



CUADERNO DE FAMILIA



Revista Jurídica de Derecho de Familia
de la Asociación Judicial
Francisco De Vitoria



www.ajfv.es
ajfv@asociación.com

**DICIEMBRE
2019**

EDITORIAL

Estando próximo a concluir el año 2019 y en la cercanía de una época de celebraciones familiares como es la Navidad, creemos acertado el momento de repasar la reciente actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo en una materia tan cercana a todos nosotros y a nuestro entorno, como es el Derecho de Familia.

Tal revisión del contenido de las diversas resoluciones del Alto Tribunal en los últimos doce meses, permite de nuevo vislumbrar en la jurisprudencia en la materia un reflejo de la evolución de la sociedad en nuestros días.

Así, por ejemplo, en una sociedad cada vez más globalizada e intercultural, es frecuente que se acuda por un progenitor a los tribunales ante las dificultades de renovar el pasaporte de un menor. Ello a veces determina que se plantee una demanda para privar la patria potestad al progenitor ausente que no se relaciona con el menor. Igualmente, en una sociedad con familias de lo más variadas, también

es usual que el juez tenga que decidir la atribución del uso de la vivienda en caso de familias reconstituidas. De la misma manera, dado que los jóvenes hoy en día alargan la estancia en el domicilio familiar y se independizan en una época más tardía, son frecuentes los litigios donde se solicita la extinción de la pensión de alimentos ante la falta de aplicación en los estudios de los hijos y su avanzada edad.

Todos estos aspectos han tenido acceso de una u otra manera a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, quien a su vez ha dictado resolución en materias de habitual litigiosidad como la liquidación de la sociedad de gananciales, donde este año el Tribunal ha sido especialmente prolijo en sus resoluciones.

Recogemos, por tanto, en este número extraordinario cuatro artículos doctrinales que destacan algunas de las materias que consideramos más dignas de mención e incluimos una referencia final de todas las resoluciones que ha dictado el Tribunal Supremo

en los últimos doce meses, esto es, desde principios de diciembre de 2008, en materia de derecho de familia.

Para facilitar la búsqueda útil de las resoluciones, incluimos un índice ordenado por materias y debidamente indexado para encontrar ágilmente el resumen de la sentencia en el documento.

La dirección y coordinación del Cuaderno esperamos que sea práctico y del agrado de los asociados y el resto de operadores jurídicos que accedan al mismo.

SUMARIO

01

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR LA DESATENCIÓN CONTINUADA DE LOS HIJOS EN EL ÁMBITO AFECTIVO Y PATRIMONIAL

Alfonso C. Aliaga Casanova
Magistrado

02

LA ATRIBUCIÓN DEL USO A LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA RUPTURA MATRIMONIAL Y SU POSIBLE EXTINCIÓN

Ana Belen Villar Álvarez
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León

03

EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES DE EDAD, DIES A QUO Y FUNDAMENTOS

Pablo G. Avellán Caro
Abogado

04

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Rafael Martínez Oliver
Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1

ISSN: 2605-2687

DIRECCIÓN:

Gustavo Andrés Martín Martín

COORDINADOR:

Afonso Aliaga Casanova

CONTACTO:

ajfv@asociación.com

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL AÑO 2019 Y DICIEMBRE 2018 EN MATERIA DE FAMILIA

ÍNDICE POR MATERIAS DE LAS SENTENCIAS REFERIDAS

1	PATRIA POTESTAD.....	38
1.1	Privación de la patria potestad.....	38
2	CUSTODIA.....	39
2.1	Necesidad de motivar la modificación del régimen de custodia.....	39
2.2	Mantenimiento del status quo	40
2.3	Importancia de informe psicosocial.....	42
2.4	Modificación de circunstancias, pese a que los tiempos de estancia de la convivencia monoparental y custodia compartida sean similares.....	43
2.5	Interés del menor.....	43
2.6	Períodos no homogéneos.....	44
3	VISITAS.....	46
3.1	Abuelos.....	46
3.2	Derecho de visitas a quien figuraba como padre durante años, tras impugnación de filiación.....	47
4	USO DE LA VIVIENDA.....	48
4.1	Atribución de la vivienda hijos menores hasta la mayoría de edad y padres con medios económicos similares y préstamo hipotecario de larga duración....	48
4.2	Extinción por contraer nuevo matrimonio.....	49
4.3	Extinción por introducción de pareja sentimental en la vivienda atribuida como familiar	50
4.4	Casa nido.....	51

