

Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

Año XIX Número 76 - Junio de 2015

A LOS LECTORES

El futuro vital

M.^a DOLORES AZAUSTRE GARRIDO

El pasado 23 de mayo de 2.015 nos sorprendía la triste noticia del fallecimiento de John Nash, el matemático estadounidense que recibió el Premio Nobel de Economía en 1.994 por sus aportes a la teoría de los juegos y los procesos de negociación. Tras toda una vida luchando contra su enfermedad de esquizofrenia, falleció a los 86 años junto a su esposa en un accidente de tráfico, cuando viajaban en un taxi que intentaba adelantar a otro vehículo. El destino.

Todos recordamos al profesor Nash pues su vida fue llevada al cine en la película Una mente maravillosa, protagonizada por Russell Crowe, y ganadora de cuatro Óscar.

Nash buscaba una idea realmente original para su tesis del doctorado, y le llegó la inspiración en el momento más inesperado, cuando él y sus compañeros discutían la forma de abordar a un grupo de chicas en el bar de estudiantes. Uno de sus compañeros, citando a Adam Smith, abogó por la teoría del "sálvese quien pueda" ("en la competencia, la acción individual sirve al bien común"), a lo que Nash replicó que esa idea era errónea o incompleta, ya que "el mejor resultado es producto de que cada uno del grupo haga lo mejor para sí mismo y para el grupo". Si todos decidían conquistar a las chicas en una estrategia inteligente, de manera que todos salieran beneficiados, las

SUMARIO

01 Editorial

04 Tema de debate

¿Es necesario que concurra algún cambio sustancial de circunstancias para pedir el cambio de custodia individual por la custodia compartida?

08 Jurisprudencia comentada

Carácter ganancial o privativo de un inmueble
Responsabilidad de los cónyuges tras la liquidación
Rebeldía al no acreditar la representación procesal
Aumento de la pensión compensatoria
De la custodia compartida a la custodia individual
Desahucio por precario frente al ex esposo
Acumulación acciones en proceso de filiación
No se concede compensación del 1438 CC
Alimentos y cambio voluntario de empresa
Liquidación de gananciales y compensatoria
Custodia y religión
De la guarda compartida a la individual
Contribución del padre al pago de la renta
Rebaja en el precio de venta de la vivienda
Se mantiene la custodia compartida
Reducción alimentos por aumento visitas
Pensión compensatoria vitalicia
Cambio de residencia para impedir la compartida
Alimentos y custodia compartida
Inexistencia de vicio en la liquidación

35 Casos prácticos

36 Noticias

41 Información bibliográfica

posibilidades de éxito de cada uno de los integrantes del grupo eran mucho más altas. Con esta teoría, de que un enfoque cooperativo puede conducir a mejores posibilidades de éxito, surgió la “Teoría del equilibrio de Nash”, que ha sido aplicada en diferentes estrategias de negocio para maximizar las ganancias y minimizar las pérdidas. Su contribución ha sido fundamental en varios campos de la ciencia, incluyendo las negociaciones comerciales globales y las relaciones humanas. También aplicó a su propia vida la teoría de que “todo problema tiene una solución”: llegó a darse cuenta de que sus alucinaciones no eran reales, y decidió resolver por su cuenta su problema psiquiátrico, aprendiendo a vivir con ellas, ignorándolas por completo.

Nos estamos encontrando casos realmente dramáticos que ponen a nuestros menores en situación de exclusión social y pobreza

A diario en nuestros avatares de Derecho de Familia nos encontramos conflictos en la que puede ser de gran utilidad la teoría de Nash. Aunque aplicable a muchos otros ámbitos, interesante puede resultar en la resolución de los interminables conflictos para la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad.

Nos estamos encontrando situaciones realmente dramáticas que sitúan a nuestros menores en situación de exclusión social y pobreza. Difícil es, explicarle a alguien que tiene que criar a su hijo con una pensión de alimentos de 150 € al mes, que es el importe generalmente fijado como “mínimo vital” en materia de pensión de alimentos. Más difícil aún es explicarle que, esa pensión de alimentos, ha de entenderse en sentido amplio, es decir, que no hace sólo referencia al concepto estricto de alimentos, sino a todos aquellos otros gastos ordinarios que el menor precisa para su subsistencia (sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluidas la educación e instrucción del alimentista (artículo 142 Cc). Y ya el más difícil todavía, es explicarle que dentro de ese importe, están englobados también los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año (material escolar, libros de texto, etc ...), ya que como son periódicos, previsibles, no tienen carácter de extraordinario, sino de ordinarios, por lo que han de entenderse incluidos en la pensión de alimentos –salvo pacto de las partes o pronunciamiento judicial que expresamente diga lo contrario.- En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en Sentencia de fecha 15 de octubre de 2.014 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Calvo Cabello).

Por otro lado, no podemos obviar que nos encontramos con casi 5,5 millones de personas desempleadas, de los cuales, en el primer trimestre del presente año, 3,8 millones no cobraban ningún tipo de prestación o subsidio (según los datos de la EPA facilitados por el INE). Tras estos datos, también existen situaciones fraudulentas, en las que pese a trabajar en régimen de economía sumergida, se trata de ofrecer una apariencia formal de carencia de recursos que no responde a la realidad.

Hasta ahora, aún en caso de personas desempleadas sin recursos, los Tribunales venían manteniendo el criterio de que era obligada la fijación del “mínimo vital”. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2.015 (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana; nº de recurso: 735/2.014), se ha admitido con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación del pago de alimentos, hasta que el padre obtenga un trabajo remunerado o sea beneficiario de algún tipo de pensión, subsidio o cualesquiera otras prestaciones, momento a partir del cual volverá a reanudarse la pensión. Se trataba de un supuesto de un escenario de absoluta pobreza del progenitor, absolutamente insolvente, que carecía incluso de domicilio y vivía con sus padres. Y entiende el TS que concurría la causa prevista en el artículo 152.2º Cc: esta obligación cesa “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”, que es lo que ocurría en este caso respecto al padre.

¿Cuál es el “futuro vital” de los hijos, tanto en los casos que se fija el “mínimo vital”, como en aquellos otros en los que se suspende incluso la obligación de pagar la pensión de alimentos?

Ante estas situaciones, ¿cómo encontrar el equilibrio? ¿Cuál es el “futuro vital” de los hijos, tanto en los casos que se fija el “mínimo vital”, como en aquellos otros en los que se suspende incluso la obligación de pagar la pensión de alimentos?. Se vislumbra un “futuro vital” realmente duro para muchos menores, hijos de este tiempo de crisis.

Y la solución, desde luego, no está en los Tribunales. Aún en el caso de que se fije una pensión mínima, ¿para qué sirve si no hay voluntad o posibilidad de pagarla, y además el obligado al pago no tiene bienes susceptibles de embargo?. Tampoco ofrece apenas solución el “Fondo de Garantía de Pensiones” creado por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, y regulado por el Real Decreto 1618/2.007, de 7 de diciembre, con la finalidad garantizar a los hijos menores de edad

el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, nulidad, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo. La cuantía es de 100 € mensuales por hijo (salvo el improbable caso de que la resolución judicial haya fijado una cantidad inferior, en cuyo caso se abonará el importe fijado en la resolución judicial), por un tiempo máximo de 18 meses, ya sea de forma continua o discontinua. Para poder acceder a ella, este año se exige que los ingresos del hogar no superen 1,5 veces la cuantía anual del IPREM, es decir, 9.489 € al año, aumentando ese coeficiente en un 0,25 por cada hijo. Es incompatible con la percepción de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las Administraciones Públicas, debiendo optar por una de ellas. Aunque en el año 2.015 el Fondo de Alimentos ha pasado de 40 a 102 millones de euros, todas esas exigencias hacen que sean muy pocas personas las beneficiarias del mismo, ya que cualquier persona que tenga una ayuda económica pública a causa de su precaria situación laboral, supera con creces ese tope máximo de ingresos.

Nuestras estrategias de negociación como abogados tendrán mucha incidencia en la resolución del conflicto

En definitiva, “con estos mimbres, tenemos que hacer el cesto”. Y es harto complicado. Por ello, lo ideal sería tratar de resolver el problema con sentido común. Apelemos a la empatía, tratar de ponernos en el lugar del otro, combinándolo con la teoría del equilibrio de Nash. Esforcémonos por hacer una negociación colaborativa, teniendo la voluntad de encontrar una solución mínimamente satisfactoria para cada una de las partes implicadas, con un interés común, el de los menores. Nuestras estrategias de negociación como abogados tendrán mucha incidencia en la resolución del conflicto, y es un reto hacer ver a nuestros clientes que, aún con posturas o posiciones diferentes, con una negociación creativa, se puede obtener una satisfacción simultánea si de verdad el objetivo común es que los hijos puedan crecer de manera digna.

Aunque siempre decimos que en los procedimientos de familia no gana ni pierde nadie (o que pierden todos), para alcanzar un acuerdo, es importante que las partes sientan que el acuerdo otorga beneficios aceptables para ambos, o mejor dicho, para el interés común de ambos. Negociar no ha de tender a que el otro pierda, sino a buscar una solu-

ción integradora que permita superar las diferencias personales de los progenitores, centrada en la asunción de la búsqueda de un interés común. Algunos de los ingredientes son: controlar las emociones, no respondiendo de manera agresiva; dar a la otra parte una pequeña victoria; olvidar criterios de culpabilidad, tratando de barajar parámetros de objetividad e intentar convencer a las partes del alto costo que conlleva avivar la llama del conflicto e incluso saber transmitirles que no serviría para nada en la práctica, a pesar de que se dictara una magnífica resolución judicial.

Busquemos soluciones sensatas, por el amor, el amor a los hijos, por su futuro vital, porque aquí también es errónea la teoría del “sálvese quien pueda”

Seguro que con un poco de comprensión y reflexión, son los menos los que desean que sus hijos sean los nuevos parias de la sociedad. Al final del trayecto, todos miraremos hacia atrás y es importante poder hacerlo con la conciencia tranquila.

John Nash, en 1.994, antes de salir del auditorio de Estocolmo junto a su esposa Alicia, pronunció el siguiente discurso cuando le otorgaron el Premio Nobel de Economía:

“¡Gracias! -Siempre he creído en los números. En las ecuaciones y la lógica que llevan a la razón. Pero, después de una vida de búsqueda me digo, ¿Qué es la lógica? ¿Quién decide la razón? He buscado a través de lo físico, lo metafísico, lo delirante, ... y vuelta a empezar. Y he hecho el descubrimiento más importante de mi carrera, el más importante de mi vida. Sólo en las misteriosas ecuaciones del amor puede encontrarse alguna lógica. Estoy aquí esta noche gracias a ti. Tú eres mi única razón de ser. Eres todas mis razones. ¡Gracias!”.

Busquemos soluciones sensatas, por el amor, el amor a los hijos, por su futuro vital, porque aquí también es errónea la teoría del “sálvese quien pueda”.



TEMA DE DEBATE

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

¿Es necesario que concurra algún cambio sustancial de circunstancias para pedir el cambio de custodia individual por la custodia compartida?



Susana Moya Medina

Abogada - Madrid

En relación a esta cuestión entiendo que no es imprescindible la concurrencia de algún cambio sustancial de circunstancias en el sentido estricto que se contempla en el artículo 91 del Código Civil y ello siguiendo el criterio que se contiene en la STS 5710/2013 de la Sala de lo Civil del TS, Sentencia de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Don Francisco Javier Arroyo Fiestas. El TS casa la Sentencia que había dictado la Sección 1ª de la AP de Orense en los autos del juicio de modificación de medidas de Familia nº 457/2011 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Orense.

La Audiencia Provincial había desestimado la modificación de medidas con base en la inexistencia de hechos nuevos y el Tribunal Supremo la casa prosperando, por tanto, el recurso de casación en base al cambio sobrevenido: "... es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia que se contiene en la STC 185/2012, de 17 de octubre que declaró inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el Art. 92.8 del CC, según redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal

verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen, Jurisprudencia de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, pero obviamente debiendo tenerse en cuenta que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor ".

En este caso, el motivo alegado por el abogado del padre, que había presentado la demanda de modificación de medidas solicitando la guarda y custodia compartida fue que no se pidió en su momento "dada la tendencia existente en aquel momento". Por el Juzgado se estimó la demanda de modificación de medidas planteada por el padre, en la que se solicitaba la custodia compartida, alegando que "no pidieron custodia compartida o custodia exclusiva en su día por recomendación de su letrado", dada la tendencia existente en aquel momento. El Juzgado declaró que

no había existido una variación de las circunstancias en los litigantes o en el menor desde la firma del convenio regulador pero que existía una tendencia cambiante que primaba el establecimiento de custodias compartidas.

En virtud de recurso de apelación interpuesto por la madre, se dictó sentencia por la Audiencia Provincial de Orense estimatoria de la impugnación, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda, por lo que se mantenía el primitivo régimen de custodia adoptado en el procedimiento de divorcio de común acuerdo.

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró que no habían concurrido circunstancias nuevas e imprevisibles de aparición posterior a la sentencia de divorcio, que no se había producido alteración de las circunstancias y que no consideraba tales el cambio de opinión social sobre la custodia compartida. Se declara que existe una mala relación entre los progenitores que dificultaría el desarrollo de la custodia compartida, concluyendo que era más beneficioso para el menor el mantenimiento del sistema de custodia que la instauración del sistema de custodia compartida.

Pues bien, como antes se ha indicado el TS casó dicha Sentencia estimando el Recurso por los moti-

vos antes expuestos, es decir, la jurisprudencia del TS, la reforma del CC sobre la materia y al amplia legislación autonómica favorecedora de la guarda y custodia compartida y que constituye un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido

Por ello, entiendo que dicho motivo es suficiente para solicitar una modificación de Sentencia en la que se hubiera establecido una custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores solicitando que la guarda y custodia sea compartida, demanda que, a mi juicio, debe estimarse si de las pruebas que se practiquen en el procedimiento se demuestra que dicha medida es la más beneficiosa para el menor y concurren los requisitos que, con reiteración ha señalado la Sala para el establecimiento de dicha guarda y custodia compartida tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010; 7 de julio de 2011, entre otras).



Isidro Niñerola Giménez

Abogado - Valencia

Ante la pregunta que se formula considero que no es necesario que exista un cambio sustancial de circunstancias para pasar de una custodia individual a compartida, dado que el hecho más relevante va a ser la edad evolutiva de los menores, lo que va a determinar los tiempos para pasar de un sistema a otro.

El avance social de la custodia compartida y las constantes resoluciones del Tribunal Supremo, nos están dando la llave en ese sentido. Es más, la edad de los menores va a ser crucial para resolver sin pericial psicológica el paso de un sistema a otro, y considero que existe una tendencia generalizada que la edad de 15 ó 16 años, es suficiente para que con la madurez que dicha edad comporta, se puede pasar a la modalidad de custodia compartida.

Estamos viendo además, cómo la coparticipación de los padres y madres en la crianza de los hijos está conduciendo el terreno de la custodia compartida que

ha allanado la jurisprudencia del alto tribunal.

Cuando lo que se pretende modificar es una medida de guarda y custodia, es evidente que lo importante es acudir al principio rector que rige en esta materia, como es el interés superior del menor, y por tanto el concepto “modificación sustancial de las circunstancias” debe quedar de alguna manera mitigado y pasar a un segundo plano.

Así se ha pronunciado también la jurisprudencia con respecto a que la falta de prueba no se puede convertir en un obstáculo para el establecimiento de un régimen de convivencia compartida, si se demuestra que es beneficioso para el interés de los menores.

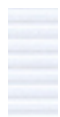
El ordenamiento jurídico sigue la regla denominada “iudex peritus peritorum”, o lo que es lo mismo, el Juez, es perito de peritos.

Por lo tanto, si ponemos esto en conexión con

otros sistemas procesales, tales como el portugués y el italiano, esta máxima tiene que regir en última instancia, y así se ha pronunciado la Sentencia del Alto Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 2012, Recurso 681/10, siendo Ponente el Excmo. Sr. Gimeno-Ballón Cobos.

El Juzgador, por tanto, no estaría sujeto o vinculado a ningún parámetro valorativo tasado o legal en la ponderación de los dictámenes periciales, a diferencia de lo que ocurre con otros medios de prueba, y no pudiéndose conocer la importancia de las opiniones técnicas de los peritos, no pueden nunca sustituir el papel del Juez, sino auxiliarlo.

Hemos de recordar una Sentencia muy importante del que fue Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. Xiol Ríos, hoy Magistrado del Tribunal Constitucional, que tanto ha abierto el derecho de familia a la sociedad, quien en Sentencia de 23 de Mayo de 2006, Rollo de Sala 2761/1999, ya estableció claramente que “los peritos en ningún caso tienen la función de sustituir la función judicial, sino de ayudar a conformarla”.



María Pérez Galván

Abogada - Sevilla

La regulación legal de la modificación de medidas definitivas, están contempladas en los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el 90 in fine del Código Civil y aluden a “ que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta” y a que podrán ser modificadas “cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

La mayoría de las resoluciones que resuelven los procedimientos de modificación de medidas definitivas, analizan la alteración comparando la situación que se tuvo en consideración cuando se adoptó la medida, con la vigente a la fecha de la demanda sobre los mismos extremos, insistiéndose en que esa alteración sea “sustancial”, “estable”, que no sea “fruto de una actuación voluntaria”, etc., si bien entiendo que estos razonamientos son válidos y aplicables a la acción que se ejerce en base a lo regulado en el artículo 100 del Código Civil.

A pesar de la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la CE en relación a la fuerza de la cosa juzgada y al principio de seguridad jurídica, considero que, cuando está en juego el interés de los hijos menores en

Por ello, me ha parecido interesante, conectar la pregunta con las periciales, dado que en diferentes Comunidades Autónomas la custodia compartida es el modelo de convivencia preferente, y entre ellas la Comunidad Valenciana, de las que cabría destacar la Sentencia de Pleno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 6 de Septiembre de 2013, en donde se fija como doctrina de la Sala que el establecimiento o en su caso el mantenimiento del régimen de custodia individual, requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso, en función de los informes, expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia, no cabe fijar, ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, y de esta manera se invierte el principio de excepcionalidad de tal manera que la custodia individual se configura como un régimen excepcional y solamente podrá ser atendido cuando el interés superior del menor, así lo requiera.

materia de Derecho de Familia, el cambio sustancial a alegar, probar y valorar para fundamentar un cambio de custodia individual por la custodia compartida, pasa por indagar cual es el verdadero interés del menor en el caso concreto para concluir si las circunstancias actuales, son compatibles con el desarrollo integral del menor y la incidencia de esa medida en el hijo, víctima olvidada en muchas ocasiones del conflicto de sus progenitores.

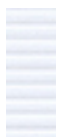
Olvidamos con frecuencia, tanto los abogados, como los jueces, magistrados y fiscales, la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y la Declaración de los derechos del Niño y demás normas concordantes y, se resuelven los casos sin que sean oídos, a pesar de ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a su custodia, cuando, en mi opinión, además de valorar los elementos personales, familiares, laborales, materiales, sociales, culturales, etc, que concurren en la familia concreta, se debe analizar que sea lo mejor para los hijos, para su personalidad, su formación y desarrollo integral, teniendo presente las necesidades de atención y cariño, alimentos, educación, estabilidad, equilibrio etc., para su mejor desarrollo, sin

entrar en descalificaciones personales de los progenitores.

Como viene ya reiterando el Tribunal Supremo, la custodia compartida debería ser el régimen deseable tras toda crisis, pero sabemos que hay muchos casos juzgados que, o no lo plantearon, o la denegaron sin más, y hay otros donde lo que subyace es no pagar pensión de alimentos o recuperar el uso de la vivienda familiar.

Como sentencias que modifican la custodia materna por la compartida, destaco la STS de 25-11-2013, que alude como cambio de circunstancia al cambio de la jurisprudencia; la STS de 25-4-2014, que la acuerda en modificación de medidas; la STS de 22-10-2014, que destaca la relación entrañable

padre-menor; la STS de 16-10-2014, que modifica y admite la custodia compartida como medida más favorable al interés de los menores, indicando que las malas relaciones de los padres hay que analizarla según los casos; y las de las AP, la de Teruel, Sec. 1ª de 10-12-2014 que analiza el cambio del domicilio del padre para vivir cerca del de la madre como cambio sustancial; y de la AP de Baleares, Sec. 4ª, de 13-10-2014, se modifica la custodia monoparental materna por la compartida, con la finalidad de proteger adecuadamente al interés del menor, que manifiesta su deseo de vivir con ambos progenitores por periodos semanales y, por citar una que no acuerda la modificación, la de AP Madrid de 28-4-2015.



Ramón Tamborero del Pino

Abogado - Barcelona

Como es bien conocido, la Ley deja bien claro que para cualquier cambio en los efectos de una resolución firme se deben dar una serie de alteraciones sustanciales.

