

Cuestiones procesales

Estando en trámite un procedimiento de modificación de medidas, se solicita por la madre por vía del art. 158 del CC que se le atribuya la custodia de los hijos, petición que es rechazada por el Juez, al entender que la cuestión objeto de esta petición constituye la base del procedimiento de modificación y no consta la existencia de peligro inminente para los menores. La madre entiende que no puede rechazarse una petición de medidas urgentes de protección y que deben adoptarse desde el momento en que existan indicios sobre la producción de perjuicios graves a los menores ¿Es viable procesalmente la petición de la madre?

Las denominadas medidas cautelares, tutelares o de protección urgentes de los menores en situación de riesgo previstas en el art. 158-2 del CC sólo pueden llegar a tener sustantividad propia cuando no existe un proceso declarativo en el orden civil o un proceso penal en curso porque, en otro caso, estando en trámite un procedimiento declarativo, es en el seno de éste en el que, con la debida contradicción, y analizando y ponderando todos los datos y el

material probatorio en su conjunto, se habrá de efectuar el debido enjuiciamiento de la situación, a fin de adoptar la decisión más procedente para salvaguardar el interés de los menores de edad. Por tanto, salvo que se acredite un inminente peligro para la integridad física o psíquica de los menores, habrá que seguir las normas procesales ordinarias para la modificación de las medidas que se adoptaron en un anterior procedimiento.

Regímenes económicos matrimoniales

¿Qué periodo de tiempo de cese de convivencia puede considerarse adecuado para que la disolución de la sociedad de gananciales tenga lugar desde la separación de hecho y no desde que se dictó la sentencia de divorcio?

Si la separación ha sido efectiva en lo personal y en lo económico, algunos tribunales, como por ejemplo la Sec. 22.ª de la AP de Madrid en

su Sentencia de 25 de octubre de 2013, consideran que es suficiente un periodo de dos años sin convivir.

● Profesionales judiciales debaten en las III Jornadas de Derecho de Familia sobre los criterios que se siguen con la custodia compartida

El deber del interés del menor

Rafa Bungal CÁDIZ

Los hijos son los que sufren los daños colaterales provocados por la ruptura de un matrimonio. Jueces, fiscales y abogados tienen el deber de gestionar un momento tan complicado para una familia. Con el cambio de roles en la pareja, la figura de la custodia compartida se ha ido abriendo como una medida cada vez más utilizada en interés del menor. Sin embargo, la multitud de casos que existen hace que sea muy complicada su regulación.

La Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) y el Colegio de Abogados de Cádiz organizaron ayer en el Parador Hotel

Gabriela Delgado
Vicepresidenta de la AEAFA

Nuestra labor de pacificar a las familias va más allá de darle el gusto al cliente"



Los ponentes de la mesa redonda sobre la custodia compartida en las III Jornadas de Derecho de Familia.

Atlántico las III Jornadas de Derecho de Familia, en las que participaron unos 300 profesionales. En ellas, sobresalió una mesa redonda en la que se expusieron los criterios que se siguen para la concesión de la custodia compartida.

Un debate en el que participaron la fiscal coordinadora del Servicio de Violencia Familiar de la Audiencia Provincial de Cádiz, Lorena Montero, la magistrada-jefa del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cádiz, Ana María López; el magistrado-jefe del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Cádiz, Pablo Sánchez; y la vicepresidenta de la AEAFA, Gabriela Domingo.

Ante todo, tal como se vio en la mesa redonda, el interés del me-

nor es lo que debe prevalecer a la hora de dictar una sentencia, teniendo en cuenta que también entra en juego el lado emocional y sus consecuencias futuras.

En primer lugar, la fiscal coordinadora del Servicio de Violencia Familiar de la Audiencia Provincial de Cádiz, Lorena Montero, mostró los problemas que tienen para realizar un informe respecto al reparto de los hijos, debido a que "en el poco tiempo que tenemos no podemos conocer la realidad" que hay en un divorcio.

Montero señaló, en referencia a la custodia compartida, que no está reglamentada. Además, apuntó que cuando se habla del reparto de los hijos se tratan "como paquetes" para "conseguir pensiones o la

atribución de la vivienda". Con todo, calificó la labor judicial como "mágica", ya que "en poco tiempo y con pocas pruebas tenemos que regular la vida del futuro".

Seguidamente, la magistrada-jefe Ana María López trató el asunto de las pensiones y los gastos de los menores. Así, a partir de su experiencia, indicó se dan pensiones para asegurar un mínimo de alimentación de 150 euros, pero que "se está bajando por la situación de la crisis. A veces, se conceden pensiones de 100 euros". Aun así, resaltó que para la definición de quién tiene que correr con los gastos de los hijos "no hay una norma legal para todos los casos", con posibilidades como el reparto proporcional de los gastos o crear

un fondo común, entre otras.

Por su parte, el magistrado-jefe Pablo Sánchez desarrolló la situación de la atribución de la vivienda tras un divorcio, teniendo en cuenta el derecho del menor a la garantía habitacional sin tener que estar ligada a esta vivienda familiar. Así, se pueden tener en cuenta criterios como los ingresos de los progenitores, la posibilidad del uso de otra vivienda o la posibilidad de su venta.

Por último, la vicepresidenta de la AEAFA, Gabriela Delgado, dejó muy clara su postura sobre la acción a desarrollar por los abogados: "Nuestra labor es pacificar a las familias va más allá de darle el gusto al cliente cuando lo que se va a hacer es sufrir al niño".



PROXIMAS JORNADAS

- Octubre.....** 23 y 24 Gijón.
- Noviembre** 13 y 14 Valladolid.
- Diciembre.** 8 Londres.
- Febrero.....** 5 y 6 Toledo.
- Marzo.....** 6 y 7 Madrid.
- Abril.....** Murcia.
Hispano-Marroquí.
- Mayo.....** Almería.
- Junio.....** Málaga.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

SEVILLA 2014

Los días 2 y 3 de Octubre, hemos celebrado en Sevilla las XIX Jornadas de Derecho de Familia que, consecutivamente, convocamos en esta ciudad y que tan buena acogida tienen por muchos compañeros que repiten cada año, sobrepasando en esta edición los cuatrocientos asistentes.

La organización ha corrido a cargo de Libertas Ediciones, y hemos contado un año más con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y de la Asociación Española de Abogados de Familia, siendo dirigidas, como en años anteriores por la compañera María Pérez Galván.

Contamos en la apertura con representantes de la Fundación Cajasol, del ICAS, de la AEAFA, del Ayuntamiento de nuestra ciudad y el Presidente de la Audiencia Provincial, que lo es también de la Sala especializada de Derecho de Familia.

La primera Ponencia estuvo a cargo del Presidente de la Audiencia Provincial de La Coruña, D. José Luis Seonane Spiegelberg, que como siempre estuvo magistral, profundizando en la partición de la herencia y en cuestiones espinosas y desconocidas para muchos abogados, incidiendo en la comunidad hereditaria, la partición, el contador partidor, liquidación de la sociedad de gananciales y división judicial de la herencia, impugnación de la partición y otras cuestiones que, de manera clara y sistemática, comprimió en el tiempo del que dispuso, quedándonos con las ganas de hacer una monográfica sólo de esta apasionante materia.

A continuación intervino el Magistrado D. Antonio Javier Pérez Martín, titular del Juzgado de Pri-



mera Instancia nº 7 de Córdoba y autor del Tratado de Familia, obra que nos ha sacado de tantos apuros en muchas ocasiones en la soledad de nuestros despachos, quien analizó las últimas resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales, ponencia eminentemente práctica que dio un repaso sobre las últimas sentencias en la materia, descendiendo a los aspectos procesales, calificación de bienes y deudas que deben conformar el activo y pasivo, valoración y adjudicación y la problemática procesal sobre el proceso liquidatorio en el régimen de separación de bienes.