Así pues, para el cambio de una guarda y custodia parental no es una excepción, ya que tal hipótesis traería otras consecuencias en orden al tema de los alimentos también fijados, o incluso el derecho de uso de la vivienda familiar.

Con estas premisas, es evidente que el punto de inflexión estará en qué es lo que se entiende por alteración de circunstancias. Será necesario que tales circunstancias que presuntamente se han modificado sean trascendentes y sobre todo no provocadas de cara al procedimiento que se pretende interponer.

Así, el hecho de que un padre no custodio inicialmente, pueda demostrar su actividad colaboradora en el desarrollo de los hijos, acudiendo a las reuniones de colegio, a las citas médicas, etc, y comprobar su actitud claramente cómplice con sus hijos cuando los tiene consigo, puede ayudar a tratar de conseguir tal guarda compartida. Para ello deberá demostrarse por quien pretende una modificación, su disponibilidad horaria para atender a sus hijos, el disponer de una vivienda en condiciones, y que la misma no se encuentre demasiado lejos de la que tienen como habitual los menores cuando conviven con quien tiene otorgada la guarda formal y exclusiva de los niños.

Una cuestión recurrente tiene su punto de apoyo en si el mero transcurso del tiempo es suficiente causa en orden a considerarla como cambio sustancial de las circunstancias.

En mi opinión no hay la más mínima duda de que la edad de un menor es algo más que sustancial...es definitivo. Y ello por cuanto se puede comprender que si los progenitores dejaron de convivir cuando el niño tenía meses o pocos años de vida, era consustancial con ello que el niño quedara bajo la responsabilidad de la madre, y ello, por razones naturales, en tanto que, el transcurso del tiempo, la mayor de edad del niño y su no tanta dependencia de la madre, abogarían hacia una causa que propiciaría el cambio del sistema de guarda y custodia monoparental a una situación compartida.

Entiendo pues que el mero transcurso del tiempo, de los años, acompañado de situación de idoneidad, aboga en favor de que se acordara una guarda compartida.

Finalmente también podría entenderse una posible modificación de guarda monoparental para pasar a una compartida, en aquellos casos en que ya se está llevando a efecto la segunda, si bien de forma no formal, pero si de hecho.

Ejemplo de ello son aquellos supuestos en los que la pareja tiene cada dos días en semana a los niños, repartiéndose el fin de semana alterno. Se trata de una guarda compartida desorganizada, pero real en cuanto al reparto total de días al final del mes. En estos casos, que se iniciaron cuando los niños aun eran muy pequeños, no veo razón para no solicitar una guarda compartida mas organizada, sobre todo por semanas, y ello pese a que las circunstancias de los progenitores apenas si se han modificado.

Sociedad de gananciales

Controversia en el carácter ganancial o privativo de un inmueble

AP Guipuzcoa, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2014

Aunque antes de la separación de hecho solo se abonasen tres cuotas del préstamo hipotecario, la vivienda tiene en su totalidad carácter ganancial. No puede incluirse partida alguna en el pasivo por los pagos de la hipoteca realizados por el esposo al no haberse solicitado por este, sin perjuicio de que posteriormente pueda reclamar a la esposa en el procedimiento que corresponda.

Por parte de D. Serafín se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de Marzo de 2.014, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 8 de San Sebastián, en solicitud de que se dicte en su día nueva sentencia, por la que, estimando este recurso, se acuerde que la vivienda sita en ..., es privativa suya y, por lo tanto, no existen bienes que liquidar, o, subsidiariamente, y en caso de no aceptarse lo anterior, se estime que la vivienda es ganancial y privativa suya en la siguiente proporción: 1,67% de la vivienda sería ganancial, siendo el 98,33% restante privativo suyo, no existiendo más bienes, ni partidas que incluir en el inventario.

Y alega para fundamentar su recurso que se ha producido la infracción del art. 1.361 CC y vulneración de la Jurisprudencia interpretativa del mismo, pues considera que se equivoca la Juzgadora cuando estima que la fecha a tener en cuenta, como momento en el cual se produce la verdadera disolución de la sociedad de gananciales, es la de la sentencia de divorcio de 8/03/12, ya que se ha acreditado que la Sra. Sara abandonó la vivienda familiar en Agosto de 1.989, debiendo ser ésta y no otra la fecha en la que la sociedad de gananciales se disuelve, ya que lo contrario supone un abuso de derecho, para obtener unos bienes, en cuya adquisición no ha contribuido la misma, que, tal y como declaró D.ª Pilar, y en el mismo sentido D.ª Florencia, hijas de ambos, su madre se fue en Agosto de 1.989 y ya no volvió nunca ni a convivir con él, ni a encargarse de ningún asunto doméstico, y, a mayor abundamiento, desde que se fue en Agosto de 1.989, y durante un período de unos dos

años, prácticamente no tuvieron ninguna noticia de ella, que queda acreditado por las declaraciones de las hijas del matrimonio que desde que la Sra. Sara se fue de la vivienda no volvió a aparecer por ella y, por lo tanto, la fecha de la disolución del régimen económico del matrimonio debe tener efectos desde Agosto de 1.989, que es la fecha del efectivo abandono del domicilio familiar y cuando ya el matrimonio hace vida totalmente separada, que la separación fue libremente consentida por ambos, que las primeras cuotas del préstamo no se pagan hasta el 21 de Agosto de 1.989, la segunda de Julio también se paga en Agosto y la tercera y siguientes se pagan de una cuenta de titularidad exclusiva suya y su hija mayor Pilar, que la hipoteca se formalizó mediante el matrimonio, si bien en el mes de Agosto comenzó el abono de las cuotas de dicho préstamo, cuando ya la Sra. Sara había abandonado la vivienda, que el hecho de que la escritura pública se otorgase a nombre de ambos cónyuges, cuando uno solo de ellos aportó el dinero para la compra del inmueble, no es obstáculo alguno para que posteriormente se declare que el inmueble tiene carácter privativo y cree acertada la postura defendida, en cuanto a que la vivienda sita en... es privativa suya, ya que es él, junto con la ayuda que le prestan sus hijas y su hermana, el que paga íntegramente el precio de dicha vivienda, tras el abandono del hogar por parte de la Sra. Sara, y que la pretensión de esta de considerar la vivienda un bien ganancial es contraria a la buena fe.

Añade, acto seguido, que se ha producido también la infracción del art. 1.357.2 del CC, en relación al 1.354 del CC, y vulneración de la Jurispru-

dencia interpretativa de los mismos, pues, para el supuesto de que se considere ganancial la vivienda litigiosa, el carácter ganancial de la misma sería sólo sobre las cuotas de los meses de Junio, Julio y Agosto, ya que desde esa fecha no existe comunidad de gananciales, que, en aplicación de lo dispuesto en los citados preceptos, todos los pagos efectuados por él desde esa fecha fueron con carácter privativo, por lo que le corresponde la propiedad de la vivienda en esa proporción, y que, en este caso, el préstamo se concertó para ser devuelto en 180 cuotas, de las que 3 cuotas se habrían pagado con dinero ganancial y el resto, 177, las ha pagado él con su dinero, por lo que a la sociedad de gananciales le correspondería un 1,67% de la vivienda, siendo el 98,33€ restante privativo suyo.

...Por su parte D.^a Sara ha impugnado la misma sentencia de fecha 26 de Marzo de 2.014, dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 8 de San Sebastián, en solicitud de que, tras los trámites legales, se dicte nueva sentencia en la que se acuerde revocar parcialmente la de instancia en el extremo único de que en el Inventario de la Sociedad de Gananciales constituida entre ella y D. Serafín no hay partidas que constituyan el pasivo, todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

Y alega para fundamentar su impugnación que hay una incongruencia en la sentencia, porque entra a valorar documentos presentados de contrario con la finalidad de realizar un reconocimiento no solicitado por la parte, que ninguna partida ha solicitado el Sr. Serafín que figure en el pasivo del Inventario de la Sociedad de Gananciales, como lo realiza la sentencia, que, de haberlo solicitado la representación del Sr. Serafín, y evidentemente si lo hubiera realizado en forma, hubiera estado en su derecho al proponer prueba para combatirlo, pero la aportación de, como se indica en la sentencia, una cantidad ingente de documentos variados no constituye una petición, y, subsidiariamente, que no pueden reconocerse las cantidades de 2.597,37€ (432.000 pesetas), con el fundamento del documento nº 5, en base a que Pilar figuraba como titular junto a su padre, en la cuenta de Kutxa nº NUM006, pues si se observa el documento, Pilar no es titular, sino autorizada y en el período que es referido en la sentencia el Sr. D. Serafín era beneficiario de una pensión, como reconocieron las hijas, con capacidad para hacer frente a la obligación con la entidad bancaria, que, respecto a las demás partidas no incluidas, que en este momento de contrario se pretenden incluir, muestra disconformidad, igual que con las incluidas, y que existe un error material en la sentencia, en concreto cuando se refiere al importe del documento nº 15, que refiere 6.111,00€ (1.016,82 pesetas), cuando debería haber referido 611,10€ (1.016,82 pesetas), sin que ello suponga reconocimiento a esta cantidad,

Añade, también, que se impugna el Fallo de la sentencia en la referencia que se hace en el Fundamento de Derecho Octavo, en lo que afecta al pasivo, donde se incluyen dos partidas cuales son una deuda de la sociedad de gananciales en favor del Sr. Serafín por importe abonado por éste, con cargo a la Sociedad de Gananciales por valor de 10.823,85€, y otra a favor de D^a Pilar por 560,71€, des-

glosados en el Fundamento de Derecho Séptimo, pues la sentencia concede más de lo que se solicita e incurre en extra-petita, con la consiguiente indefensión y sustracción en este caso a ella del objeto procesal, y que la representación del Sr. Serafín en la comparecencia para la formación de Inventario se opuso a las partidas del activo propuestos por ella, pero ninguna partida estableció en el pasivo, y tampoco lo hizo ella, por lo que nunca puede llegarse a dictar una resolución conforme a Ley, en la quede fijado un pasivo, y que, sin haberse establecido su posición en el acto para la formación de Inventario, la representación del Sr. Serafín la fijó en el acto de la vista, solicitando que se declarara que la vivienda sita en... era privativa, declaración no procedente en un procedimiento de Liquidación de Sociedad de Gananciales, indicando que, para el supuesto de que se considerara ganancial, lo fuera en el porcentaje de 1,67%, correspondiendo al Sr. Serafín el 98,33% con carácter privativo, remarcando en el Suplico de su Recurso de Apelación que no existían más bienes, ni partidas que incluir en el Inventario, por lo que no se puede dar lo que no se pide y la actividad judicial no debe alcanzar, supliendo, a conceder lo no solicitado.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el recurso interpuesto por D. Serafín y la impugnación verificada por D.^a Sara es evidente que se cuestionan por ambos los pronunciamientos contenidos en la sentencia que les son desfavorables, solicitando la revocación de la misma y el dictado de otra ajustada a sus respectivas pretensiones, efectuadas tanto con carácter principal como subsidiario, habiéndose sostenido además por la mencionada impugnante que se ha producido una incongruencia con el dictado de dicha resolución, incongruencia extrapetita, que le ha ocasionado indefensión, razón por la cual procede analizar las actuaciones a fin de determinar si dichos motivos se encuentran o no fundamentados y, en consecuencia, si procede o no estimar alguna de las pretensiones por ellos articuladas.

Y por lo que hace referencia al primer motivo de recurso alegado por D. Serafín, conforme al cual el mismo sostiene que la vivienda situada en ... de esta ciudad de San Sebastian tiene el carácter de privativa suya y así ha de ser incluida en el inventario, y subsidiariamente que se declare que la misma en ganancial y privativa en los porcentajes que menciona, con base en las consideraciones que expone en su escrito, dicho motivo ha de ser desestimado, por cuanto que el examen de las actuaciones obrantes en los autos pone de manifiesto que la vivienda mencionada fue adquirida por ambos cónyuges, constante matrimonio y con dinero ganancial, por lo que no cabe la menor duda de que ese es el carácter que ha de serle reconocido, resultando de todo punto correcta la sentencia de instancia en lo que a este extremo respecta.

En efecto, por parte de D. Serafín se ha indicado en su recurso que, al margen de que la escritura pública de compraventa de la vivienda situada ... de esta ciudad de San Sebastian se otorgase a nombre de ambos cónyuges, cuando uno solo de ellos aportó el dinero para la compra del inmueble, no es obstáculo alguno para que posteriormente

se declare que el inmueble tiene carácter privativo, ya que fue él, junto con la ayuda que le prestan sus hijas y su hermana, el que paga íntegramente el precio de dicha vivienda, tras el abandono del hogar por parte de la Sra. Sara, y que, para el supuesto de que se considere ganancial la misma, dicho carácter lo sería sólo sobre las cuotas de los meses de Junio, Julio y Agosto, ya que el préstamo se concertó para ser devuelto en 180 cuotas, de las que 3 cuotas se habrían pagado con dinero ganancial y el resto, 177, las ha pagado él con su dinero, por lo que a la sociedad de gananciales le correspondería un 1,67% de la vivienda, siendo el 98,33€ restante privativo suyo, pero su pretensión no puede ser en modo alguno estimada, por cuanto que no sólo esas mismas alegaciones por él verificadas ponen de manifiesto que la vivienda fue adquirida por D. Serafín y por D.^a Sara en fecha 15 de Mayo de 1.989, y por ello constante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales, como ponen de manifiesto que el préstamo hipotecario por el importe de 2.000.000 ptas. fue concertado en esa misma fecha por ambos cónyuges, y también por dos de sus hijos, siendo una parte de dicha cantidad destinada a la adquisición de la vivienda, sino que, además, toda la prueba documental aportada a los autos acredita también esas mismas circunstancias y, con ello, la naturaleza ganancial de la vivienda litigiosa.

Ciertamente, lo que resulta innegable de toda la prueba practicada en el curso del procedimiento es que la vivienda controvertida y situada en la DIRECCION000 nº NUM001 -1º A, actualmente nº NUM004, NUM002 NUM003, de esta ciudad de San Sebastian, tiene carácter ganancial, y ello al margen de quién o quiénes de los referidos cónyuges abonaran, con posterioridad a la citada compra, ese importe del préstamo solicitado para su adquisición, por cuanto que ello podrá redundar en el derecho de aquel que haya satisfecho un importe mayor de reclamar del otro la parte que a él le correspondía satisfacer, por supuesto si ha justificado que el abono se ha realizado con dinero privativo y no con dinero ganancial, pero en modo alguno en la naturaleza de la mencionada vivienda.

En efecto, no sólo las propias consideraciones expuestas por D. Serafín en sus escritos resultan clarificadoras en orden a determinar el carácter ganancial de la vivienda situada en la DIRECCION000, nº NUM001 -1º de esta ciudad de San Sebastian, teniendo en cuenta el hecho por él puesto de manifiesto de que la vivienda se adquiere "mediante matrimonio el 15 de mayo de 1989 para lo cual formalizaron un préstamo hipotecario con Banca Catalana (hoy BBVA)" y que "La hipoteca se formalizó mediante el matrimonio", sino que además consta en los autos la escritura pública de compraventa de la referida vivienda, otorgada el día 15 de Mayo de 1.989, ante el Notario de Pamplona D. Diego María Granados Asensio, en virtud de la cual los litigantes D. Serafín y D.^a Sara compran a las vendedoras la vivienda de que se trata "para su sociedad de gananciales", por el precio de 927.549 ptas, precio que la parte vendedora manifiesta haber recibido, consta la inscripción registral de la mencionada compraventa, dado que se ha aportado a los autos la oportuna certificación emitida por el Registro de la Propiedad nº 1 de esta ciudad de San Sebastian, cons-

ta la escritura pública de préstamo hipotecario, otorgada el mismo día 15 de Mayo de 1.989, ante el mismo Notario de Pamplona D. Diego María Granados Asensio, en el que comparecieron, por un lado, la entidad prestamista Banca Catalana, y, por el otro, los dos litigantes, así como sus dos hijos D. Fausto y D.^a Felisa, para constituir el citado préstamo por un importe de 2.000.000 ptas., y consta igualmente la cancelación económica del mencionado préstamo, con intervención de la demandante, dado que se ha aportado la certificación justificativa de la misma.

Resulta, por lo tanto de todo punto correcta, la aplicación al caso llevada a cabo por la Juez a quo de lo dispuesto en el art. 1.347 del Código Civil, el cual, en su párrafo 3º, determina que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos, no pudiendo tomar en la más mínima consideración la pretensión que formula D. Serafín en el sentido de que la vivienda litigiosa ha de estimarse privativa y no incluirse en el activo a liquidar de la sociedad de gananciales, por cuanto que, en el presente caso, no sólo no se ha probado en modo alguno que la misma se adquiriera con dinero que fuera privativo de alguno de los cónyuges en el momento de dicha adquisición, sino que, de hecho, lo que se ha acreditado con toda la documentación aportada es precisamente lo contrario, es decir, que se adquirió con dinero ganancial, en concreto con el importe procedente del préstamo solicitado también por ambos, y con dicha finalidad, a la entidad Banca Catalana, y, en consecuencia, la vivienda ha de estimarse sin duda alguna ganancial en su totalidad, sin perjuicio de que el abono de ese préstamo no se haya verificado por ambos cónyuges en su integridad y constante el matrimonio, sino que uno de ellos haya contribuido en mayor o menor medida a su total satisfacción y, lógicamente, con dinero privativo, en cuyo caso, como ya se ha indicado, ostentará el mismo el derecho a reclamar del otro el importe que haya abonado en exceso.

Y si bien es cierto que, en otras circunstancias, podría haberse determinado en este mismo procedimiento el importe por D. Serafín abonado, con carácter privativo, para hacer frente al importe del préstamo solicitado, tal y como el mismo ha indicado en su escrito de recurso, mediante el examen de la prueba documental que hubiera podido aportar a los autos a tal efecto y a fin de apoyar sus pretensiones, reseñándose, en su caso, y de haber sido así solicitado con carácter subsidiario y de haber quedado adecuadamente probado, en el pasivo de la sociedad de gananciales ese importe, también es lo cierto que en el presente caso tal posibilidad ha de ser terminantemente rechazada, tal y como ha sido solicitado por D.^a Sara, al formular su impugnación, con la consiguiente revocación parcial de la sentencia de instancia que ello ha de conllevar.

En efecto, D.^a Sara ha formulado la oportuna impugnación de la sentencia de instancia, solicitando que se modifique la misma en el extremo único de que se señale que en el Inventario de la Sociedad de Gananciales constituida entre ella y D. Serafín no hay partidas que constituyan el pasivo, y sosteniendo para basar su petición en que hay

una incongruencia en la sentencia, porque entra a valorar documentos presentados de contrario, con la finalidad de realizar un reconocimiento no solicitado por la parte, y que ninguna partida ha solicitado el Sr. Serafín que figure en el pasivo del Inventario de la Sociedad de Gananciales, como lo realiza la sentencia, y dicha pretensión ha de ser estimada, por cuanto que el examen de las actuaciones remitidas a esta instancia permite constatar que, ciertamente, en el curso del procedimiento D. Serafín se resistió de forma tenaz a presentar su propio inventario de bienes, habiéndose limitado a oponerse al inventario presentado por la citada demandante, por lo que, al no haberse solicitado por el mismo la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de importe alguno, petición que ni siquiera formula en su escrito de recurso, en el que solicita que se declare que la vivienda es privativa o, subsidiariamente, ganancial en los porcentajes que menciona, indica que no existen “más bienes ni partidas que incluir en el inventario”, es evidente que ningún importe ha de incluirse en el pasivo, sin perjuicio de su derecho a reclamar en la vía pertinente los importes que tenga por conveniente y que deberá, en su caso, justificar como debidamente abonados por él.

Ciertamente, el examen de los autos permite constata que, tras la admisión a trámite la solicitud de Formación y Aprobación de Inventario para la Liquidación de la Sociedad de Gananciales promovida por D.^a Sara, y la personación de D. Serafín, se convocó a las partes a una comparecencia, con la finalidad de proceder a la Formación de Inventario de los Bienes Comunes del matrimonio señalados en su escrito, la cual tuvo lugar el día 3 de Junio de 2.013, siendo así que en dicho acto la demandante se afirmó y ratificó en su Propuesta de Inventario de y por el demandado se manifestó su falta de conformidad con la misma, pero sin aportar su propia propuesta de inventario, ni documentación alguna, circunstancia esta ante la que la Letrada de la actora hizo la oportuna observación, a los efectos de que ello no le generara indefensión alguna el día de la vista.

Y se constata igualmente que acto seguido, y ante la conclusión del acto sin acuerdo, se convocó a las partes a una Vista para la resolución de las controversias surgidas, que tuvo lugar el día 18 de Septiembre de 2.013, fecha en la que compareciendo las partes, ratificando la demandante su petición de inventario y afirmándose y ratificándose el demandado en su oposición, pero sin aportar tampoco propuesta de inventario alguna y, desde luego, sin solicitar la inclusión en el pasivo del inventario presentado por D.^a Sara de cantidad o importe alguno, siendo así que, tras el recibimiento del pleito a prueba, se propuso por la demandante la que estimó pertinente y por el demandado la que consideró oportuna, acompañando una numerosa documentación, con la que pretendía justificar, al parecer, determinados pagos por él y por su hija efectuados, lo cual volvió a provocar la protesta de la Letrada de la demandante, la cual señaló que tal aportación de documentos sobre extremos no controvertidos por él, dado que ningún pasivo había solicitado que se incluyera en el inventario, le generaba indefensión.

Pues bien, como esta Sala ya ha mencionado en anteriores ocasiones, y en sentencias, entre otras, de fechas 26

de Abril de 2.007 y 23 de Febrero de 2.012, en supuestos de desacuerdo en la formación de inventario en el procedimiento para la división de la herencia, pero cuyas conclusiones son aplicables al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, ha de tenerse en cuenta que, “en caso de seguirse juicio verbal como consecuencia de la falta de acuerdo en la comparecencia celebrada ante el secretario (art. 810.3 LEC), el objeto de debate ha de circunscribirse a aquellos bienes cuya inclusión o exclusión ha resultado controvertida en el acto de formación de inventario. De ahí que no resulte admisible que una de las partes pretenda excluir un bien respecto al que no manifestó disconformidad o incluir un bien no relacionado en aquel momento. De admitirse dicha posibilidad se estarían modificando los términos del debate con menoscabo para la parte contraria que se ve sorprendida por la formulación de unas pretensiones con las que no contaba. Por consiguiente, con independencia de que razones de economía procesal pudieran justificar dicha postura, la misma carece de sustento legal”.

Es por ello, por lo que la actuación de D. Serafín a todo lo largo del procedimiento, no presentando su propio inventario y no interesando, en consecuencia, la inclusión en el pasivo del mismo de importe alguno en concepto de cantidades por él abonadas para pago de la vivienda o para proceder a la compra de su ajuar o para hacer frente a gastos devengados a lo largo de los años en relación a servicios de la vivienda u obras de la misma, ha de conducir necesariamente a la elaboración de un inventario en el que ningún concepto, ni importe relativo al mismo, haya de ser incluido, es decir, en el que no se incluya ninguna cantidad ni en concepto de deuda de la sociedad de gananciales a favor suyo, por importes supuestamente abonados por él y que a la sociedad correspondía satisfacer, ni mucho menos en concepto de deuda de la sociedad con su hija D.^a Pilar, por importes supuestamente abonados por ella que constituían cargas de la sociedad, tal y como erróneamente se ha verificado en la sentencia de instancia, en un pronunciamiento extrapetita, que, por ello, ha de ser revocado en esta instancia.

...En consecuencia con todo lo expuesto, procede estimar en su integridad la impugnación formulada por D.^a Sara y revocar la sentencia de instancia, en el sentido de señalar que procede suprimir del inventario de la sociedad de gananciales que conformaron ella y D. Serafín todos los importes que han sido incluidos en el Pasivo de la misma, de tal manera que dicho inventario quedará configurado sólo con el activo que en la mencionada sentencia se menciona, pronunciamiento este que ha de conllevar lógicamente el rechazo de los motivos de recurso formulados con carácter subsidiario por el citado apelante, y todo ello, por supuesto, sin perjuicio del derecho de los litigantes de reclamar en el procedimiento pertinente los derechos que estimen ostentar uno en contra del otro, así como de los derechos que puedan tener en contra de ambos terceros ajenos al presente proceso, y manteniendo, por el contrario, el resto de los pronunciamientos contenidos en la referida resolución.

Sociedad de gananciales

Responsabilidad de los cónyuges tras la liquidación

AP Vizcaya, Sec. 3.^a, Sentencia de 23 de enero de 2015

La sentencia recurrida no declara deudora a la esposa, sino sólo la considera responsable de la deuda contraída por el marido antes de otorgarse las capitulaciones matrimoniales, en su calidad de adjudicataria de los bienes recibidos en la liquidación de los gananciales.

En el presente caso la parte mantiene que la sentencia incurre en dicha incongruencia porque acoge el carácter ganancial de la deuda y pese a ello desestima la demanda frente a la codemandada por falta de legitimación pasiva cuando debió darse una estimación parcial, sin embargo no se da tal incongruencia porque lo que la sentencia sostiene es que como el demandado realizaba su actividad con el conocimiento y sin oposición expresa de su esposa, declara que la deuda objeto del presente procedimiento es ganancial dado que se contrajo antes del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, pero ello lo mantiene con una serie de precisiones y por lo que importa al presente motivo falta de legitimación pasiva de la codemandada, lo que la sentencia de instancia mantiene es que el hecho de que la deuda sea ganancial y los bienes gananciales hayan de responder, no significa que la demanda haya de estimarse respecto de la esposa de D. Alonso, y ello en base a la STS de 26 de marzo de 1979, que la parte mantiene no es aplicable ya que en el supuesto de la sentencia del TS no fue objeto del procedimiento la ganancialidad de la deuda, tratándose de una sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, pero olvida la parte que la adversa mantiene en todo momento la inexistencia de la deuda, por lo que de ahí que se mantenga que no existiendo deuda no existe deuda ganancial, de hecho la parte ha mantenido la reclamación frente a los cónyuges solidariamente, y solicitando tácitamente la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales porque la referida liquidación se mantenía y se mantiene enalzada, no estaba debidamente efectuada, por lo que ello nos lleva, a que la esposa de D. Alonso, por el mero hecho de haber estado en el momento de la celebración del contrato de préstamo casada con aquél en régimen de gananciales no se convierte en deudora ya que de modo alguno intervino en el contrato, sin perjuicio de que el patrimonio ganancial antes de la liquidación siga respondiendo de aquella deuda en la proporción correspondiente.

Ello a su vez nos enlaza con el motivo relativo a la acción pauliana que la recurrente mantiene no ha ejercitado en momento alguno, ya que nunca ha solicitado la rescisión o nulidad de la liquidación de gananciales, y es que no falta razón a la parte apelante ya que como recoge la STS de 3/07/07 y por lo que interesa al caso de autos: "La esposa, D.^a Sonia, contestó pidiendo que se declarara su falta de legitimación pasiva por no deber nada, ya que el préstamo fue solicitado para el negocio del marido y pidió que se aplicara el artículo 6 del Código de comercio... El primer

motivo del recurso de casación, formulado al amparo del artículo 1692, 4º LEC denuncia la violación, en concepto de aplicación indebida, del artículo 6 del Código de comercio, en relación con artículo 1214 del Código civil. La recurrente opina que la demandante debía haber probado: 1) la existencia de la deuda; 2) el carácter de comerciante del esposo de la recurrente; 3) que la deuda tuvo origen en el ejercicio del comercio por parte del deudor, y 4) que los bienes gananciales son a resultas de dicho ejercicio.

Sin embargo, este motivo no puede admitirse por estos argumentos y ello porque la recurrente no tiene en cuenta el sistema de responsabilidad establecido en los Códigos Civil y Mercantil para los casos en que uno de los cónyuges ejerza el comercio. El artículo 6 del Código de comercio establece que "en el caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas... Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges". Pero el artículo 7 del propio Código establece una presunción, de modo que "se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo". Esta regla debe ser integrada con el artículo 1365.2 CC en relación a la responsabilidad de los bienes gananciales, que "responderán directamente" de las deudas contraídas: 2º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio". Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el artículo 6 del Código de comercio no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito "cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo" (sentencia 7 marzo 2001, así como las de 22 octubre 1990 y 16 febrero 2006).

Aplicando estas reglas al presente recurso, debe concluirse que: a) no es cierto que la litis presente las carencias probatorias que se le atribuyen y, por el contrario ha quedado plenamente demostrada la existencia de esta deuda y el pago efectuado por la demandante D.^a Enma, que le habilita para el ejercicio de la acción de regreso; b) que el régimen de los cónyuges era el de gananciales; c) el marido deudor ejercía el comercio, lo que se demuestra por sus propias afirmaciones, y d) que la esposa nunca se opuso a

este ejercicio. Por todo, ello se cumplen los presupuestos para la aplicación de los artículos 1365.2º CC y 6 del Código de comercio, que no se ha infringido, como pretende la recurrente. Por estas razones, debe rechazarse el primero de los motivos del recurso. Subsidiariamente y para el caso que no haya sido admitido el motivo principal, como ha ocurrido, la recurrente formula otros dos motivos, el segundo y el tercero, a los que debemos dar respuesta.

El segundo, también al amparo del artículo 1692, 4 LEC denuncia la violación por aplicación indebida del artículo 1838 del Código civil, así como infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1254 y 1257 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta y concretamente, la STS de 2 diciembre 1997. La recurrente entiende que la infracción se produce porque se la considera deudora, cuando se encontraba en una ignorancia absoluta acerca del tema discutido.

En realidad la sentencia recurrida no declara deudora a la recurrente, sino sólo la considera responsable de la deuda contraída por el marido antes de la celebración de los capítulos matrimoniales, en su calidad de adjudicataria de los bienes recibidos en la liquidación de los gananciales. En efecto, el Fundamento cuarto de la sentencia recurrida afirma textualmente que “nos hallamos ante una deuda de la que respondía la sociedad legal de gananciales; que el tránsito hacia un régimen de separación de bienes, constante matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos ya por terceros; y que al no haberse realizado inventario en la disolución, liquidación y adjudicación de los gananciales o, al menos, con la grave irregularidad de omitir la deuda representada por la póliza de crédito referida, el cónyuge no deudor responde, no sólo con los bienes adjudicados, sino “ultra vires” y por entero de su total importe, y de este modo debe integrarse y entenderse el fallo de la sentencia recurrida, cuando condena a los demandados al pago de la cantidad debida. Cuando se disuelve, constante matrimonio, la sociedad de gananciales mediante capítulos matrimoniales, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1317 CC, de modo que ello no perjudicará en ningún caso los derechos de los terceros que sean anteriores a la liquidación (ver, por todas, la sentencia de 23 octubre 2001), sin que se tenga que pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones (sentencia de 18 marzo 2002). La responsabilidad afecta a los bienes, independientemente de que se hayan adjudicado al cónyuge no deudor, porque el citado artículo 1317 CC establece la regla de no oponibilidad al acreedor anterior, por lo que el adjudicatario es responsable en tanto tal y no por ser deudor. “. La Sentencia sobre la que se interponía el recurso de casación resuelto es la de fecha 13/03/00, conforme a la cual: “No se comparte el anterior criterio. En primer lugar hay que dejar sentado que el art. 1.365-2º dispone que “los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge... en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios” y, aunque el precepto indicado se remite, para el caso de que el deudor sea comerciante a lo dispuesto en el Código de Comercio, lo cierto es que, si bien el art. 6 tras la reforma operada por Ley 14/19975, de 2 mayo, exige el consentimiento de ambos cónyuges para que queden obligados bienes comunes distintos a los adquiridos por el ejercicio del comercio de uno de ellos, no lo es menos que el art. 7 siguiente señala que se presumirá otorgado el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin la oposición expresa del que deba prestarlo. En el caso

enjuiciado ni se ha probado que el inmueble adjudicado a la esposa tuviera origen distinto al ejercicio del comercio por su marido, ni se ha desvirtuado la presunción comentada, por lo que hay que concluir que nos hallarnos ante una deuda contraída por uno de los cónyuges de la que responden los bienes gananciales.

Tampoco la modificación del régimen matrimonial tiene la trascendencia que se le concede en la sentencia combatida, en atención a lo expuesto en los arts. 1.317 y 1.401 y 1.402 del Código Civil y sin que resulte preciso solicitar la nulidad o rescisión de las capitulaciones matrimoniales modificativas, según constante jurisprudencia. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1990 sostiene que las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, según el art. 1317 del propio Código Civil tal como quedó redactado por la reforma introducida por la L 11/1981 de 13 mayo en el tít. III libro IV, “siendo inconcuso que la aplicación de la citada normativa determina en supuestos cual el que es objeto del presente recurso de casación que la responsabilidad del patrimonio ganancial existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integraban dicho patrimonio puedan hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando según al respecto autorizaba la preceptiva contenida en los arts. 6 y 7 CCom. responsabilidad del patrimonio ganancial que, por otra parte, no significa, como entienden los recurrentes, la invalidez de la escritura en la que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales y se adjudicaron los bienes de la misma, siendo, por ende, innecesario al fin de hacer efectivas sobre tales bienes las deudas anteriores y de las que debían responder pedir la nulidad de la referida escritura o adjudicaciones ya que, lo que el precepto que se supone vulnerado consagra es una responsabilidad “ex legem”, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna”. En igual sentido cabe citar la sentencia del mismo Alto Tribunal de 20 de marzo de 1989 que enseña que “la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada constante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 CC) sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, como acertadamente aunque por motivos estrictamente procesales, ha entendido la sentencia recurrida, ya que, del sentido general de los arts. 1.399, 1.403 y 1.404 CC., se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1.401 y 1.402 en relación con el 1.084, todos CC), tal responsabilidad será “ultra vires”, todo lo cual determina que, aún después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (SS de 15 y 13-6-86 y 28-4-88, entre otras)”.

La misma doctrina se mantiene inalterada en sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1986 (citada por el recurrente), 28 de abril de 1988, 20 de marzo de 1989, 7 de noviembre de 1992 y 13 de octubre de 1994 (que señala como precedentes las de 29 de junio de 1990 y 15 de marzo de 1991), recogiendo esta última la acuñada expresión de que “antes es pagar que partir” (S.T.S. de 13 de junio de 1986).”.

Es evidente que por tanto no puede mantenerse la falta de legitimación pasiva de la codemandada, ya que si bien ciertamente no es deudora si es responsable de la deuda contraída por el marido antes de la celebración de los capítulos matrimoniales, en su calidad de adjudicataria de los bienes recibidos en la liquidación de los gananciales, y como igualmente se alega se ha acreditado que en la escritura de liquidación de gananciales aportada al procedimiento, se comprenda en el inventario la deuda ganancial objeto de la Litis, siendo aplicable la doctrina jurisprudencial expuesta debiendo acoger el pedimento principal de la demanda. Por lo que hace al importe de 9.000 € en cuanto a resolver sobre el motivo relativo a la incongruencia de la sentencia o error valorativo del doc. nº 3 de la demanda, este último se ha de acoger ya que del mero examen de dicho documento se recoge como la propia sentencia de instancia de hecho lo verifica y se reitera en el requerimiento notarial efectuado por la actora, se reclama el pago del capital depositado hasta la referida fecha, seiscientos dieciocho mil euros (618.000), más los nueve mil euros (9.000) de intereses atrasados y cuya reserva se consigno en el documento firmado por las partes de 26 de agosto de 2009 así como la cantidad

de doscientos tres mil ochocientos cincuenta y cinco con treinta y cinco euros (203.855,35) por intereses devengados sobre el capital de 618.000 € a partir del 30 de agosto de 2011 (fecha del último pago) hasta el 24 de abril de 2013, a razón del 20% anual pactado, así como los intereses que se devenguen desde el 25/4/2013 sobre el capital de 618.000 euros, al interés pactado de un 20% anual, hasta la fecha en que proceda a la devolución del principal depositado y requerido”. Y es que el doc. nº 3 de fecha 26 de agosto de 2009 señala en su estipulación quinta que “de igual manera se declara mediante el presente contrato que hasta el mes de octubre de 2008 se han cobrado la totalidad de los intereses de dicho préstamo, excepto en la cantidad de 9.000 euros que quedan como atrasos por los meses de agosto, septiembre y octubre de dicho periodo”. Y como señala igualmente la sentencia, este documento, al no constituir una novación extintiva del contrato de fecha 5 de diciembre de 2007, debe interpretarse conjuntamente con este. Señala el mismo en su estipulación tercera: “el depositario vendrá obligado a devolver el principal depositado, así como la liquidación última de intereses que restare hasta la fecha de la devolución, dentro de los tres meses siguientes a ser requerido, incluso de manera informal para ello por el depositante”. Por lo que debe mantenerse la cuantía de la condena por el capital de 618.000 € en concepto de principal, debiendo fijar en 212.855,33 € los intereses liquidados hasta el 24/04/13, inclusive en lugar de los 203.855,33 € recogidos en el fallo de la sentencia manteniendo el tipo pactado del 20% anual de la cantidad de 618.000 € desde el 25 de abril de 2013 hasta el completo pago.

Cuestiones procesales

Declaración de rebeldía al no acreditar la representación procesal

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de enero de 2015

No procede declarar la nulidad de actuaciones, ya que tras presentar el escrito de contestación a la demanda se requirió por providencia a la parte demandada para que acreditase la representación alegada o compareciera en el juzgado para otorgar apoderamiento apud acta, requerimiento que no fue atendido, por lo que fue procesalmente correcta la decisión de declararla en rebeldía.

Se alega en el escrito de interposición de recurso que debe declararse la nulidad de actuaciones por no haberse admitido el escrito de contestación a la demanda y de reconvención formulado por la demandada ni haberse posibilitado la subsanación del defecto procesal dando lugar en consecuencia a la declaración de rebeldía.

La pretensión de nulidad ha de ser examinada en todo caso con absoluta cautela y con criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla que se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia y defensa, habiéndose ocasionado por ello efectiva indefensión. Así resulta del artículo

238.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 240 de la misma. En el presente caso queda acreditado que se requirió por providencia de fecha 15 de Octubre de 2012 a la parte demandada para que acreditara la representación alegada o compareciera en el Juzgado para otorgar apoderamiento apud acta, requerimiento que no fue atendido por lo que el 4 de Diciembre de 2012 se declaró a la demandada en situación de rebeldía procesal; en consecuencia ninguna vulneración procesal puede estimarse cometida y esta falta de defensa alegada sólo a esta parte es imputable y es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declara que no puede alegar indefensión quién voluntariamente se sitúa en ella.

Pensión compensatoria

Aumento de la cuantía que se fijó en la separación

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 5 de diciembre de 2014

Una vez que ha desaparecido la obligación alimenticia de las hijas, con ocasión del divorcio, se reajusta la cuantía de la pensión compensatoria aumentando su cuantía reparando de esta forma las diferencias derivadas de la ruptura matrimonial.

La representación procesal de D.ª Clara, demandada en proceso de divorcio, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 29 de noviembre de 2.013, con la pretensión de que se eleve a 1.150 € mensuales la pensión compensatoria por desequilibrio que le fue reconocida al amparo del artículo 97 del Código Civil en previa de separación de 1 de julio de 2.004, en importe de 300 € al mes, la que ascendía al tiempo de la interpelación judicial con las consiguientes revalorizaciones para su reajuste al coste de la vida en cada momento a 375,30 €.

A la vista de las actuaciones, examinadas detenidamente, es factible anticipar la procedencia de la estimación parcial del recurso, con revocación de la disentida también en parte, en lo que afecta a la cuantía de la pensión compensatoria reconocida a la sazón a D.ª Clara, a consecuencia del efectivo desequilibrio que le generó su separación matrimonial, para determinarla, como se verificara en la parte dispositiva de la presente resolución, en 700 € mensuales, con efectos desde la fecha de la sentencia de instancia, abonables en la forma que viene establecida, debiendo llevarse a cabo la primera actualización a primeros de enero de 2.015.

En sentencia de esta misma Sala de 7 de junio de 2.005, recaída en el rollo de apelación número 292/2.005, parcialmente revocatoria de la de separación de los litigantes, tras analizar pormenorizadamente en su fundamento jurídico tercero los ingresos netos de D. Gonzalo, y las cantidades que de los mismos se habían de extraer con regularidad en conceptos de concierto especial con la Seguridad Social, alquiler para dar cobertura a su propia necesidad de vivienda, sendos prestamos y abono de pensiones alimenticias en beneficio de las hijas comunes de los litigantes, se razona literalmente:

“Las expuestas circunstancias impiden, en la actual coyuntura, acoger, ni aún parcialmente, la pretensión de la apelante sobre elevación del quantum de la pensión establecida a su favor, y ello sin perjuicio de lo que, al respecto, pueda acordarse en el futuro, una vez que cese la obligación alimenticia sancionada para cada una de las hijas comunes, y de conformidad con las demás circunstancias que en tal momento puedan concurrir, pues, por lo dicho, las actualmente existentes impiden la fijación de una suma que, sin las mismas, habría de ser evidentemente muy superior.”

En el presente, es pacífico que tales cargas económicas han desaparecido, pues el recurrido ya no afronta aquellas de las que se partió, y ello por más que sus actuales ingresos netos por todos los conceptos, puedan ser inferiores a los que entonces venía percibiendo, cuando las pensiones de alimentos en beneficio de las hijas comunes se extinguieron hace ya tiempo, al igual que las restantes obligaciones dinerarias, de donde es ahora considerablemente superior su disponibilidad de metálico final.