La noche del jueves día 2, pudimos disfrutar de un rato de tertulia y compartir un estupendo jamón y una buena cena en el marco del Hotel Alfonso XIII.

La sesión de la mañana del día 3, corrió a cargo de nuestro compañero de Valencia que fue Presidente de la AEAFA, Isidro Niñerola Giménez, que trató sobre cómo hacer un buen Convenio Regulador con perspectiva de futuro, analizando los puntos más conflictivos

que suscitan y profundizando en los aspectos sustantivos y procesales, en la autonomía de la voluntad de las partes, interpretaciones de distintas cláusulas e ineficacias de algunas, pactos sobre vivienda familiar, custodia compartida, donaciones de bienes, cláusulas penales o de salvaguardia, etc., reseñando en la documentación muchas resoluciones que analizan estos extremos y terminando su intervención con la máxima de "más vale un buen convenio y una mediación que un mal arreglo", y que yo me atrevo a rematar diciendo que: " más vale un buen convenio que la mejor de la sentencias".





Han participado en las Jornadas más de cuatrocientos abogados además de jueces, fiscales y secretarios judiciales

La mañana la terminamos con una ponencia novedosa y muy atractiva para los abogados que estamos todos los días viendo la incidencia de estas pruebas en la familia, sobre las nuevas tecnologías: facebook, twitter, whatsapp, correo electrónico, conversaciones telefónicas y el derecho de familia. Los aspectos civiles los abordó nuestra compañera, M^a Dolores Azaustre Garrido, miembro de la actual Junta de la AEAFA, que de manera muy práctica y con un gran entusiasmo abordó la evolución y nos situó en la realidad de las nuevas tecnologías, su implantación social, la dimensión de la prueba llamada 2.0 y su encaje legal en el actual derecho procesal, naturaleza jurídica, tipos de prueba, cuando y como aportarla, impugnación y eficacia de la prueba electrónica, etc., animándonos a sacarles partido como fuente y medio de prueba e instrumento de ayuda siempre que se introduzcan en el proceso respetando los principios de garantías procesales.



Los aspectos penales los estuvieron a cargo del Magistrado titular del Juzgado nº 4 de Córdoba, D. José Luis Rodríguez Laínz, que profundizó sobre el concepto de comunicación amparada por el art. 18.3 de la Constitución, la privacidad y el secreto de las comunicaciones, la dimensión familiar del secreto de las comunicaciones: control parental y acceso a contenido y rastro de comunicaciones en el ámbito familiar, patria potestad, mayoría de edad, colisión de derecho y dimensión familiar del secreto de las comunicaciones en el mambito del derecho penal.

La última ponencia la abordó de manera clara y muy práctica el Magistrado y Presidente de la Audiencia Provincial de Burgos, D. Juan Miguel Carreras Maraña, quien al igual que sus compañeros Seoane Spiegelberg y Pérez Martín, son " Amigos de la AEAFA", lo que, si cabe, los implica aún más en nuestra asociación. Analizó las medidas previas y su marco normativo, la problemática del art. 158 del Código Civil y la diferencia con las medidas provisionales, las medidas cautelares en cuestiones personales y económicas y las diligencias preliminares.

Como en ediciones anteriores, tuvimos como colofón de las jornadas el Foro Abierto, dirigido por el Magistrado D. Antonio Javier Pé-

rez Martín, quien además, por su condición de Director de la revista Derecho de Familia, tiene respuesta a todas las dudas y problemas que cada asistente quiso formular.

Tras las intervenciones de cada ponente, se suscitaron interesantes coloquios y una vez más, los asistentes alzamos nuestra petición de la necesaria reforma legislativa en nuestra materia que evite la dispersión de normas autonómicas en perjuicio de la seguridad jurídica. Seguimos asistiendo a conflictos que se enquistan por la no actualización del art. 96 del CC, para adaptarlo a los nuevos modelos de familia, entre otras muchas reformas. Concluimos que se hace necesaria una regulación ordenada que armonice la realidad social a los legítimos derechos de las partes.