Es por ello que procede la parcial estimación del recurso, a fin de reajustar la cuantía de la pensión compensatoria que nos ocupa, al efectivo desequilibrio generado por causa de la quiebra matrimonial, reparando las diferencias derivadas de la ruptura para D.ª Clara, a lo cual responden perfectamente los 700 € mensuales que ahora establecemos, con los que se reequilibra la situación, los que pueden ser sufragados con vocación de futuro en el tiempo por D. Gonzalo, sin grandes sacrificios y sin demérito del propio sustento, cuando cuenta con ingresos regulares, periódicos y estables que se pueden determinar por todos los conceptos, en 2.516,69 € mensuales netos, incluida la prorrata de pagas extraordinarias, en atención al contenido del certificado de su declaración al I.R.P.F. correspondiente al ejercicio 2.012 obrante a los folios 120 a 122 de las actuaciones, al que nos remitimos en aras a la brevedad, dándolo por reproducido en lo sustancial.

Esta decisión que adoptamos es acorde al criterio reiteradamente mantenido por esta Sala al respecto, en igual sentido que otras Audiencias Provinciales, pudiendo citarse, entre otras muchas, y a título de ejemplo la de 4 marzo 2003, de la Audiencia Provincial de Granada, en cuyos razonamientos jurídicos se expresa como fundamento de la pensión compensatoria el de paliar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio pueda causar a alguno de los cónyuges.

Una mayor elevación de la cuantía no obedece a los parámetros del artículo 97 del Código Civil, cuando no se evidencia desequilibrio superior, no constan en la ex esposa mayores necesidades, presenta plenamente cubierta la básica de vivienda en la familiar, cuya atribución de uso ahora se le mantiene hasta la liquidación de la sociedad legal de gananciales que conforme con la contraparte, sin que ello le suponga desembolso adicional alguno; la edad,

por transcurso natural del tiempo es evidentemente superior a la que se contaba al tiempo de la separación de hecho, pero esta circunstancia concurre igualmente en el recurrido, ello a mayor abundamiento de que no se puede considerar avanzada, ni supone hoy por hoy impedimento; ni tampoco las dolencias que aquejan a la ex esposa, las que no constan invalidantes, pues no se tiene reconocida minusvalía ni discapacidad, ni guardan relación con la quiebra o ruptura, y no es menos verdad que no consta intento alguno por parte de D.^a Clara en el periodo prolongado de tiempo transcurrido desde entonces para la preparación y acceso al mercado laboral, cuando al momento disponía de posibilidades al efecto.

No se advierte ahora razón para elevar la pensión a cantidad que supone la practica mitad de los ingresos de D. Gonzalo, recordando que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualatorio de economías dispares.

En definitiva, un importe superior de pensión compensatoria al que fijamos en este caso, no obedecería a las previsiones que se contemplan en el artículo 97 del Código Civil, en cuanto el destino del beneficio no es otro que colocar al consorte desfavorecido con la quiebra del matrimonio, en igual situación frente al empleo o la posibilidad de obtener recursos para el sustento en que se encontraba antes de contraerlo, situación en la que se encuentra ahora D.^a Clara, pues 700 € al mes, con las lógicas revalorizaciones para su reajuste al coste de la vida en cada momento, es suficiente a enjugar el efectivo desequilibrio que aún persiste, como hemos visto, recordando que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, la pensión compensatoria no es de automática concesión a la separación o al divorcio, ni un

mecanismo igualatorio de economías dispares, como se ha dicho, bien al contrario, tiene por finalidad evitar en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionantes comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaba antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto; condicionantes o presupuestos que no pueden presumirse, por cuanto los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general del onus probandi, sin alteración ni privilegio alguno (art. 217 de la L.E. Civil, anterior 1214 del C.C.).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las separaciones y los divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de cada uno con la tenida en periodo de convivencia, por ello, la mayoría de la doctrina al hilo de lo que antecede afirma que el reequilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de los dos, sino hallarse cada uno de ellos de forma autónoma en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos.

Guarda y custodia

De la custodia compartida a la custodia individual

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 29 de enero de 2015

La guarda compartida que se estableció en medidas provisionales ha fracasado y debe acordarse la custodia materna. La psicóloga que hizo el seguimiento ha detectado en los menores desorientación, inseguridad y ansiedad.

La sentencia apelada establece un régimen de guarda materna para las dos hijas comunes menores de edad, María Inmaculada y Emma, nacidas en 2003 y 2005 respectivamente. Argumenta para ello, en esencia, que desde el dictado del auto de medidas provisionales de 29 de noviembre de 2011 se ha venido desarrollando un sistema de guarda compartida semanal que no se ha revelado beneficioso para las hijas dado que la relación entre ambos progenitores ha sido conflictiva, se ha evidenciado una disparidad en los criterios educativos, se ha puesto de manifiesto la falta de comunicación entre los padres y también se

ha constatado una alteración negativa de las rutinas de las hijas. Ello no obstante y dada la buena vinculación afectiva con el progenitor paterno establece un régimen de relación paternofamiliar amplio para el periodo lectivo consistente en fin de semana de viernes a lunes, un día intersemanal con pernocta y aquellas semanas en que no corresponda al padre el fin de semana dos días intersemanales, los martes y los jueves, sin precisar si lo son con o sin pernocta.

La parte apelante considera esta decisión, carente de motivación y la califica de arbitraria, irracional e ilógica. Subraya que la sentencia apelada, con los mismos elemen-

tos de prueba concurrentes al tiempo del dictado del auto de medidas provisionales, altera el sistema acordado en aquella primera resolución. Reitera el recurrente que en este caso concurren todos los requisitos para que pueda establecerse la guarda compartida de las hijas comunes menores de edad y destaca: a) la idoneidad de ambos progenitores, b) la disponibilidad de tiempo y espacio por parte de ambos, c) la buena vinculación de las hijas con los dos progenitores y su adaptación positiva a sus respectivos entornos, siendo que el Sr. Cornelio ha tenido un nuevo hijo con su nueva pareja d) la ausencia de incidentes durante el desarrollo de la guarda compartida establecida en sede de medidas provisionales existiendo únicamente un problema de adaptación. Finalmente subraya determinados elementos probatorios que avalan la guarda compartida como lo son el pacto post ruptura de los litigantes, la valoración de la psicóloga Sra. Rosana efectuada a instancia de la madre y por último la documental consistente en las valoraciones contenidas en los informes elaborados por las tutoras del centro escolar.

Al tiempo de resolver sobre esta materia a la que resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 233-8, 233-9, 233-10 y 233-11 de Código Civil de Catalunya debe ser indicado que en la actual ley la guarda compartida es la modalidad preferida, cuando se cumplen los criterios a considerar para su adopción, porque permite un mejor ejercicio de la paternidad responsable. Sin embargo, ninguna modalidad de guarda es más beneficiosa o adecuada que otra en abstracto. Para su adopción, por estimar que es la opción más adecuada, deben ponderarse todos los factores y circunstancias concurrentes en el caso concreto y estos deben examinarse bajo el prisma del superior interés del menor, no siempre coincidente con el interés de los progenitores. En consecuencia el interés del menor se erige en criterio último o criterio preferente (SSTSJC de 8 de marzo de 2010 y 3 de marzo de 2010).

Debe también puntualizarse que la guarda bien sea compartida, bien ejercida por el progenitor que corresponda se circunscribe exclusivamente a las funciones propias de la convivencia con los hijos pues la responsabilidad parental es conjunta.

Una renovada valoración de la prueba practicada en el presente procedimiento sobre el particular al socaire de lo anteriormente expuesto permite estimar acreditados los hechos siguientes con relevancia para resolver acerca de la cuestión ahora debatida:

1. Durante la relación de pareja las hijas comunes estuvieron principalmente bajo el cuidado materno. Dado que en aquel momento, año 2006, la madre solicitó reducción de jornada para el cuidado de hijos menores de 6 años y el padre no disponía de flexibilidad horaria para poder dedicarse de forma más intensa a las hijas (folio 341).

2. Tras la ruptura ambos progenitores se han volcado en la atención y cuidado de las hijas. El Sr. Cornelio tiene ciertamente una actividad profesional intensa pero goza de disponibilidad de tiempo por razón de su trabajo en Invercaixa como responsable del equipo de asistencia Operativa

dado que tiene un horario de 8h a 17h según certificación de la citada entidad obrante al folio 766, con posibilidad de flexibilización según indica en el acto de la vista y que resulta en general compatible con el horario escolar de las hijas que entran a las 8,30 y regresan con el autobús escolar a las 18 h.

3. Ello no obstante, debe ser también considerado para resolver el contenido de los informes psicológicos obrante en autos.

La primera valoración psicológica emitida por la psicóloga Sra. Rosana en septiembre de 2011, convenida por ambos padres dado que ha sido la psicóloga que ha tratado a las menores con frecuencia quincenal, según indica en el acto de la vista, y desde que se produjo la separación, aconsejaba en aquel momento una guarda materna (folio 391). En la última valoración psicológica emitida por la psicóloga Sra. Rosana en febrero de 2012 comprensiva del periodo durante el cual las menores han estado en régimen de guarda compartida semanal conforme a lo establecido en el auto de medidas provisionales de 29 de noviembre de 2011, es contraria a darle continuidad porque se ha observado una regresión en las menores (folio 630).

En el último informe valorativo se destacan aspectos concretos como la falta de pautas educativas o normas básicas comunes y se subraya un aumento de la discrepancia entre los progenitores en temas elementales de rutina como lo son los horarios y de formación de hábitos en la cotidianidad. Estas diferencias constatadas han sido elementos generadores de desorientación, inseguridad y de ansiedad para las menores.

El expresado informe, posteriormente ratificado en el acto de la vista, concluye destacando tres factores que desaconsejan continuar con la guarda compartida establecida de forma provisional en este caso: a) aumento de la conflictividad, b) nula comunicación entre los progenitores siendo que el padre no está dispuesto a compartir opciones, c) la existencia de estilos educativos contrapuestos. Estos factores han provocado una desorientación y alteración o regresión de las hijas.

4. Por último de la prueba de interrogatorio de ambos progenitores, de la prueba documental aportada y de la valoración psicológica antes expuesta, se extrae asimismo como ya se ha indicado que la comunicación entre los progenitores es deficiente. Se constata incluso en el informe psicológico la dificultad de que se produzca con normalidad lo que compromete la necesaria cooperación de ambos padres para consensuar acerca de todas aquellas cuestiones relativas a las hijas comunes.

Aun cuando la sentencia apelada no la menciona expresamente en su fundamentación, puede indicarse que el grueso de los razonamientos se sustenta en la valoración que sobre el desarrollo de la guarda compartida ha realizado la psicóloga que ha atendido a las menores desde la ruptura de los progenitores y por inicial acuerdo de ambos recogida en tres informes distintos (folios 390 y 630 de los autos principales y folio 3 del procedimiento de medidas). Debe ser destacada en la valoración de esta materia la re-

levancia de los informes o dictámenes periciales aportados puesto que, si bien no son vinculantes para el Tribunal contribuyen en la formación de la mejor decisión sobre aquel sistema de guarda que mejor tutela el interés del menor (SSTS de 7 de abril de 2011 y 11 de marzo de 2010).

En este caso se trata de un informe pericial emitido por una psicóloga escogida por ambos padres para que realizara un seguimiento de las hijas tras su ruptura y que según ha manifestado la citada profesional se ha realizado quincenalmente. Los dos informes periciales de fechas septiembre de 2011 y febrero de 2012 aportados a las actuaciones y obrantes a los folios 390 y 630 y que han sido ratificados por su emisor en el acto de la vista han sido valorados conforme a la sana crítica ex artículo 348 LEC. Esta valoración, completada con los elementos fácticos antes expuestos, permite concluir que el interés de las hijas

aconseja, por el momento, mantener el sistema de guarda materna establecido por ser el más adecuado para su correcto desarrollo y el que mejor protege su superior interés, lo que determina a criterio de este tribunal la corrección del pronunciamiento combatido que ha sido dictado con observancia de lo dispuesto en los artículos 233-8, 233-10233-11 y 211-6 del Código Civil de Catalunya(CCC).

Desestimada la petición principal de guarda compartida deben ser desestimados todos aquellos motivos correlativamente vinculados a ella y relativos a la contribución a los alimentos de las hijas comunes. Y dado que tampoco se ha discutido específicamente por ninguna de las partes el amplio régimen de visitas establecido en la sentencia apelada deberá ser mantenido al no apreciarse que vulnere el interés de las hijas comunes menores de edad.

Separación de bienes

Desahucio por precario frente al ex esposo

Al Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2014

Se estima la demanda de desahucio por precario interpuesta por la esposa frente al esposo dado que haber realizado algunas obras -lo que tampoco consta acreditado fehacientemente- en el inmueble propiedad de aquella no le confiere título alguno de ocupación. Tampoco es relevante que se le haya impuesto una sanción administrativa y que en la misma aparezca el esposo como promotor-propietario.

Doña Trinidad formuló demanda de juicio verbal de desahucio por precario contra don Manuel, que fundamentaban, en síntesis, en los siguientes hechos:

1.- Es copropietaria junto con su hermana, doña Esther, por título de herencia de su abuela, de la finca sita en el Paraje del término municipal de Muro denominado DIRECCION000, parcela NUM000 del Polígono NUM001 de dicho municipio.

2.- En dicha parcela existe un inmueble de una superficie edificada de unos 226 metros aproximadamente, inmueble que ha venido siendo ocupado por el demandado desde el año 2011 por causa de hallarse ambos litigantes inmersos en un proceso de separación matrimonial, autorizando la esposa hoy demandante el uso temporal por parte del esposo don Manuel mientras se tramitara el divorcio y buscaba un domicilio en el que residir. El inmueble de autos no constituyó con anterioridad el domicilio familiar.

3.- En dicha finca la Sra. Trinidad tiene instalado un vivero de plantas y huerto, así como las herramientas precisas para su cuidado pues la actora es propietaria de una floristería.

4.- En fecha 26 de junio de 2013 se dictó la sentencia de divorcio, instando doña Trinidad reiteradamente a su ex-

esposo para que procediera a salir de la antedicha vivienda, lo que no ha hecho; por contra don Manuel niega la entrada a la finca a sus propietarias, ha cambiado la cerradura y ha instalado un depósito de coches para desguace, todo ello sin autorización y sin licencia administrativa, habiéndose visto obligada la actora a interponer la pertinente denuncia ante la policía local.

El demandado se personó en autos y alegó la inadecuación del procedimiento al no tener, en la vigente LEC, naturaleza sumaria, por lo que si bien puede examinarse cualquier motivo de oposición, en el presente caso la cuestión litigiosa era más compleja pues el Sr. Manuel invirtió su tiempo y dinero en realizar las obras del inmueble, ello con el consentimiento de su esposa y asumiendo ambos los riesgos pues carecían de licencia, iniciándose un expediente de infracción urbanística en el año 2002 en el que figura el Sr. Manuel como infractor en su condición de propietario-promotor, imponiéndole una multa de 57.269,92 €. Por todo ello, afirma que estará dispuesto a cesar en la posesión del inmueble, cuando la actora le reconozca “en términos de justicia su aportación patrimonial y personal sobre la finca”, excediendo tales cuestiones del estrecho cauce del juicio de desahucio por precario, pues de acceder a la demanda se produciría un enriquecimiento injusto al quedar en poder de la actora la edificación.

En fecha 14 de mayo de 2014, se dictó sentencia en la primera instancia desestimatoria de la acción ejercitada por entender, la jueza “a quo”, que el demandado ostenta un título para ocupar la vivienda consistente en un derecho de retención mientras no se liquide el estado posesorio conforme a lo dispuesto en el artículo 361 Ccivil, pues la vivienda fue construida a ciencia y paciencia de la actora que nada opuso. La meritada resolución constituye el objeto de la presente alzada al haber sido impugnada por la parte actora que solicita, de este Tribunal, su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que se estime la demanda, esgrimiendo en fundamento de tal pretensión revocatoria que la estimación de la demanda deviene obligada al resultar patente que el demandado no ostenta título alguno para ocupar el inmueble la vivienda pues: a) no reúne tal carácter la supuesta falta de oposición de la actora a la realización de las obras, que, además, no es real; b) la tenencia de alguna factura de materiales (documentos obrantes a los folios 102 a 107, ambos inclusive) no implica su pago, pues nada se indica sobre ello en tales documentos, siendo que, además, algunas de ellas son de fecha posterior a la finalización de las obras; c) aún en el supuesto de admitirse el pago, las cantidades fijadas en tales facturas son insuficientes para justificar un supuesto derecho de retención, otorgándole, en su caso, el derecho de reclamar su importe a la actora, pero no le ampara para ocupar la finca privando de su posesión a sus legítimas propietarias; d) la condición de promotor-propietario que le otorga el Ayuntamiento en el procedimiento sancionador, tampoco constituye título que ampare un supuesto derecho a ocupar la finca y retenerla en su poder. La parte actora y hoy apelante solicitó el recibimiento del pleito a prueba en esta segunda alzada, lo que le fue denegado por auto de 30 de septiembre del corriente, resolución a la que se aquietó.

La parte demandada hoy apelada se opone al recurso interpuesto y solicita la confirmación de la sentencia apelada.

Se ejercita en la demanda una acción de desahucio por precario, por lo que el procedimiento adecuado es el contemplado en el artículo 250.1.2º de la LEC, como correctamente se tramitó. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010, reiteró la doctrina tradicional sentada en aplicación del artículo 1.565 de la LEC de 1881, en el sentido de que el concepto de precario se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello; en tal sentido se dice en la citada Sentencia del Alto Tribunal, que “ el art. 250 de la LEC de 2000 establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca. Como dice laSTS de 6 de noviembre 2008, se trata de una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor

derecho...”. Resolución en la que, si bien en referencia a otra cuestión, señala que “pese a la aparente dicción del art. 250.1.2º LEC (“cedida en precario”) no cabe deducir que se haya querido restringir el ámbito del juicio de recuperación posesoria...”, declaración que ha venido a resolver las dudas doctrinales que se habían planteado en relación a la concreta dicción del citado precepto procesal.

En el presente caso no se niega por la parte demandada que esté ocupando la finca de la que es copropietaria la actora, doña Trinidad, junto con su hermana por título de herencia de su abuela, ocupación que se viene realizando sin pagar renta o merced alguna, de manera que no se discute en esta alzada que nos hallamos ante un supuesto de precario, sino que, lo que afirma el demandado hoy apelado, es que no procede devolver la posesión a la actora hasta tanto no le sean satisfechas las cantidades que, alega, ha gastado en las obras que ha realizado en la vivienda, ello a modo de un supuesto derecho de retención. Cierto es que el demandado ha presentado algunas facturas, cuyo importe no consta abonado, y copia de un expediente sancionador municipal por realizar obras sin licencia, expediente en el que aparece como promotor de las obras, pero, todas las antedichas circunstancias en nada empecen la constatación de que está ocupando el inmueble en precario y se estiman insuficientes a la hora de justificar la pretensión del demandado relativa al derecho de ocupar mientras no se le satisfaga una supuesta indemnización que ni siquiera ha sido capaz de cuantificar. A lo anterior debe añadirse que las resoluciones administrativas dictadas por los Ayuntamientos sobre materias de su competencia se circunscriben a dicho ámbito y no otorgan ni pueden otorgar supuestos derechos sobre bienes inmuebles amparados en el Código civil. Pero es que, además, el artículo 361 del Código Civil, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, establece un derecho de opción a favor del dueño del terreno entre adquirir lo construido abonando su importe o obligar al edificante a que le abone el valor del terreno, derecho de opción que no se ejercita en el presente caso.

En definitiva, y con independencia del derecho del demandado a instar, en su caso, el correspondiente juicio declarativo en reclamación de las cantidades que crea deben serle abonadas por la hoy actora, nos hallamos en un supuesto en el que se pretende la recuperación de una finca cedida en precario, pretensión que debe prosperar al no ostentar el demandado título alguno que le habilite para mantener la ocupación, por lo que procederá la estimación del recurso y la consiguiente revocación de la sentencia apelada.



Cuestiones procesales

Acumulación de acciones en el procedimiento de filiación

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2014

Improcedencia de acumular a la acción de reclamación de paternidad la fijación de un régimen de visitas al ser esta cuestión competencia de los juzgados de familia. En cambio, no existe obstáculo procesal para que puedan fijarse alimentos provisionales.

A través de su dirección Letrada, y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, muestra el demandante su discrepancia, en primer lugar, con el pronunciamiento de la Sentencia de instancia que deniega la fijación de un régimen de visitas respecto de la hija común, solicitando de la Sala la sanción de unas visitas en consonancia con las reconocidas a su favor en relación con el otro hijo común. También se impugna la medida económico-alimenticia que sanciona la citada resolución, suplicando del Tribunal que reduzca la misma a 100€ al mes.

Pretensiones que encuentran la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

De conformidad con el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales.

Sobre dicha imprescindible base legal, y en armonía con la disposición final de la Ley 30/1981, de 7 de julio, a cuyo tenor una vez creados los Juzgados de Familia, asumirán las funciones atribuidas por la presente Ley a los de Primera Instancia, el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, que creó tales Órganos judiciales en diversas capitales, establece que los mismos conocerán "de forma exclusiva", por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que, en materia de Derecho de Familia, les sean atribuidas por las leyes.

El Tribunal Supremo ha venido manteniendo que la potestad jurisdiccional de los citados Órganos, respecto de las actuaciones previstas en dichos Títulos (artículos 42 a 107 y 154 a 180), del Código Civil, es exclusiva y excluyente en las localidades donde los mismos funcionen (Ss 8-3-1993 y 2-6-1994).

A la vista de dicha base normativa, al hilo de su interpretación jurisprudencial, no puede acogerse el primero de los motivos en que el demandante apoya su recurso, pues, con independencia de otras circunstancias procesales, la determinación por los tribunales del régimen de visitas res-

pecto de los hijos se encuentra regulada en los artículos 94 y 159 del Código Civil, por lo que la competencia a tal fin, en ciudades como Madrid en que han sido creados diversos Juzgados de Familia, corresponde con carácter exclusivo y excluyente a tales Órganos que, por lo expuesto, no podrían tampoco conocer de la acción de reclamación de paternidad entablada, correctamente turnada en el caso a un Juzgado de Primera Instancia ordinario, lo que determina igualmente la improcedencia de acumular una y otra acción, por venir ello prohibido por el artículo 73-1-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Distinto tratamiento, en sus aspectos competencial y procesal, ofrece la regulación del derecho de alimentos que al hijo corresponde en litigios como el que nos ocupa, pues, a tenor del artículo 768 L.E.C., el tribunal podrá acordar alimentos provisionales y adoptar, mientras dure el procedimiento, las medidas de protección oportunas.

Resultaría ilógico, y en todo caso contrario al interés prioritario del hijo menor de edad (vid artículos 2º y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996), que tal medida económica, en cuanto contemplada en dicha norma con carácter provisional, quedara automáticamente sin efecto una vez declarada, en virtud de la sentencia que pone fin al procedimiento, la paternidad, debiendo, por el contrario, prolongar su vigencia en tanto la misma no sea modificada en una ulterior litis sobre relaciones paterno-filiales, en los términos habilitados por el artículo 748-4º L.E.C., respecto de la que los únicos competentes, para su conocimiento y decisión, son los Juzgados de Familia en aquellas localidades donde los mismos han sido creados.



Indemnización del art.1438 del CC

No se dan los requisitos para su concesión

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2014

No se fija la indemnización del art. 1438 del CC dado que todos los ingresos del esposo se destinaron a la unidad familiar y no consta que haya sido solo la esposa quien ha realizado todas las tareas del hogar, pues ambos cónyuges han colaborado en esta actividad y en el cuidado de los hijos.

La esposa solicitó en su ampliación a la demanda una compensación de 99.500 € al amparo del artículo 1.438 del CC, que es denegado en la sentencia de instancia, alzándose en el recurso al no concedérsela, e insistiendo ante la Sala, en la procedencia de su pretensión en los términos recogidos en su escrito rector del procedimiento. Considera la recurrente, que se ha producido un error en la valoración de la prueba.

En el desarrollo del motivo del recuso, solo se alega que al no concedérsela se produce un enriquecimiento injusto del esposo, y que, se ha solicitado la cantidad de 99.500 € precisamente porque la esposa ha trabajado durante una parte de la vida matrimonial, entendiéndose que es una cantidad mínima de colchón; e insiste en que la esposa dejó de trabajar para dedicarse al cuidado de la familia, que en el año 1999 modificaron su régimen económico matrimonial al de separación de bienes. La contraparte se opone al motivo del recurso.

El art. 1438 del CC es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado a la casa, porque éste no se retribuye en el seno de las relaciones familiares. Finalmente, el mismo artículo establece que “el trabajo para la casa [...] dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

Por lo que, para su concesión, hay que valorar si resulta acreditado, que dentro del régimen de separación de bienes pactado entre las partes, en el ámbito del derecho común, se ha acreditado la dedicación de la esposa con su trabajo a la familia, de la que forman parte los dos hijos menores, para comprobar si con ello se ha permitido un ahorro familiar al esposo, que deba de compensarse; sin perjuicio de que haya permitido un incremento de beneficios a favor del esposo, en su patrimonio, porque el artículo no contiene en su redacción ninguna connotación a la desigualdad ni al posible enriquecimiento de un cónyuge, a costa del trabajo del otro para la casa.

La STS de 14 de julio de 2011, en el recurso 1.691/08, recoge al respecto “La reforma del Código civil que tuvo efecto por ley 11/1981, de 13 mayo, introdujo el art. 1438

CC en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en aquellos supuestos previstos en el art. 1435 CC. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.

2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE.

3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.”

En la anterior STS se sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: “El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge” .

Por lo tanto para que uno de los cónyuges, tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC, será necesario que concurren los siguientes requisitos: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio con el trabajo realizado para la casa. En consecuencia, se deben de excluir, otros criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando

uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico. Sin olvidar, como viene poniendo de manifiesto esta Sala (Sentencia 169/2005, de 25 de febrero, “hay que tener en cuenta que no se exige en modo alguno, que la realización de las tareas del hogar constituya el único y exclusivo trabajo que desarrolle el posible acreedor del derecho, por lo que tal actividad se ofrece a los fines contemplados en el mismo, perfectamente compatible con la realización de un cometido laboral remunerado fuera del hogar, lo que conlleva un mayor fundamento en orden al reconocimiento judicial del derecho, por la enorme exigencia de tal compatibilización, sin relevancia de la ayuda del otro consorte, que así disfruta de unas mejores perspectivas de desarrollo profesional y por ende, económicas”.

Para valorar cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación, el art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. En el supuesto de que no se utilizará esta opción, será el juez quien, previa petición de la parte y de los criterios en que basa su solicitud, deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación.

En el presente supuesto, esta Sala considera que no se dan las circunstancias exigidas para fijar una indemnización, confirmando la resolución judicial de primera instancia, que

con acertado criterio, valoradas las circunstancias y hechos acreditados desestima la pretensión, ya que, resulta acreditado que el matrimonio se contrajo en 1996, en principio con el régimen de la sociedad legal de gananciales; desde 1999 existe un régimen económico matrimonial de separación de bienes entre los esposos, acordado por Capitulaciones Matrimoniales; la esposa trabajó en los primeros años de matrimonio hasta 1998, se acredita que todos los ingresos del esposo han beneficiado a la familia, organizándose como un matrimonio en régimen de gananciales, disponiendo la esposa con libertad para los gastos de tarjetas bancarias, no se acredita que haya sido solo la esposa quien ha realizado todas las tareas del hogar y en el cuidado de los hijos, alegando ambos esposos que han colaborado en la ayuda del hogar y en el cuidado de las hijas, sin perjuicio de los viajes del esposo necesarios por su trabajo. Por tanto no resulta acreditado que haya sido la esposa la única que se dedicaba a las tareas del hogar, ni al cuidado de los menores, ni que esta dedicación haya sido significativamente más relevante que la del esposo, debiendo de recordarse a la parte, que es a ella a quien le correspondía, conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la LEC acreditar los extremos alegados. Resultando indiferente, los motivos alegados por la parte recurrente, relativos al enriquecimiento injusto del esposo, o su incremento patrimonial, hechos no acreditados, porque la totalidad de sus ingresos se destinaron a la unidad familiar, sin hacerlo proporcionalmente.

Pensión alimenticia

La reducción de ingresos fue causada por un cambio voluntario de empresa

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 20 de enero de 2015

El padre se dio de baja voluntariamente en la empresa en la que llevaba diecisiete años trabajando pese a saber que en la nueva empresa el contrato sería temporal, lo que impide poder acoger la petición de reducción de la pensión alimenticia.

En el caso de autos la razón que se alega por el actor respecto a la pensión alimenticia lo es la disminución de sus ingresos, y para resolver dicha cuestión basta la simple remisión al punto e) del fundamento anterior: “que la alteración no sea debida a un acto propio y voluntario de quien solicita la modificación”, pues basta la simple visión de la vista para claramente ver que al minuto 21 minuto el propio actor declaró que se dio de baja voluntariamente en la empresa AGIP en la que llevaba 17 pese a saber que en la nueva empresa el contrato sería temporal, lo que impide, a la luz de lo antes dicho poder acoger la petición de disminución de la pensión alimenticia al haberse producido tal alteración por la propia voluntad del actor hoy apelante; en efecto, no es fácil llegar a entender que en estos tiempos

quien como el recurrente, tenga un trabajo fijo, dejar el mismo para, nada menos, suscribir otro de carácter temporal, lo que solo puede entenderse si ello se hace con otra finalidad distinta o no es cierto lo relatado; pero en ambos casos, la alteración ni es ajena a la voluntad del propio actor, ni tal alteración puede valer luego para obtener una disminución en el pago de la pensión alimenticia, por cuanto el actor conocía perfectamente su obligación anterior para con su hijo y no podía dejar tan elemental obligación a la incertidumbre, por lo que debe estimarse el recurso de apelación de la demandada en este punto desestimando la demanda de modificación interesada respecto de la pensión alimenticia manteniendo lo en su día acordado.

Pensión compensatoria

Influencia de la liquidación de la sociedad de gananciales

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2015

La adjudicación de bienes a la esposa tiene influencia en el momento de decidir la pensión compensatoria, estableciéndose de forma temporal por cinco años, tiempo durante el que adquirirá conocimientos y práctica en la explotación de las fincas que se le han adjudicado en la liquidación de la sociedad de gananciales.

La prueba practicada en la instancia, revisada por este tribunal conforme a las atribuciones que le confiere el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acredita que la Sra. Palmira, de 61 años de edad, contrajo matrimonio con 21 años; y en todo ese tiempo alternó el cuidado de la familia -actividad fundamental a la que se dedicaba- con la realización más o menos discontinua de faenas agrícolas, por las que ha estado de alta 3.632 días en la seguridad social en toda su vida laboral, lo que no le permite acceder a una pensión de jubilación, al no alcanzar el mínimo de cotización, fijado en 5.475 días (oficio del Instituto Nacional de la Seguridad Social obrante al folio 64 de las actuaciones); si bien no es descartable que pudiera alcanzarlo en el futuro si se da de alta como autónoma, dado que -como se dirá- es propietaria de fincas rústicas. Asimismo, consta que ha padecido una leucemia aguda mieloblástica, por lo que fue trasplantada de médula ósea, no siendo aconsejable el desempeño de actividad laboral. Mientras que consta que antes de la separación el matrimonio tenía un relativamente elevado nivel de vida, al dedicarse el esposo (con carácter ganancial) a la explotación de diversas fincas rústicas e incluso a la promoción inmobiliaria, lo que dio lugar a la tenencia de un sustancioso patrimonio sobre cuyo destino ya han decidido las partes, porque han liquidado su sociedad de gananciales, adjudicándose a la esposa bienes por importe de 685.000 €, entre los cuales se incluyen, aparte de la mitad indivisa de varias fincas rústicas y urbanas, el pleno dominio de una nave industrial y un piso y tres fincas rústicas en Aguilar de la Frontera y Santaella. Como consecuencia de ello, la Sra. Palmira recibe tanto la mitad de las cosechas de las fincas rústicas que se le han adjudicado proindiviso, como el total de las que le pertenecen en exclusiva, así como las correspondientes ayudas a cargo de la Política Agraria Común, por lo que durante la campaña agrícola 2013/2014 sus ingresos por estos conceptos superaron los 60.000 €.

Sobre estas bases, aparece como cuestión primordial a dilucidar si la liquidación de la sociedad de gananciales, con la consiguiente adjudicación de activos a la esposa y su traducción en la percepción de ingresos, en los términos ya indicados, enerva la situación de desequilibrio económico, al colocarse los cónyuges en situaciones patrimoniales equivalentes. Cuestión que fue expresamente abordada por la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009, diciendo que “este planteamiento... se aparta de la auténtica naturaleza de la pensión compensa-

toria, que, tal como la configura nuestro ordenamiento, e interpreta la doctrina analizada, no es una pensión alimenticia a favor del cónyuge más necesitado, sino un derecho cuya razón de ser se halla únicamente en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura conyugal, por lo cual, lo esencial para que pueda accederse a su reconocimiento es que el cónyuge solicitante demuestre que la ruptura le ha supuesto un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, siendo por ello irrelevante la ausencia de necesidad, es decir, que el cónyuge más desfavorecido tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo”. Sin embargo, posteriormente, la Sentencia de 24 de noviembre de 2011 volvió a plantearse la cuestión y actualizando la tesis anteriormente expuesta, a fin de dar entrada a la doctrina unificadora plasmada en la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 864/2010, de 19 enero, antes citada, estableció que la adjudicación a la esposa de bienes gananciales en exclusiva por un valor significativo determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta una titularidad patrimonial que le va a permitir una gestión independiente; lo que se traduce, según los casos, en la inexistencia del necesario desequilibrio para la fijación de la pensión compensatoria, o en la idoneidad de la fijación de una pensión temporal (doctrina implícitamente asumida por las Sentencias del mismo Alto Tribunal de 10 de diciembre de 2012 y 17 de mayo de 2013).

Conforme a lo expuesto, teniendo en cuenta que se desprende de la prueba practicada en la instancia que, constante matrimonio, quien administraba y gestionaba el patrimonio ganancial era el Sr. Teodosio, por lo que era él quien se encargaba de la explotación de las fincas, de su gestión económica, de la percepción de las ayudas comunitarias, del cobro de las cosechas, etc.; mientras que la Sra. Palmira se dedicaba fundamentalmente al cuidado de la casa y la familia, siendo su situación respecto a la administración patrimonial más pasiva, consideramos que puede existir un desequilibrio transitorio, en el sentido de que hasta que la apelada no adquiriera determinados conocimientos y prácticas sobre la gestión de su patrimonio (procedimientos de gestión económica de la producción, solicitud y cobro de la PAC, posible arrendamiento de los bienes...) que antes tenía delegados en su marido, de tal forma que pueda extraer del mismo el rendimiento esperable, durante ese plazo

deberá ser ayudada económicamente con cargo a la pensión que cobra el esposo, que si bien no es propiamente ganancial cuando se percibe después de la disolución del matrimonio, ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1.358 del Código Civil (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003 y 20 de diciembre de 2004), no puede ignorarse, a estos únicos efectos, que las cotizaciones se hicieron con cargo a ingresos gananciales, procedentes de las explotaciones agrarias comunes del matrimonio. Como consecuencia de ello, y en coherencia con la propia pretensión subsidiaria articulada en el recurso de apelación, debe mantenerse la pensión compensatoria, pero con un límite de cinco años computables desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

En cuanto al importe de dicha pensión compensatoria, la jurisprudencia ha establecido reiteradamente que la pensión compensatoria no es un sistema de equilibrio de patrimonios de los cónyuges, ni de los ingresos que cada uno obtenga de sus respectivos sueldos o pensiones, por lo que no se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre sus situaciones económicas (SSTS 43/2005, de 10 febrero, y 753/2011, de 3 de noviembre). Por ello, no puede compartir-

se el criterio de la sentencia de instancia de prácticamente dividir en dos la pensión percibida por el esposo, porque como dice la última de las Sentencias del Tribunal Supremo citadas, no es admisible que los cónyuges, al divorciarse (en este caso, separarse judicialmente), compartan los ingresos del marido como si estuvieran casados, olvidando que ello es propio del régimen económico matrimonial y no de la pensión compensatoria. En consecuencia, teniendo en cuenta los factores establecidos en el artículo 97 del Código Civil y la práctica judicial (aunque a diferencia de la pensión alimenticia, no existen unas tablas orientadoras patrocinadas por el Consejo General del Poder Judicial, sí hay unas tabulaciones manejadas en Congresos de Abogados y Jueces de Familia, que se utilizan habitualmente), se considera adecuada una cuantía para la pensión compensatoria de 200 € mensuales. Y como quiera que la misma habrá de ser revisable durante los cinco años de su vigencia, conforme al último párrafo del artículo 97 del Código Civil, que establece en términos imperativos que “en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión”; la misma se revisará en el mismo porcentaje en que varíe la pensión de jubilación percibida por el Sr. Teodosio. Como consecuencia de lo cual, el recurso de apelación también debe estimarse en este punto.

Guarda y custodia

Petición de cambio por cuestiones religiosas

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de enero de 2015

Que la madre se haya casado con un marroquí o que pueda haberse convertido al Islam no es causa de modificación del sistema de custodia.

La hija menor, Fátima nació en 2006 por lo que cuenta en la actualidad con 8 años de edad.

El actor en su recurso denuncia la vulneración grave de los principios procesales por no haberse admitido las pruebas periciales e informes escolares que solicitó, e interesa la revisión del criterio de la resolución impugnada. Solicita, en consecuencia, que se estime íntegramente su demanda dejando sin efecto la custodia materna individual o estableciendo la custodia compartida de forma subsidiaria en caso de no ser apreciada la petición anterior.

La parte demandada y el Ministerio Fiscal ha interesado la confirmación íntegra de la sentencia de primera instancia.

No aprecia este tribunal la existencia de indicios que justifiquen las alegaciones sobre vulneraciones procesales que son alegadas como fórmula dialéctica para encabezar el recurso, sin que en ningún momento, sin embargo, se solicite la nulidad de la sentencia por tal causa, por lo que

no merecen comentario más extenso.

La representación del actor ha reiterado la solicitud que ya fue denegada en la primera instancia, y se ha vuelto a denegar en la alzada, para que el SATAF elaborara un informe sobre la negativa incidencia en la hija menor de la opción religiosa de la madre de conversión al Islam, tras el matrimonio con un ciudadano de origen marroquí. A tales efectos es preciso señalar que, tanto si se considera el dictamen psicosocial del SATAF como prueba pericial, como si se comparte la naturaleza del mismo como una prueba “sui generi” típica del derecho de familia, con las características que señala la Disposición Adicional Sexta de la Ley 25/2010 del Parlament de Catalunya, se está ante un instrumento auxiliar del enjuiciamiento a disposición de los jueces y tribunales para el caso de que para conocer o apreciar un determinado hecho, sean necesarios especiales conocimientos técnicos.

La citada diligencia no puede ser acordada de forma automática a petición de una de las partes, sino que es preciso que existan indicios serios de la especial complejidad de los hechos, o bien que del conjunto de los elementos de prueba practicados resulte insuficiente la información que obre en los autos sobre la estabilidad de la menor o la idoneidad del sistema de guarda, o sea necesario que el tribunal sea ilustrado por especialistas en una determinada materia que resulte confusa.

En este caso no es de apreciar ninguna de las circunstancias que aconsejen la solicitud por el tribunal del dictamen psicosocial, puesto que la alegada conversión de la demandada al Islam no sólo no se ha acreditado, sino que de forma rotunda ha sido negada por la misma en el interrogatorio practicado. Mas, aun cuando tal hecho fuese cierto, el Islam es una confesión religiosa plenamente legal en España, reconocida y amparada por el principio de libertad religiosa que proclama el artículo 16 de la Constitución.

El demandante confunde lo que pueden ser las prácticas propias de una determinada confesión o creencia, con las derivaciones integristas de las mismas (que pueden producirse en cualquier tipo de religión o ideología); más éstas no pueden presumirse del hecho de que la demandada haya contraído matrimonio con una persona de nacionalidad marroquí, puesto que ni siquiera se ha probado que el mismo sea practicante de la alegada o de otra religión, ni del carácter ilegal de la misma, ni tampoco se ha aportado indicio alguno de que la menor haya sido sometida a ningún tipo de presión o influencia negativa al respecto.

Por lo que se refiere a la nacionalidad de origen del actual esposo de la demandada, tampoco puede derivarse de tal hecho ningún riesgo para la hija, ni siquiera procede tampoco establecer restricción alguna al derecho de la niña a viajar y visitar Marruecos durante los periodos vacacionales, puesto que se trata de un Estado con vínculos jurídicos sólidos con España, con el que existen tratados internacionales de cooperación judicial muy consolidados, siendo ambos países signatarios también del Convenio de la Haya de protección de menores.

Por lo que se refiere a la modalidad de custodia que se debate, la sentencia de primera instancia destaca el criterio legal y jurisprudencial de que las medidas relativas a los hijos menores han de ser adoptadas en beneficio de los mismos, tras ponderar las circunstancias que concurren; y que deben estar condicionadas únicamente a favorecer el mejor interés de los hijos, que ha de prevalecer sobre cualquier otra consideración.

En el caso de autos lo más relevante es que el actor fundamenta su demanda únicamente en la circunstancia dicha de la conversión al Islam de la demandada, y por ello solicita el cambio, pero sin acreditar que éste, sea mediante la atribución de la guarda exclusiva al padre o mediante la custodia compartida, reportará un mayor beneficio para la hija menor. Lo cierto es que la niña, actualmente de ocho años, está muy vinculada a la madre y no se ha acreditado, ni siquiera indiciariamente, que la opción por convivir con el

padre de forma habitual será aceptada por la hija sin que ello le depare problemas en su estabilidad emocional.