La vicepresidenta de la AEAFA, Gabriela Domingo Corpas, clausuró las Jornadas avalando su éxito, dando cuenta del creciente número de afiliados y convocándonos para el Encuentro de la AEAFA que se celebrará en Madrid los días 6 y 7 de marzo de 2015.



MEMENTO- Experto - Crisis Matrimoniales

Coordinadora de la obra: Encarnación Roca Trías

Editorial: Francis Lefebvre - 2014 - 400 pág.

En la nueva edición del Memento Experto Crisis Matrimoniales se lleva a cabo un estudio detallado y eminentemente práctico en el que se recoge todos los aspectos civiles y procesales relacionados con la materia, de acuerdo con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor. Tratando de ofrecer el estudio más completo, en él se abordan: la completa regulación del divorcio y la separación matrimonial, sus causas y efectos, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales; tanto la normativa estatal como las normas de Derecho Civil autonómico de aplicación en cada caso; la interrelación de estas cuestiones con la violencia doméstica y de género; Incluso las cuestiones de carácter internacional que puedan surgir. Una obra rigurosamente actualizada con las más recientes novedades normativas, doctrinales y jurisprudenciales, que han afectado a esta materia.



Crece con padres separados

Paulino Castells

Editorial: Plataforma Editorial - Barcelona 2014 - 217 pág.

Basándose en su dilatada trayectoria como médico psiquiatra que atiende a las familias, Paulino Castells expone con claridad los problemas asociados a la ruptura de la pareja y las consecuencias en la educación de los hijos. Con numerosos ejemplos y testimonios reales tanto de padres como de hijos, analiza los distintos tipos de separación, las reacciones frecuentes de los niños según su edad, los pros y contras de cada forma de custodia, a la vez que ayuda a evitar los errores más frecuentes de los padres y a transitar el camino hacia una nueva etapa en la cual el fracaso de la pareja conyugal no impida el triunfo de la pareja parental, es decir, en la responsabilidad de ejercer como padres.



El divorcio internacional en la Unión Europea

M^a Eugenia Serrano Chamorro

Editorial: Editorial Reus, S.A. - Madrid 2014 - 341 pág.

Las parejas de hecho, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social que, cuando reúnen determinados requisitos, han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio. Muchos problemas se suscitan cuando se produce la ruptura, principalmente si no hay acuerdos firmados. ¿Es posible hablar de regulación jurídica de estas parejas cuando en realidad no desean formalizar su relación? ¿Pueden los convivientes reclamar los derechos reconocidos al matrimonio si voluntariamente no lo han querido celebrar?

En este libro se ofrecen soluciones a estos y otros interrogantes, difíciles de responder a la vista del contraste entre el vacío legal estatal y la abundancia de normas autonómicas, algunas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.



La frustración del derecho de visita

M^a Lourdes Martínez de Morentín Llamas

Editorial: Editorial Reus, S.A. - Madrid 2014 - 165 pág.

Uno de los grandes problemas a los que se enfrenta el Derecho de familia actual en los casos de crisis matrimonial o de pareja es la constatación de una práctica negativa realizada por el padre/madre que ostenta la guarda sobre los hijos; dicha práctica consiste en dificultar u obstruir su derecho de visita al no custodio, impidiendo la relación padre-hijo, lo que produce graves perjuicios en el desarrollo psicológico y afectivo para el hijo/a, pero también daños morales para el padre o madre que se ve impedido en el ejercicio de dicha facultad. El TEDH considera que la admisión de una indemnización por daños morales en supuestos relacionados con el ejercicio del derecho de visita se viene estimando en aquellos casos en los que no queda suficientemente protegido este derecho en el marco familiar. Las soluciones previstas en derecho español y en derecho comparado coinciden al considerar la posibilidad de la compensación por los daños morales causados al padre, tal y como se ha puesto de manifiesto en la STS español de 2009 y en la del OGH austríaco de 2011 que sirven de base a este trabajo.

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