En cuanto a la guarda compartida, el mismo hecho de proponerla con carácter subsidiario refleja que no es una opción suficientemente elaborada por el actor.

En tal sentido el artículo 233-10 del CCCat establece...:

Tal previsión legal ha de ser interpretada sistemáticamente con lo establecido en el artículo 233-7 y 233-10 del CCCat, por lo que se ha de concluir que las opciones ideológicas o religiosas de los progenitores no son elementos suficientes para que se produzca un cambio del sistema de custodia, sino que es fundamental que se acredite que la modalidad propuesta respecto a la guarda es idónea y reporta beneficios para la menor y que el cambio que se propugna va a repercutir de forma positiva en la estabilidad y en el desarrollo de la personalidad de la hija.

En relación con lo anterior resulta de lo actuado que el actor no ha intentado alcanzar un mínimo grado de consenso tendente a compartir con la madre las responsabilidades respecto de la menor. Antes al contrario, de los actos anteriores y coetáneos, como son las denuncias penales contra la demandada y el propio planteamiento de la demanda origen de estas actuaciones, resulta que ha fundando sus alegaciones en la magnificación de unos riesgos inexistentes para la menor, lo que pone de manifiesto un talante en el actor incompatible con lo que pretende. Es muy significativo que en beneficio e interés de la menor no se haya intentado por el actor un proceso de mediación previo como recomienda el artículo 233-6 del CCCat.

En consecuencia con lo anterior, la primera de las pretensiones del recurrente debe ser desestimada por cuanto la decisión sobre la custodia ha de ser adoptada sobre la base única del interés de la menor, sin que en este caso el actor haya aportado datos suficientes en el plan de parentabilidad presentado de los que pueda concluirse que el cambio que propugna reportaría beneficios para la niña.

No obstante lo anterior, y por el mandato legal a los tribunales de intervención de oficio en interés de los menores, se aprecia la conveniencia de que la comunicación de la hija con el padre se amplíe en el sentido de que durante el curso escolar la niña permanezca una tarde inter-semanal con su padre, la de los miércoles en ausencia de acuerdo, desde la salida del colegio hasta al día siguiente a la entrada al mismo; y que los fines de semana alternos se amplíen también a los días festivos, desde el viernes (o la tarde anterior al festivo), hasta el lunes (o siguiente día lectivo al festivo), que será llevada por el padre al colegio. El padre deberá participar activamente en el seguimiento de la evolución de los estudios de la menor en el centro escolar al que asiste; cualquier decisión que se adopte respecto de la hija, bien sea la elección del centro escolar, o las prácticas religiosas de la misma antes de la mayoría de edad, deberán ser consensuadas por los progenitores.

Guarda y custodia

De la guarda compartida a la individual

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 27 de enero de 2015

La marcha injustificada de la madre a otra ciudad, motiva que se deje sin efecto la custodia compartida que ambos pactaron en el año 2008, por lo que conviviendo la menor con su padre desde el año 2011 procede confirmar la custodia paterna.

El día 8 de octubre de 2012 la Sra. Paulina presentó demanda de modificación de medidas en la que solicitaba que se dicte resolución por la que se le conceda la guarda de la hija común, con régimen de visitas amplio y flexible con el padre, de fines de semana (no dice alternos) y mitad de periodos vacacionales y prestación por parte de éste de alimentos en cuantía de 300 euros al mes y 50% de gastos extraordinarios. Relata que los litigantes tuvieron una hija común, María Milagros, nacida en 2004, y que ha tenido que trasladarse a Andalucía por motivos alimenticios con sus otros dos hijos, hermanos de vínculo sencillo, de 13 y 12 años. Por escrito posterior dice vivir y trabajar en Cunit, como el padre, y estar de acuerdo en compartir la guarda por semanas, pero si no sigue allí ambos reclaman la guarda exclusiva para sí. En abril de 2013 dice haber vuelto a la situación inicial.

1.2 Se ha acumulado demanda presentada por el Sr. Luis María el 15 de marzo de 2013 en la que sostiene que la madre se desentendió de la hija y se fue a Jerez, habiendo visto a la hija dos veces en dos años. Sostiene que la hija lleva una vida normalizada con el padre en Cunit, él trabaja en limpieza. Pide la guarda de la menor, con visitas para la madre en Navidad, Semana Santa y verano (por mitades) y que la madre pague 200 euros de pensión de alimentos para la hija.

La madre contesta y se opone, defendiendo sus propios postulados.

El Ministerio Fiscal se reserva el informe y finalmente defiende que se atribuya la custodia al padre, se concedan visitas y que la madre pague 175 euros al mes de alimentos.

La sentencia recurrida, de fecha 4 de octubre de 2013, valora que desde 2010 el padre ha asumido la guarda procurando estabilidad y cuidados. Razona sobre visitas y alimentos y, en suma, la juez desestima la demanda interpuesta por la Sra. Paulina y estima parcialmente la demanda interpuesta por el Sr. Luis María y, en consecuencia, acuerda modificar las medidas en su día establecidas en sentencia de guarda y custodia de 30 de abril de 2010 en los siguientes términos: 1º Atribuye la guarda y custodia de la menor María Milagros a su padre, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores. 2º Plan de Pa-

rentalidad: a- Régimen de visitas: la menor estará con su madre la mitad de los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano (julio y agosto) que se disfrutarán por mitad entre ambos progenitores y asimismo podrá estar con la madre en aquellos fines de semana en los que, de forma consensuada y previo aviso con antelación suficiente al padre, la madre pueda desplazarse para estar con la menor, debiendo la madre desplazarse a Cunit a tal fin salvo acuerdo en contrario por ambos progenitores. Cualquiera de los aspectos del régimen de visitas que previamente se ha descrito podrá ser modificado voluntariamente por los progenitores, siempre de común acuerdo, y atendiendo al superior interés de los menores. En el caso de imposibilidad de cumplir con el anterior régimen de visitas se preavisará al otro progenitor con una antelación suficiente. b- La hija menor fijará su domicilio en la residencia del padre en Cunit. Cualquier cambio de domicilio se pondrá en conocimiento del progenitor no custodio por los medios habituales de comunicación, debiendo fijarse un número de teléfono al cual deben efectuarse esas llamadas. c- Cada progenitor se responsabilizará de todas las tareas cotidianas de su hija mientras esta permanezca en su compañía, haciéndose cargo por él mismo o por tercera persona que designe de las tareas domésticas generadas para el cuidado de su hija cuando la tenga en su compañía. d- Los cambios de custodia se realizarán en el domicilio de la menor, debiendo la madre desplazarse al mismo para su recogida y devolución. e- El desplazamiento de la menor hasta el domicilio de la madre, o lugar en que vayan a residir durante los periodos que permanezca con la misma se realizarán por los medios que ésta estime pertinentes debiendo en todo momento la menor ir acompañada por la madre o persona designada por esta de su familia o de su confianza, siendo la madre la que se hará cargo de los gastos que puedan suponer los desplazamientos. f- Durante los periodos de estancia de la menor con uno de los progenitores, el otro podrá contactar con ella telefónicamente, por correo electrónica u otro medio de comunicación, en horarios y con la frecuencia que no incidan o perjudiquen la vida habitual de la menor y de la familia. El progenitor custodio deberá informar del lugar de residencia de la menor. g- Cualquier cambio de actividad extraescolar que suponga un coste económico deberá ser consensuada, debiendo los progenitores escuchar a la menor. Las actividades de ocio y tiempo libre serán super-

visadas por el progenitor que en cada momento tenga el cuidado de la menor. En los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, si existe desacuerdo en cuanto a la realización o no del mismo, prevalecerá la opinión de los facultativos. h- Cualquier propuesta de cambio educacional o escolar deberá ser previamente consensuado por ambos progenitores, teniendo en cuenta la opinión de la menor; i - Los progenitores deberán informarse mutuamente de cualquier circunstancia relevante de la menor, su evolución escolar, sanitaria o social. j- Cada progenitor deberá comunicar al otro su intención de cambiar de residencia.

...La recurrente Sra. Paulina argumenta, en un escrito poco articulado, sobre su necesidad y la existencia de trabajo del padre y sobre la indefensión por no haberse practicado su interrogatorio por videoconferencia. Añade que se incurre en error en la valoración de las pruebas.

...La sentencia de 30 de abril de 2008 aprobó convenio regulador de febrero del mismo año en el que se establecía

que la hija quedaba bajo custodia compartida por quince días. Según el padrón de habitantes, desde julio de 2011 la madre y sus otros dos hijos viven en Jerez y allí siguen estudios y la menor se ha quedado en Cataluña.

Ha sido, por tanto, la madre la que ha hecho dejación de un sistema de guarda que le beneficiaba y es irrefutable el argumento de la sentencia de que el padre ha asumido la guarda procurando estabilidad y cuidados a la menor.

No se acredita que la marcha a Jerez de la Frontera sea debido a una situación de necesidad, ni que el padre haya llevado a cabo las funciones parentales con perjuicio para la hija y cuando ya se ha producido un cambio de domicilio a Cunit no es aconsejable nuevo cambio de contexto relacional y vivencial de María Milagros en tan corto periodo de tiempo.

Vivienda familiar

Contribución del padre al pago de la renta

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2014.

Se reduce la cuantía de la contribución del padre al pago de la renta de la vivienda donde viven los hijos y la madre, al estar ocupada también por la actual pareja de ésta, pues lógicamente el alquiler deberá prorratearse en su justa medida entre los ocupantes de la vivienda.

En la sentencia de instancia se estima parcialmente la demanda de modificación interpuesta por la representación procesal de D. Ángel Jesús, en el sentido de reducir la contribución del actor para el pago de la renta de la vivienda donde viven los hijos de los litigantes, en compañía de su madre. Se interponen sendos recursos apelación que deben de ser rechazados.

La representación procesal de D.ª Aída se opone a tal modificación por entender que se funda en un pacto o acuerdo emitido durante el juicio que no es vinculante, por cuanto que fue expresión de voluntad de su abogado que no vincula a la apelante. Este alegato no puede ser tenido en cuenta, por cuanto, aunque como tal acuerdo alcanzado durante el juicio no fuera vinculante para la parte, en cuanto que tal transacción debía haber requerido su ratificación, lo cierto es que la reducción de la suma con la que el padre debía de contribuir al pago de la vivienda de los hijos se hace en base a una alteración sustancial de las circunstancias y ello está plenamente justificado, no en aras a un posible acuerdo entre los abogados y representantes de las partes en presencia del juez, sino en base precisamente, a que al estar ocupada dicha vivienda, que no es el domicilio

conyugal, por la actual pareja de D.ª Aída, lógicamente tal contribución ha de disminuir, por cuanto que tal gasto debe de prorratearse en su justa medida entre los ocupantes de la vivienda, máxime si tenemos en cuenta que los demás gastos de alimentación están sobradamente cubiertos.

Así pues, la confirmación de la sentencia obedece precisamente a la razón fundada de que la vivienda alquilada por D.ª Aída y los hijos de los litigantes, está siendo igualmente ocupada por una tercera persona que lógicamente conlleva una reducción de tal gasto.

En este sentido, también debe de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por D. Ángel Jesús, en cuanto que solicita que se reduzca en un 50% tal contribución, por ser esa la suma mencionada, por cuanto que la modificación tiene lugar no por la existencia de un acuerdo entre las partes, sino por la de una nueva circunstancia, no tenida en cuenta con anterioridad, y que al ser introducida altera sustancialmente la medida que aquí se cuestiona, si bien se resuelve adecuadamente por el juzgado en la cuantía que se fija actualmente.

Régimen de separación de bienes

Rebaja en el precio de venta de la vivienda

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2014

Se estima la demanda de modificación de medidas y se rebaja en un 20% el precio de venta de la vivienda familiar que los cónyuges pactaron en el convenio regulador.

Llegados a este punto, y estimado el recurso en cuanto a la incongruencia, debe situarse la Sala sobre la petición original de autos -superada por la citada incongruencia-, cual era la solicitud de “La autorización judicial para que mi representado pueda vender la vivienda que en su día constituyó el hogar conyugal por importe un precio que no sea inferior a Quinientos mil euros (500.000.-€)”. Marco éste en el que, ciertamente, la prueba desplegada en el litigio sitúa el precio de venta, que, recuérdese, obligaba a las partes contratantes a que fuera un mínimo de 1.000.000.-€ en el Convenio suscrito por ellas en el 2009, el un precio sobredimensionado para las circunstancias actuales, en las que es notorio que la crisis ha atacado especialmente a un sector inmobiliario que, en definitiva, había situado los precios de las viviendas en la burbuja que, en gran medida, provocó precisamente el desencadenamiento de una crisis todavía hoy existente.

Por lo tanto, la Sala comparte las consideraciones de la demanda en orden a entender que, a día de hoy y por razón de la crisis económica generalizada que vive el Estado y nuestro entorno inmediato, no es razonable pretender que el bien inmueble propiedad de los litigantes se venda a terceros en más de un millón de euros (como se había pactado), por lo que dicha cláusula es manifiestamente ineficaz a la hora de buscar un comprador para obtener la venta del inmueble, la cual era en definitiva lo deseado por las partes en el Convenio. Y, lo que es jurídicamente más importante, la alteración de la situación del mercado inmobiliario en los últimos años sitúa la cláusula VII dentro del ámbito de lo judicialmente reformable en el marco de una demanda de modificación de medidas, al existir una alteración sustancial de las circunstancias). Todo lo cual hace necesario que, a su vez, se adecuen a dichas circunstancias los términos de lo acordado inicialmente para proceder a la venta del inmueble. No debe olvidarse que, tal y como recuerda la parte apelante, la demandada tiene menos prisa en vender al ser inherente al convenio el pacto que responsabiliza al hoy actor a asumir todos los gastos que se derivan del uso y propiedad de la vivienda. Pacto que no debe ser óbice para que, acreditada la alteración sustancial de las circunstancias y, en concreto, del precio de mercado, los Tribunales deban atemperar el mismo adecuándolo a las nuevas circunstancias.

Lo antedicho conduce a la Sala a determinar una modificación a la baja del precio mínimo de venta, concediendo hasta aquí razón a la parte apelante en cuanto a tal pretensión. Más aún cuando los argumentos del párrafo anterior,

además de ser notorios, vienen cotejados por el documento número 2 acompañado a la demanda, consistente en una certificación emitida en fecha 25 de enero de 2013 por la entidad “KSA INMOBILIARIA” y rubricada por Dª Petra, en la que se afirma que:

“Visitada la propiedad y sus anejos, constatando su estado de conservación y sus instalaciones, y considerando la situación actual en el mercado inmobiliario en esta zona y zonas circundantes, teniendo en cuenta la oferta en este tipo de propiedades, los precios de mercados y el precio medio en el cual se cierran las operaciones en los últimos seis meses, podemos afirmar categóricamente que su valor de mercado actualmente no podrá superar un ningún caso el valor máximo de un millón de euros (1.000.000.- €) y este, en el mejor de los casos. “

No obstante, dicho certificación mal permite alcanzar el ámbito de rebaja pretendido en autos y que alcanza nada más y nada menos que el cincuenta por ciento del precio inicialmente pactado (de un mínimo de 1.000.000.-€ a uno de 500.000.-€). Especialmente cuando la dicción de dicho informe técnico, no contrastado tampoco de adverso, no permite situarnos en un horizonte de tal 50% en la rebaja del precio original, sino más bien en torno a un margen del orden del 20% bajo el listón del millón de euros. El cual, de hecho, no solo resultaría más acorde a la evolución de los precios de mercado en viviendas de estas características, sino que era el que la actora presentaba en el propio escrito de demanda cuando afirmaba que: “Lo cierto es que la vigencia de dicha cláusula en el convenio regulador ha privado de opciones serias de venta por precios más concordes con el mercado (850.000.-€ -800.000.-€), al expresar la demandada su negativa a proceder a la transmisión si no es por un precio superior al millón de euros (1.000.000.- €). “. Y, asimismo, la propia demandada admitió expresamente en su escrito de contestación no haberse negado a que se efectuara la venta en 900.000.-€.

Todo lo cual sitúa para la Sala los términos del litigio en la línea de considerar la necesidad de atemperar el precio inicialmente pactado, considerando como una solución razonable, derivada de la prueba obrante en autos, de la notoriedad de las circunstancias del mercado y de lo admitido por ambas partes, una rebaja del precio de venta en un 20% sobre lo inicialmente pactado, lo cual supone una modificación de la cláusula VII del Convenio regulador en el sentido de autorizar la venta de la vivienda por un precio que no sea inferior a ochocientos mil euros (800.000.-€).

Guarda y custodia

Se mantiene la custodia compartida

AP Álava, Sec. 1.^a, Sentencia 18 de diciembre de 2014

Se mantiene la custodia compartida aunque la madre, por un periodo de tres años, se marche a Argentina por motivos laborales, acordándose que el menor continúe residiendo con el padre y pasando con la madre todas las vacaciones escolares a excepción de 15 días en verano que estará con el padre.

En virtud del convenio regulador aprobado en sentencia de divorcio de 28 de marzo de 2011, D.^a Lidia y D. Adriano acordaron para el cuidado de su hija menor D.^a Frida, nacida el NUM000 de 2004, un régimen de guarda y custodia compartida, a cumplir en la localidad de Murgía donde residían, por periodos alternativos de dos semanas

La actora, empleada en Mercedes en la planta de Vitoria-Gasteiz, residía en la localidad de Murgía (Álava) donde asimismo reside el demandado.

En el año 2013 D.^a Lidia recibió una oferta laboral de la empresa para ejercer como jefe de departamento de la organización de calidad en Argentina. Oferta que aceptó, y por ello reside en Buenos Aires desde el enero de 2014.

El destino es por tres años, el contrato concluye en diciembre de 2016, cumplido el cual previsiblemente regresará al puesto de trabajo en Vitoria.

D.^a Lidia promovió en la demanda inicial del presente proceso la modificación de medidas, interesando el otorgamiento de la guarda y custodia de la menor, para así poderse trasladar ambas a residir en Buenos Aires.

La sentencia de instancia desestima la demanda y acuerda mantener la guarda y custodia compartida, en los términos que constan en el antecedente PRIMERO.

Frente a la sentencia de instancia se alza en apelación el demandado e interesa lo siguiente: 1º.- El cambio en el ejercicio de la custodia, pasando de la compartida a la custodia en favor del padre. 2º.- Contribución de la madre a los alimentos. 3º.- Quince días de vacaciones de verano con el padre. 4º.- Dejar sin efecto las medidas que resultarían contradictorias y perjudiciales.

Como hemos puesto de relieve en precedentes sentencias, entre otras la dictada en el rollo de esta Sala nº 39/13, la patria potestad o la potestad parentales una función que engloba derechos y obligaciones respecto de los hijos, y así tanto es un deber como un derecho el cuidar a los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, como resulta del art. 154 del Código Civil. La separación o el divorcio de los padres no supone en absoluto la pérdida de tales derechos y obligaciones, pues el Código Civil, art. 156, tras establecer que la patria potestad se ejercerá conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, también señala que “si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por

aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”. Más concretamente el art. 92.1 del Código Civil establece que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” y el art. 90 del Código Civil, al regular el convenio, también se refiere a la “patria potestad de ambos”. Todo lo cual permite deducir que la separación, la nulidad y divorcio, que conllevan una situación real de vida separada, no predetermina una ruptura del régimen de patria potestad compartida y que lo realmente sujeto a regulación es el modo de ejercicio de la patria potestad. En consecuencia con lo anterior, la separación o divorcio solo pueden conllevar la necesidad de adaptación del ejercicio de la potestad parental, pero nunca la privación de sus derechos respecto de los hijos, ni la alteración de sus obligaciones frente a ellos, salvo que excepcionalmente se acuerde la privación o la suspensión total o parcial del ejercicio de dicha potestad.

El legislador y los tribunales se refieren al régimen de guarda y custodia y al régimen de visitas, cuando esas funciones son meros aspectos de la patria potestad y por tanto sería más lógico referirse a la forma en que debe ejercerse la patria potestad.

En el caso de autos nos encontramos en un supuesto de adaptación del ejercicio de la patria potestad como consecuencia de la ausencia de la madre del lugar de residencia habitual por razones laborales. El propio carácter transitorio de la situación y el previsible regreso de la madre, así como los largos periodos de estancia de la menor con su madre, con motivo de las vacaciones, justifican el mantenimiento de la guarda compartida, aunque los periodos de guarda no sean simétricos en estructura y duración.

La sentencia de instancia de hecho, como resulta de sus razonamientos, mantiene el régimen de guarda compartida, pero en realidad lo que declara es que el domicilio de la menor, al no coincidir en la misma localidad con el de los padres, continúe en Murgía, donde residirá con el padre, salvo los periodos de vacaciones que pase en Argentina con la madre, hasta que ésta regrese a su destino laboral en Vitoria-Gasteiz, previsiblemente en diciembre de 2016.

El recurrente insiste en la necesidad de que se le otor-

que la guarda y custodia de la menor en interés de ésta, con el fin de dar estabilidad y equilibrio a una situación modificada de hecho desde la madre se marchó en enero de 2014. Alega asimismo que la guarda de facto se ha modificado y ello afecta a otros aspectos del convenio que no se pueden cumplir o mantener.

Argumentos que no aportan ninguna razón justificadora del cambio en la guarda y custodia y forma de ejercicio de la patria potestad, pues en nada se acredita que el mantenimiento de la custodia compartida sea perjudicial o menos beneficioso para la menor.

Las medidas acordadas en el convenio que sean derivadas del establecimiento de la guarda compartida deberán mantener su vigencia en los términos acordados, si bien adaptadas a la situación actual, hasta que se recupere la precedente y recobre el convenio su plena efectividad.

Los alimentos de la menor están establecidos en el convenio. Cada progenitor se hace cargo de los corrientes correspondientes al periodo de guarda y constituyen un fondo común con aportaciones de ambos para determinados gastos, debiendo afrontar los extraordinarios al 50%. El demandado nada expresa sobre el particular en su contestación, y no es hasta la exposición de las conclusiones cuando interesa que se fije una pensión de alimentos a cargo de la madre de 400 euros mensuales.

La sentencia de instancia resuelve razonablemente la cuestión de los alimentos pues, bajo la prevención del carácter temporal de lo acordado, mantiene el sistema de contribución y desplaza a cargo de D.^a Lidia los gastos íntegros de los desplazamientos de la menor para disfrutar de su compañía en los periodos de vacaciones.

Los periodos de permanencia con la madre establecidos por la Juzgadora de instancia, en tanto permanezca la situación, comprende todas las vacaciones de navidad y semana santa, así como los meses de julio y agosto. Periodos que dada la situación excepcional permiten mantener una razonable permanencia de la menor en compañía de la madre y así satisfacer tal expresión de las facultades derivadas de la patria potestad.

No obstante lo anterior, la compañía de la menor con el padre debe compaginar un mínimo que conforme a las circunstancias expresadas permita disfrutar asimismo del periodo vacacional de ésta, libres de las obligaciones cotidianas y disponible para otras actividades. Por ello, sin perjuicio de los días de estancia de la menor con la madre en las vacaciones de verano, en cualquier caso deben distribuirse de tal suerte que el padre disponga de al menos quince días consecutivos del periodo de vacaciones de verano de la menor para poderlo disfrutar en su compañía.

Pensión alimenticia

Reducción por aumento del régimen de visitas

AP Castellón, Sec. 2.^a, Sentencia de 16 de octubre de 2014

La ampliación del régimen de visitas en favor del padre implica que va a tener a su hija en su compañía mucho más tiempo, y dicha variación es sustancial y ha de tener una consecuencia en el quantum de la pensión alimenticia.

Nos encontramos con un dato fundamental que se haya constituido por el hecho de la ampliación del régimen de visitas en favor del padre, pues como se ha indicado va a tener a su hija Guillerma en su compañía mucho más tiempo, pues pasará de estar con ella, tan solo fines de semana alternos, y una tarde-noche entre semana, a permanecer con la misma, semana alternas desde el jueves al lunes, y una tarde-noche del miércoles al jueves mañana, cuando no le corresponda el fin de semana; dicha variación, es una variación sustancial, que ha de tener una consecuencia en el quantum de la pensión alimenticia, por cuanto además de lo anterior, del resultado de la prueba practicada en su conjunto, se observa que el Sr. Juan Alberto ha visto reducidos sus ingresos, pues es lo cierto que si bien de las nominas presentadas se deduce que además del salario base, 1040 euros mes, ingresa ciertas cantidades por otros conceptos como el de guardias, convenio, horas extra, pudiendo hacer un total al mes de 1300 euros, en su caso, explico en el acto del juicio, que no son cantidades fijas, sino que oscilan, pues depende del trabajo, o si tienen que salir, añadiendo

que las pagas extraordinarias no lo son en su integridad, alargándose los periodos vacacionales; además de lo anterior se deduce de la prueba practicada que satisface algún préstamo, habiendo indicado que corresponde a deudas asumidas durante un tiempo en que era autónomo, tras cesar en su trabajo en Porcelanosa y todo indica que cuando se estipuló la pensión alimenticia por importe de 400 euros mes, reducida posteriormente por esta AP al haberse reducido las necesidades de la menor que pasó del parvulario a colegio público, trabajaba en la referida azulejera con un salario de unos 1.500 euros mes y pagas extraordinarias completas;

En virtud de las consideraciones realizadas se considera procedente y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades de la menor, las normales de su edad, el establecimiento de una pensión alimenticia por importe de 250 euros mes, pues la Sra. Fidela posee trabajo, teniendo un salario de unos 1.000 euros mes aproximadamente, y que comparte gastos de vivienda con su actual marido.

Pensión compensatoria

No puede fijarse con limitación temporal

AP Guipuzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de enero de 2015

El hecho de que la esposa reúna los requisitos para ser perceptora a los 65 años y seis meses de una pensión contributiva de jubilación, no puede valorarse en este momento como razón para fijar un término extintivo a la prestación compensatoria, tanto porque no se ha consolidado o materializado el derecho a percibir esa pensión por jubilación, ignorándose las exigencias que entonces existirán para poder acceder a ella, como por razón de su concreción cuantitativa.

En cuanto a la impugnación del pronunciamiento de la pensión compensatoria, delimitado el objeto del debate en esta alzada en los términos expuestos sintéticamente en el primero de los razonamientos, que en la resolución recurrida se efectúa con base a la doctrina jurisprudencial sentada por nuestro Alto Tribunal un análisis sobre la naturaleza y fundamento de la pensión compensatoria, elementos a valorar tanto a efectos de su fijación como cuantificación, lo que huelga incidir en ella al ser la exposición correcta y exhaustiva, con carácter previo al análisis de aquellos aspectos en que las partes centran su discrepancia con la resolución de instancia, en la búsqueda de luz sobre la cuestión debatida por la parte apelante cual es la procedencia de la fijación de un límite temporal en el derecho a percibir la pensión compensatoria de 400 euros al mes reconocida en la instancia a la Sra. Genoveva, hemos de acogernos asimismo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que en el recurso se argumenta se ha infringido.

...La parte recurrente argumenta que la percepción por la actora de una pensión contributiva de jubilación en abril de 2018 no constituye un hecho futuro sino cierto y que si bien se ignoran las bases de cotización, será complementada a mínimos, por lo que esa será la prestación mínima, que actualmente está en 600 euros, y que, por ende, a partir de este momento contará la actora con medios suficientes para superar el desequilibrio inicial y que, por ende, en el plazo de 4 años, la pensión compensatoria habrá cumplido su función reequilibradora.

Ciertamente como aduce la recurrente la actora actualmente con 62 años de edad tiene posibilidad de causar derecho a una pensión contributiva de jubilación a la edad de 65 años y seis meses con arreglo a la normativa vigente en materia de Seguridad Social, en cuanto cumple los requisitos mínimos para acceder a una tal pensión contributiva, consistentes en haber cotizado un mínimo de 15 años y que al menos dos años de cotización están dentro de los 15 años anteriores al generarse el derecho, sin poder dejar de considerar que con la última reforma el periodo mínimo de cotización se ha de ajustar al coeficiente de parcialidad de la mayor parte de la vida laboral de la Sra. Genoveva (con los datos obrante en autos) lo que determina que se flexibiliza el requisito de años necesarios para acceder a la

pensión contributiva de jubilación.

De forma que la pensión de jubilación supondrá una modificación en la situación económica de la Sra. Genoveva.

Ahora bien, la Juez "a quo" no desconoce dicha circunstancia, como tampoco que en sede de liquidación de la sociedad de gananciales la Sra. Genoveva percibirá la mitad de los bienes. Lo que viene a razonar la Juzgadora de Instancia es que concurre en la actualidad la situación de desequilibrio que hace a la Sra. Genoveva acreedora de la pensión compensatoria y que en atención a las circunstancias concurrentes no es posible apreciar "ex ante" la posibilidad de un desarrollo autónomo ya que la percepción de la pensión de jubilación y liquidación del régimen económico matrimonial son hechos que no se han producido, ignorándose tanto el importe a que pueda ascender la pensión como el resultado de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, dejando a salvo la posibilidad que permite el proceso de modificación de medidas, en orden a la revisión de tal derecho en su mantenimiento o no si el desequilibrio ha cesado, como por otra parte contempla la STS de 24 de noviembre de 2011 en aplicación de la doctrina fijada la Sentencia del Pleno de 19 de enero de 2010.

Decisión de la instancia que la Sala no puede sino compartir, considerando que el hecho que la Sra. Genoveva reúna los requisitos para ser perceptora a los 65 años y seis meses de una pensión contributiva de jubilación, no puede valorarse en este momento como razón para fijar un término extintivo a la prestación compensatoria, tanto porque no se ha consolidado o materializado el derecho a percibir esa pensión por jubilación, ignorándose las exigencias que entonces existirán para poder acceder a ella, como por razón de su concreción cuantitativa, no pudiendo hacerse abstracción de la no sólo difícil sino compleja situación económica por la que atraviesa nuestro país y particularmente las arcas del Erario Público, siendo las pensiones especialmente vulnerables tanto en cuanto a la adaptación anual de su importe a la subida y bajada del nivel de vida como a reformas legislativas no obstante la protección que se le pretende dotar al sistema público de pensiones.

A todo lo cual debe añadirse que si el matrimonio y la dedicación a la familia no le ha supuesto a la Sra. Genoveva

la pérdida de unas expectativas laborales correspondientes a su cualificación profesional, sí su disminución durante los 36 años de la relación matrimonial a efectos de compaginarlo con el cuidado de la casa y de las hijas, lo que coherente con los datos de coeficientes de cotización parcial desde el año 1997 que a salvo alguna excepción no supera el 42,8 %, siendo fácil concluir por tanto que esa tarea de conciliación de vida familiar y laboral conlleva una merma significativa en los derechos económicos que asisten a la Sra. Genoveva del sistema público de pensiones frente a los del Sr. Baldomero (basta atender a las bases de cotización tenidas en cuenta para el reconocimiento de la incapacidad permanente total) y que la pensión compensatoria de materializarse la pensión de jubilación a la edad mínima

tendrá una duración de algo menos de cuatro años, lo cual puesto en relación con la actual coyuntura y con las expuestas expectativas, no hace sino redundar en la dificultad del juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio ocasionado por la ruptura por la sola circunstancia de ser beneficiaria la esposa próximamente de una pensión de jubilación.

Por todo lo cual, se desestima este motivo de apelación de la parte apelante, incidiendo en el sentido que las eventualidades futuras que pudieran afectar a la economía de uno y otro litigante pueden hacerse valer mediante la activación de los instrumentos habilitados por los artículos 90, 91, 100 y 101 del Código Civil.

Guarda y custodia

Cambió de residencia para impedir la custodia compartida

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 28 de enero de 2015

Ha sido la actitud de la madre la que ha provocado intencionadamente la situación de lejanía para luego valerse de la misma a fin de justificar la inviabilidad de la custodia compartida y ello pese a las numerosas resoluciones en las que no se le autorizaba el cambio de residencia. En interés del menor se acuerda la custodia compartida y como ello implica que la madre vuelva a Valencia, hasta tanto se produzca el cambio, la custodia la tendrá el padre.

En la nueva regulación legal, el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual o monoparental, requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, atendidos los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, con base a los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente asimismo expresamente recogidos en la Ley valenciana, lo que ni siquiera se ha intentado acreditar en el caso de autos por la ahora recurrente.

Asimismo la demandada, en su recurso, no tiene en cuenta que el régimen de convivencia compartida es el ordinario, quedando el régimen de convivencia individual como excepcional, sin que tenga en cuenta los contenidos específicos del régimen de convivencia individual que acuerda y que se contienen junto a los del régimen de convivencia compartida en el artículo 3 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, infringiendo -como se ha señalado antes- las exigencias que para acordar tal régimen de convivencia individual establece el artículo 5.4 de la dicha Ley valenciana.

En suma la parte recurrente no se atiene a las reglas establecidas para procurar el bienestar del menor a aplicar al caso, sin que nada se diga acerca de la convivencia del

menor con su madre y las demás circunstancias que sirvan para conocer que efectivamente el régimen excepcional de convivencia individual son los mas razonables y se ajusten al dicho interés superior del menor, en los términos de la doctrina jurisprudencial - sentencia del Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo nº 823/2012, de 31 de enero de 2013, recurso nº 2248/2011 - y de las reglas establecidas en la legislación autonómica, ponderando los factores que para determinar el régimen de convivencia que expresamente establece la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, en su artículo 5.3 y la regla general de convivencia compartida establecida en el punto 3 del dicho precepto.

Se ha de concluir pues que el interés superior de menor se ha integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida -artículo 5.2- y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés de menor en cada caso - artículo 5.4 -, todo ello en los términos de la definición de ambos de la propia norma legal -artículo 3- todo ello ponderado en función de los factores de decisión que expresamente reseña la norma legal en su artículo 5.3.

En definitiva y en consecuencia a lo expuesto se ha de estimar que las alegaciones contenidas en la sentencia no atienden al interés superior de la menor en los términos legalmente establecidos de ponderación y excepcionalidad del régimen de custodia individual que viene a establecer la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, con infracción de lo establecido en el artículo 5 de la misma, por lo que procede revocar la sentencia de instancia en este punto, por cuanto ha sido la actitud de la actora la que ha provocado intencionadamente la situación de lejanía para luego valerse de la misma a fin de justificar de este modo el que no se acordase la custodia compartida, y ello pese a las numerosas resoluciones en las que no se le autorizaba a marchar a Toro, pese a lo cual se ha marchado queriendo hacer valer esa lejanía para impedir a todo costa la custodia compartida; en efecto, 1º ya por auto de fecha 1-10-2012 se le denegó por el Juzgado en los autos 101/12 autorización para marchar a Toro, folio 135, 2º de nuevo se le denegó por auto de fecha 13-6-2013 en los autos 49/13 por el mismo Juzgado, folio 136, y 3º apelada dicha resolución,

esta Sala por auto de fecha 5-2-2014 se le denegó dicha autorización, folio 138, con lo que de no acordar la custodia compartida por la distancia actual entre ambos, se daría la circunstancia de que quien hace caso omiso, nada menos, que a tres resoluciones judiciales, obtiene por la vía de hecho lo que su voluntad quiere, impidiendo la custodia compartida que establece la Ley, lo que choca con la disposición legal del régimen general de custodia compartida recogido en la Legislación Valenciana, a la par que admitir tal causa supondría, en realidad, dejar en manos de quien se opone a dicho tipo de custodia, para no poderla jamás acordar.

Así las cosas se acuerda la custodia compartida por semanas, teniendo lugar el cambio los viernes de cada semana a las 19 horas, si bien, como quiera que ello implica el que la madre viva en Valencia, hasta en tanto ello se produzca, la custodia la tendrá el padre, al ser esta ciudad el lugar natural de la hija de donde fue trasladada unilateralmente por la madre.

Pensión alimenticia

Cuando se establece la custodia compartida

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2014

Dado los elevados ingresos del padre, para la cobertura de los todos los gastos escolares y la necesidad de alojamiento de los hijos en la semana que permanezcan con la madre, el padre abonará a ésta la cantidad de 2800 euros al mes, al considerarse esta vía de abono la más operativa para evitar disfunciones en el desarrollo de la custodia compartida.

En lo tocante a la cobertura de las necesidades alimenticias de los hijos cada progenitor se hará cargo de las necesidades cotidianas de los menores cada semana que permanezcan con ellos y para la cobertura de los todos los gastos escolares y la necesidad de alojamiento de los hijos en la semana que permanezcan con la madre, el padre abonará a doña Encarnación la cantidad de 2800 euros al mes que se abonarán y actualizarán en la forma establecida en la sentencia apelada, cobrando vigencia esta medida desde la sentencia de esta instancia y operando la primera actualización el 1 de enero de 2016.

...Y para la adopción de tal medida ha de tenerse en cuenta que la interesada tiene percepciones en el año 2011 de 77000 euros y retenciones de 22330,53 euros siendo el rendimiento neto de la misma anualidad fiscal del interesado de 205.371,47 euros y una cuota resultante de autoliquidación de 78.594,23 euros teniendo en cuenta que el propio padre cifra los gastos de colegio en 734 euros al mes por cada hijo, a lo que ha de añadirse el importante gasto de alojamiento y suministros de la casa en la que residen junto a la madre que el propio interesado proporcionalmente ya

fija en 1500 euros mensuales.

Si tenemos en cuenta que el mismo recurrente cifra en el interrogatorio de la vista oral sus ingresos en torno a los 9600 euros al mes y que al final de año puede recibir algún importe como un variable por lo que no cabe cuestionar tal volumen de ingresos - y valorando que la madre ya admite unos recursos de 3999,58 euros al mes - la Sala considera ajustado aquel importe, estableciendo aquella vía de abono como la más operativa para evitar disfunciones en el desarrollo de la medida que ahora se acuerda, debiendo ambos padres abonar por mitad los gastos extraordinarios.

Sociedad de gananciales

Inexistencia de vicio en el consentimiento cuando se liquidó

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2014

Se invoca la nulidad por vicio en el consentimiento en la liquidación de la sociedad de gananciales, acordada en el convenio del divorcio, pero cuando existe conformidad de las partes no son de aplicación los arts. 1396 y ss del CC, ya que tienen completa libertad de sus bienes y nada impide que se reconozcan más a uno que a otro. La depresión por sí sola no comporta anulación o limitación de entendimiento

Los artículos 1396 y siguientes del Código Civil contemplan el procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales con una proyección sustantiva, que tiene su reflejo en lo dispuesto en los artículos 806 y siguientes de la LEC en un ámbito estrictamente procesal. Pero tal y como establece el artículo 1.410 del Código Civil, en todo lo no previsto en las normas especiales que regulan la liquidación de la sociedad de gananciales es de aplicación lo dispuesto para la partición de la herencia, y en el artículo 1.058 del Código Civil se prevé la división de la herencia por acuerdo de los coherederos. Del mismo modo los cónyuges pueden pactar la liquidación de la sociedad de gananciales; pacto que también tiene su fundamento en el principio de libertad de pactos (artículo 1255 del Código Civil).

En el caso que nos ocupa, el pacto de liquidación de la sociedad de gananciales no tuvo lugar a través de un convenio regulador porque no se siguieron los trámites del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo (artículo 777 de la LEC), sino que se siguió un procedimiento contencioso en el cual se presentó un acuerdo de las partes que se presentó en el acto de la vista sin acordar la transformación del procedimiento. Según se indica en los antecedentes de la sentencia de divorcio las partes estaban presentes en el acto y “están conformes con las solicitadas en el acto de la vista” sin oposición del Ministerio Fiscal. Podemos, por lo tanto, equiparar el convenio presentado al convenio regulador que se presenta cuando se solicita el divorcio de mutuo acuerdo (ya sea originariamente o en el curso de un procedimiento contencioso). Por lo tanto, de la vulneración de lo dispuesto en los preceptos indicados no se deriva la nulidad de lo acordado. Otra cosa, diferente, es en qué medida la omisión de las valoraciones pudiera revelar un pacto sujeto a vicio del consentimiento; que se analizará en el apartado siguiente.

... En el fundamento de derecho IV se alegan de manera indiscriminada todos los vicios del consentimiento posibles sin explicar cuál de ellos, en concreto se invoca, y sobre la base de que hechos, pero de los hechos de la demanda podemos inferir un reproche al demandado acerca de la falta de avalúo de los bienes liquidados que podríamos vincular al error (desconocimiento del valor de los bienes por parte de la demandante) al dolo (ocultación por parte del deman-

dato cuando se dice en la demanda: “engañando a la Sra. Susana prevaliéndose de su situación de control sobre todos los bienes familiares [...] ha ocultado a la Sra. Susana cual era el verdadero valor de la empresa...”), a la violencia o intimidación (se dice en la demanda: “D.ª Susana ha tenido que soportar amenazas, coacciones e incluso malos tratos del Sr. Desiderio ante el planteamiento de la demanda de divorcio), y a la inexistencia de consentimiento por prestación del consentimiento en situación anímica de falta de autocontrol (se dice en la demanda: “no se ha recuperado del trastorno anímico derivado de la crisis matrimonial y continúa bajo tratamiento médico”).

En relación con el estado anímico de la recurrente cuando firmó el convenio regulador no ha quedado demostrado que tuviera incidencia en la prestación del consentimiento o que de algún modo anulara o viciara sus facultades mentales o volitivas. No se niega, en absoluto, un mal estado anímico ni tampoco tratamiento médico y/o psicológico que no es infrecuente en casos de crisis matrimonial, pero la depresión y el consumo de antidepresivos, junto con tratamiento de apoyo, por sí solo no comporta una anulación o limitación del entendimiento o de las posibilidades de dominación de la propia voluntad hasta el extremo de no comprender o no poder decidir sobre sus propios intereses. En este caso, además, esta situación no fue denunciada en el procedimiento en el que se dictó la sentencia de divorcio y la demandada tuvo oportunidad de hacerlo a presencia judicial y a través del abogado que la defendía. Solo un informe médico-pericial muy preciso y específico podría haber servido no solo para acreditar el mal estado anímico de la recurrente sino también un mal estado patológico que hubiera incidido en la prestación del consentimiento.

En cuanto al error, no podemos admitirlo tampoco como vicio del consentimiento porque la recurrente actuaba asesorada por letrado y no hay razón alguna para que no pudiera conocer el valor de los bienes adjudicados, como tampoco hay razón alguna para suponer que las valoraciones que presenta en este procedimiento no pudiera haberlas realizado en su momento.

Regímenes económicos matrimoniales

En el momento de formación de inventario pretende la esposa que se incluya en el activo un vehículo que formalmente aparece a nombre del padre del esposo, si bien acredita que es el matrimonio quien abona el seguro e impuestos. ¿Puede estimarse la pretensión de la esposa?

Sin perjuicio de lo que pueda resolverse en otro procedimiento en el que sea parte el padre del esposo, la realidad es que si éste aparece como titular del vehículo no procede su inclu-

sión en el activo de la sociedad, dado que pagar el seguro o el impuesto de circulación no le atribuye la propiedad del bien.

Cuestiones procesales

Por medio de otrosí de la demanda de reclamación de paternidad se solicitó la práctica de prueba testifical. Tras la contestación a la demanda, el juzgado dictó diligencia de ordenación citando a las partes a juicio y haciendo saber que dentro de los tres días siguientes podrían interesar la citación de los testigos que no pueden presentar las partes por sí mismas. La parte actora no presentó escrito alguno y llegado el día del juicio pidió la suspensión para que se citase a los testigos que mencionó en su demanda. Tras la denegación de la suspensión solicitó la nulidad de actuaciones ¿Puede acogerse esta pretensión?

Entendemos que no, dado que la solicitud al Juzgado de que se cite a testigos para el acto de la vista de juicio verbal, sólo puede practicarse válidamente en el momento indicado en el artículo 440.1 párrafo cuarto de la LEC, esto es, dentro del plazo de tres días posterior

a la convocatoria a vista. La solicitud de parte para la citación a determinadas personas, sólo puede ser atendida caso de que justifique “no poderlas presentar ellas mismas” y en la demanda nada se indicó en este sentido.

Vivienda familiar

Tras llevar los cónyuges separados de hecho durante varios años, la esposa ha interpuesto demanda de divorcio solicitando que se le atribuya el uso de la vivienda familiar que hasta ahora venía siendo ocupada por el esposo. Aunque no existen hijos menores, sostiene que su interés es el más digno de protección. El esposo se opone alegando que la vivienda es de su exclusiva propiedad y debe aplicarse el mismo criterio que se utiliza para denegar la pensión compensatoria cuando ha mediado una separación de hecho prolongada entre los cónyuges. ¿Qué criterio jurídico debe seguirse en estos casos?

La filosofía que inspira la tesis de que no procede pensión compensatoria cuando su solicitud se hace pasados unos años desde que se produjo la separación de hecho es perfectamente aplicable a la petición de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando también ha mediado un cese efectivo de la convivencia durante un periodo prolongado y dicho cese ha sido permanente, tanto en lo personal como en lo económico. Las normas de atribución del uso de la vivienda familiar que se contienen en el art. 96 del CC, para el caso de que no existan

hijos menores, dan preferencia en la atribución del uso a aquél cónyuge cuyo interés sea más digno de protección. En este caso, el tiempo transcurrido desde la separación de hecho, habiendo solucionado la esposa sus necesidades de alojamiento de forma independiente, hacen presumir que contaba con medios suficientes para cubrir estas necesidades por lo que no está justificado que se le atribuya el uso de una vivienda que pertenece privativamente al esposo.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA Murcia 2015

Las jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia y Lola López Muelas se celebraron los pasados 16 y 17 de abril fueron muy novedosos y los ponentes brillantes, por lo que todos disfrutamos, debatimos y aprendimos sobre temas tan interesantes como los derechos hereditarios de los cónyuges y de los hijos, los abusos en el derecho de familia, la custodia compartida, la sustracción internacional de menores y las pensiones alimenticias durante la crisis económica.



De las ponencias podríamos extraer las siguientes conclusiones:

1º.- La importancia de que los abogados de familia tengan también conocimientos de derecho sucesorio pues, después de las crisis familiares, debe completarse nuestro asesoramiento recomendando a nuestros clientes el otorgamiento de testamentos, poderes preventivos y otros instrumentos para evitar efectos no deseados en la sucesión.

2º.- Que cada día son más los abusos que se realizan por alguno de los progenitores (o en ocasiones necesario que abogados, jueces y fiscales lo evitemos.

3º.- Que pese a que la custodia compartida siga siendo la mejor opción de parentalidad en la mayoría de los casos, en otros puede no serlo, por lo que debe huirse de criterios obligatorios de custodia que permitan analizar cada caso y determinar cual es el mejor sistema de custodia para cada uno de ellos.

4º.- Que los procesos de restitución de menores ilícitamente sustraídos se han incrementado de forma exponencial en el último año, así como los procesos de divorcio y custodia en los que pueden existir competencia de juzgados de diferentes países, por lo que resulta especialmente útil conocer la figura y funciones de jueces de enlace ya que éstos pueden ayudarnos a desatascar un proceso en el que dos jueces discuten si son competentes.



5º.- Que la pensión compensatoria y la indemnización en caso de separación de bienes no se excluyen la una a la otra, sino que son perfectamente compatibles, pudiendo ser una persona acreedora de ambas.



Las jornadas se clausuraron con una Mesa redonda sobre la crisis económicas y las pensiones de alimentos en al que los Magistrados de Familia y Violencia de Murcia, Gonzalo Pueyo (Presidente de la AEFA), Isabel Bonilla y yo expusimos como había afectado la crisis al mínimo vital de las pensiones, a la extinción o suspensión de las mismas y a la fijación de las de los hijos mayores de edad, resultando conclusiones inesperadas como el mínimo de la Audiencia de Barcelona esta entre 100€ y 150€ y la de Murcia entre 150€ y 200€.

En definitiva, de nuevo quedó claro que la realidad supera con creces la prevista hace años por el legislador, por lo que es absolutamente necesaria la reforma tantas veces anunciada, la formación continua de los abogados y su absoluta especialización, pues un derecho de familia cada día más complejo no puede regularse por normas absolutamente desfasadas.

Carmen Varela Álvarez

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

Almería 2015

Se nos ha pedido que hiciéramos la reseña de las Jornadas de Derecho de Familia que, organizadas por la AEAFA, tuvieron lugar en Almería el pasado 21 y 22 de mayo, y nunca tuve mejor encargo, pues me llegó el mismo cuando todavía estaba bajo sus efectos.

Fue precisamente en estas Jornadas de Almería, frente al Mediterráneo, donde confirmé mi tesis de que las actuales "Jornadas", y demás eventos científicos, no eran más, o no tenían que ser más, que los antiguos "Banquetes" de los griegos, transformados y adaptados por las exigencias del "boom" demográfico. Sabido es que los sabios y pensadores de la antigua Grecia, para reflexionar y discutir, se reunían en torno a una mesa ("Banqueta"). No discutían mientras comían, lo que es contrario a las normas del buen comer, sino que comían algo mientras reflexionaban, pensaban y discutían, lo que es muy distinto.

Y verdaderamente las Jornadas de Almería fueron una continuación de un "banquete" griego. Hubo todo lo que en aquellos "banquetes" había: temas base de discusión, pensadores de calidad, intervenciones de los asistentes, reflexiones al margen de la mesa del "banquete" y, por qué no, su parte de relajamiento.

Examinemos lo sucedido:

1º.- En cuanto al entorno protocolario.- Se celebraron en la sede del Colegio de Abogados de Almería que las acogió con todo afecto, presidiendo la inauguración su Decano, D. José-Pascual POZO GOMEZ, juntamente con el Presidente de la AEAFA, el omnipresente y eficaz amigo D. Gonzalo PUEYO PUENTE, clausurándolas la Presidenta de la Audiencia Provincial Dña. M^a Lourdes MOLINA ROMERO.



2º.- En cuanto a los temas objeto de estudio.- Lo fueron "Los aspectos procesales de las tendencias jurisprudenciales relacionadas con la liquidación de la sociedad de gananciales", "La oposición a la ejecución de las sentencias dictadas en el campo del Derecho de familia", "Cuestiones procesales inhabituales o de errónea interpretación, relativas a la primera instancia que se presentan en los procesos de familia" y "La última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de familia".



En el primero de los temas indicados se hizo una exposición verdaderamente amplia y completa de las cuestiones procesales que se presentan en los procesos de liquidación, en sus tres fases (las Diligencias preliminares, el inventario y la liquidación) y con una amplitud que abarcaba tanto la competencia, como la legitimación y la postulación procesal.

Esta exposición comportó un serio trabajo previo de preparación cuya importancia puede valorarse por la extensión de 32 folios de la ponencia que se entregó a los participantes que incluían un aparato crítico de 77 notas de pie de página que bibliografía, legislación, sentencias de las Audiencias Provinciales y Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La segunda ponencia examinó el ignorado tema, por parte de la legislación, de la oposición en los procesos de ejecución en el derecho de familia que presenta una compleja y múltiple casuística y al que no le da respuesta adecuada los artículos que la LEC dedica a la oposición. Son precisamente estos aspectos los que estudia la ponencia: la ausencia de un tratamiento homogéneo y específico en Derecho de familia para la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales, la problemática de la oposición a la ejecución dimanante de sentencias de familia y la casuística propia de esta temática. Esta ponencia también fue presentada por escrito, y entregada a los participantes, con una extensión de 30 folios que incluyen un amplio elenco de resoluciones judiciales.

La tercera ponencia era de un interés excepcional. Bajo el humilde título de "Cuestiones procesales controvertidas en los procesos de familia" la ponencia de una extensión de 98 folios recoge una serie de problemas que se presentan en la práctica diaria, en la primera y segunda instancia que están llenas de dudas y que son los interrogantes que todos nos planteamos cada día. Esta ponencia constituye el tomo segundo necesario a cualquier Tratado de Derecho procesal del Derecho de Familia.

La cuarta y última ponencia fue de un interés también excepcional porque aparte de facilitar la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Derecho de familia puso implícitamente sobre la mesa el papel de la casación en el Derecho de Familia al comentar la sentencia del Tribunal Supremo 135/2015 de 26 de marzo sobre la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil sobre cuyo tema ya se había pronunciado la misma Sala por





sentencia de 14 de Julio de 2011.

3º.- En cuanto a los ponentes. - Todos ellos fueron juristas pertenecientes al poder judicial lo que aportó una calidad que no siempre se encuentra en esta clase de eventos.

La primera ponencia estuvo a cargo de Doña Ana Dolores SANCHEZ LOPEZ que ya ha sido ponente en otros eventos de la AEAFA y que después de oírla solo se desea volverla a escuchar. Con ponentes como ella se comprende la Ley 13/2009 de 3 de noviembre..

El segundo ponente, Don Pascual ORTUÑO MUÑOZ, Magistrado de Audiencia Provincial, nos ha recordado con su ponencia que es hombre de Derecho y que sobre sus conocimientos ha incidido su experiencia como Director General que fue de la "Consellería de Justicia de la Generalitat de Catalunya" en época de formación del Libro II del Código Civil, correspon-

diente al Derecho de familia.

El tercer ponente fue el también Magistrado de Audiencia Provincial Don Juan-Miguel CARRERAS MARAÑA, que fue Presidente de la Audiencia de Burgos y que aportó sin decirlo, lo que tanto falta en la reflexión de los juristas, la utilización del método derriniano de: la desconstrucción para examinar la normativa procesal aplicable a la primera y segunda instancia. Su capacidad de reflexión, controversia y confrontación es sorprendente.

El último ponente, el Magistrado del Tribunal Supremo Don Jose-Antonio SEIJAS QUINTANA no ha perdido la frescura reflexiva de cuando, Presidente de la Audiencia Provincial de Asturias, introducía la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la extinción del régimen de gananciales por el transcurso del tiempo. Su actual dedicación sobre la responsabilidad civil no le ha desconectado del Derecho de familia sino que, al contrario, ha enriquecido la visión que del mismo tiene.

A parte de las ponencias y los debates que siguieron a las mismas no dejó de existir un intercambio de criterios y puntos de vista sobre temas nuevos y así también sucedió en la comida que celebraron los ponentes el día 22 aunque ésta no estuviera programada como "banquete", sino como banquete.

Terminaron científicamente las "Jornadas" con el habitual formato del "Foro abierto", creación, si no estoy equivocado, de nuestro inolvidable compañero y fundador de la AEAFA, Don Luis ZARRALUQUI en el que participaron la mencionada Presidenta de la Audiencia Provincial de Almería, Dña. Mª Lourdes MOLINA ROMERO, la abogada de Almería y Directora de las Jornadas Doña Isabel BONILLA MORENO y el Magistrado D. Antonio-Javier PEREZ MARTIN que tuvo la delicadeza y la inteligencia de regalar a los asistentes de Almería una selección de sentencias de su Audiencia Provincial. .



4º.- En cuanto al inevitable "dulce farniente". - También hubo un poco de relajamiento y un "aprender deleitándose", pues los intercambios y opiniones siguieron en la excursión que tuvo lugar, al día siguiente, en catamarán, al Cabo de Gata. En la plataforma del catamarán los participantes, a pesar de la ligera marejadilla que había, supieron demostrar que no solo eran juristas sino también buenos marinos mercantes.



5º.- En cuanto al éxito - Hay que recordar aquello que se dice de que detrás de todo gran hombre hay siempre una gran mujer. También detrás de unas grandes Jornadas hay siempre una gran mujer. En este caso ha sido Isabel BONILLA MORENO, Directora de las Jornadas, Abogada y Tesorera de la AEAFA. Gracias a ella todos los más de cien participantes que estuvimos en estas Jornadas las recordaremos no como unas Jornadas de la AEAFA celebradas en Almería, si no como "LAS JORNADAS DE ALMERIA"

Francisco Vega Sala

.....

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

Málaga 2015

Los pasados días 11 y 12 de Junio se celebraron en la sede del Colegio de Abogados de Málaga las X Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Delegación de AEAFA en Málaga bajo el título "AVANZANDO EN DERECHO DE FAMILIA".



Hemos de destacar la presencia de insignes autoridades que nos acompañaron en la apertura como el recién proclamado Alcalde de Málaga, D. Francisco de la Torre Prados, y nuestro querido Decano Javier Lara Peláez, quienes tuvieron palabras muy afectuosas para nuestra Delegación y asistentes en general.

Igualmente reseñable fue la presencia de magníficos ponentes lo que ha dado gran nivel al evento.

Así hemos contado con la presencia de D. Francisco Javier Arroyo Fiestas magistrado del Tribunal Supremo, anterior presidente de la Audiencia Provincial de Málaga (que fue homenajeado por los asistentes como continuación al acto de reconocimiento como "Amigo de la Asociación" que tuvo lugar en las Jornadas Centrales de Madrid en el mes de marzo pasado).

Lo acompañó en la mesa nuestra ya entrañable amiga, asidua de nuestros encuentros, Dña. Rosa de Castro Martín, malagueña de "pro" que hasta ahora ostentaba el cargo de Magistrada-Decana del Área Civil del Gabinete

Técnico del Tribunal Supremo y ya ha tomado posesión de su nuevo cargo en la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección en Ceuta), ambos nos ilustraron con la reciente Jurisprudencia del TS relativa a menores y pensión compensatoria.

D. Angel Rebolledo Varela, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela que nos habló de los derechos hereditarios.

D. Francisco Ruiz-Jarabo Pelayo, que fue presentado "en primicia" como el próximo Juez titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Málaga, impartió una ponencia sobre los abusos de Derecho en el ámbito que nos ocupa, y Dña. M^a Ángeles Ruiz González, recién nombrada titular del Juzgado de Instrucción nº 14 de Málaga, que abordó las reformas que introduce el nuevo código penal en materia de Derecho de familia.

También fueron muy aplaudidas las intervenciones de nuestra compañera de la Junta de AEAFA, Dña. M.^a Dolores Azaustre que trató el interesante y actual tema de los whatsasp, facebook y redes sociales como medios de prueba, y como siempre nos ilustró con su sabio y práctico conocimiento nuestro presidente Gonzalo Pueyo que trató magistralmente el difícil tema de la rescisión por lesión en el marco de las liquidaciones de la sociedad de gananciales.



La jornada concluyó con la presentación de la ACF, Asociación de Abogados Colaborativos de familia por su presidenta Dña. M.^a Dolores López Muelas y vicepresidenta Dña. Carmen Varela, que tuvo una magnífica aceptación entre los asistentes.

Sin olvidar los eventos lúdicos: cena en el chiringuito El Caleño en las playas de Pedregalejo y almuerzo en el muelle uno del puerto de Málaga.

Reiteramos el éxito de estas jornadas en la que han participado más de 100 compañeros de los colegios de Abogados de Antequera, Córdoba, Granada, Sevilla, Cádiz, Barcelona, Santander, Oviedo, Bilbao, Madrid y por supuesto Málaga.

Próximas Jornadas AEAFA

18 de Septiembre	Cádiz
24 y 25 de septiembre	Gijón
1 y 2 de Octubre.....	Sevilla
5, 6 y 7 de Octubre	Encuentro CGPJ
22 y 23 de Octubre.....	Pamplona
5 y 6 de Noviembre	Córdoba
13 y 14 de Noviembre	Galicia
18, 19 y 20 de Noviembre	Argentina



Guía para un buen divorcio: Aspectos legales y psicológicos

José Luis Utrera Gutiérrez

Editorial Ley 54 - Málaga 2015 - 261 pág.

UN LIBRO INTERACTIVO, POTENTE, Y PRÁCTICO PARA LA ABOGACÍA y familias afectadas por procesos de separación / divorcio, con o sin hijos menores. Un libro que es más que una segunda edición del exitoso libro anteriormente publicado por el mismo autor. La guía avanza y deja de ser básica, para afrontar los problemas legales y psicológicos que supone una separación o un divorcio. El libro tiene dos partes, una dedicada a una clara y profusa explicación del proceso legal de divorcio/separación, desarrollada por el conocido Juez Utrera, que desde hace 15 años ocupa el Juzgado de familia nº 5 de Málaga. Un Juez que es una de los mayores impulsores de la mediación familiar y que igualmente desarrolló las tablas de pensión de alimentos que hoy son de uso generalizado en todos los juzgados de España.



La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes

Juan José Reyes Gallur

Editorial Civitas - Madrid 2015 - 331 pág.

La obra se centra en la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien también se analiza con detalle el régimen de separación de bienes, y se hace una incursión en el derecho penal para comentar algunos de los delitos que pueden cometerse con ocasión de la liquidación de los bienes comunes. El análisis detallado y práctico de aspectos procesales y de calificación de bienes, de cómo ha de hacerse un cuaderno, así como las consecuencias penales que pueden derivarse en estos procesos. Añade un análisis detallado de las consecuencias de la extinción del régimen económico: vivienda, compensación económica (1438 CC), reclamaciones de un cónyuge a otro (1.1158).



Procesos de familia y división de patrimonios

María Sonia Calaza López

Editorial Civitas - Madrid 2015 - 410 pág.

En esta monografía se ofrece una panorámica general de los conflictos familiares y sucesorios contentiosos más trascendentes: los procesos sobre la capacidad de las personas; procesos matrimoniales y de menores; procesos de restitución o retorno en los supuestos de sustracción internacional; procesos de división de la herencia, intervención y administración del caudal hereditario.



El marco global de atención al menor

Coordinadores: José Javier Navarro Pérez y María Vicenta Maestre Escrivá

Editorial Tirant Lo Blanch - Valencia 2015 - 465 pág.

El presente trabajo trata de aproximar la atención al menor desde diferentes enfoques. Las prácticas basadas en la evidencia constituyen experiencias contrastadas, válidas y novedosas para afrontar los riesgos que envuelven el espacio global. Éste ha sido nuestro punto de referencia: partir de la práctica para atender las necesidades. La obra se divide en tres partes bien definidas; la primera que introduce un marco general de atención, la segunda que contextualiza y reflexiona sobre los principales sistemas y políticas públicas de atención al menor -prevención, protección y reeducación- y la tercera, en la que se presentan intervenciones especializadas -drogas, trastornos del comportamiento y violencia intra y extra familiar-. Constituye un material de especial relevancia elaborado por expertos de reconocido prestigio en el trabajo con menores, adolescentes y jóvenes.

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