5	ALIMENTOS.....	52
5.1	Retroactividad.....	52
5.2	Extinción por pasividad del hijo en búsqueda de trabajo o finalización de formación académica.....	53
5.3	Extinción por límite de edad.....	54
5.4	Extinción por cese de convivencia e independencia económica. Reclamación del pago de lo indebido desde que cesó su convivencia.....	54
5.5	Extinción por falta de relación del hijo con el progenitor.....	55
5.6	Pensión de alimentos y concurso de acreedores.....	56
6	PENSIÓN COMPENSATORIA.....	58
6.1	Temporalidad. Juicio prospectivo.....	58
6.2	Fijación con carácter indefinido. Juicio prospectivo.....	59
6.3	Existencia de desequilibrio por dedicación a la familia los primeros años del matrimonio.....	61
6.4	Desequilibrio o su inexistencia.....	61
6.5	Importe de la pensión. Necesidad de motivar la reducción en segunda instancia.....	62
7	CAPACIDAD.....	63
7.1	Autotutela. Necesidad de motivación para prescindir de la voluntad del discapaz.....	63
8	FILIACIÓN.....	64
8.1	Legitimación del progenitor en representación del hijo menor para ejercer la acción de declaración de paternidad.....	64
8.2	Reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado. Plazo de caducidad de un año.....	65
9	RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.....	67
9.1	Liquidación de la sociedad de gananciales. Adquisiciones por ambos cónyuges con carácter ganancial. Adquisiciones de un cónyuge para la sociedad.....	67
9.2	Liquidación de la sociedad de gananciales. Plan de pensiones.....	68

9.3	Liquidación del régimen de sociedad de gananciales. Indemnización por despido.....	69
9.4	Liquidación de la sociedad de gananciales. Seguro de amortización de préstamo...	69
9.5	Liquidación de la sociedad de gananciales. . Crédito frente a los padres de la esposa, que cedieron el uso de una vivienda propia al matrimonio, por el importe de las obras de elevación de una nueva planta.....	70
9.6	Liquidación de sociedad de gananciales. Momento de la disolución.....	70
9.7	Derecho de reembolso en régimen de separación. Obras ejecutadas en terreno privativo de la esposa.....	72

01

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR LA DESATENCIÓN CONTINUADA DE LOS HIJOS EN EL ÁMBITO AFECTIVO Y PATRIMONIAL

Comentario de las SSTs Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1661/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1661) y de 1 de octubre de 2019 (ROJ: STS 2974/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2974)

Alfonso C. Aliaga Casanova

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº2
Orihuela (Alicante)

Resumen: *El autor analiza la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo cuando se solicita la privación de la patria potestad porque uno de los progenitores ha desatendido de forma continuada a sus hijos tanto en el ámbito personal o afectivo, por no mantener comunicación con él durante largo tiempo, como en el ámbito económico, por no cumplir con la obligación del pago de la pensión de alimentos.*

VOCES: *privación de la patria potestad, comunicación con los hijos, pensión de alimentos*

I. INTRODUCCIÓN

COMENTARIO

“La patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad”

(Marciano, Digesto 48.9.5)

En ocasiones, en situaciones de crisis matrimonial, uno de los progenitores se marcha a vivir a otra localidad u otra zona alejada del domicilio familiar y rompe todo contacto con su expareja y con sus hijos. Durante un tiempo prolongado, elude la comunicación con su expareja, y ni siquiera le informa del lugar donde se encuentra. Tampoco contribuye a la atención de las necesidades económicas de sus hijos, eludiendo el pago de la pensión de alimentos, ni se preocupa por el bienestar afectivo de los mismos, al no visitarlos ni comunicarse con ellos ni efectuar llamada alguna al progenitor que tiene consigo a los menores para preguntar por su salud, educación o situación en general.

En tales situaciones, los progenitores que tienen consigo a los menores, tras el abandono de su pareja, muchas veces afrontan el reto de criar a los hijos en soledad e incluso desisten de reclamar los alimentos debidos. Si el reto no resulta fácil y cada día es un desafío, tales progenitores se encuentran con el problema que, cuando hay que tomar decisiones relevantes para la salud o educación de los hijos, tienen dificultad con contactar con el progenitor ausente, bien porque

no conocen el domicilio y los familiares de éste también lo desconocen, bien porque el teléfono de contacto que se tenía ya no está operativo o bien porque el progenitor ausente pese a estar localizado telefónicamente no contesta a las llamadas o da la llamada por respuesta a los mensajes de whatsapps o de correo electrónico.

Los detonantes que impulsan a tales progenitores a acudir al auxilio judicial son variados; pero normalmente acuden a los tribunales cuando tienen que realizar algún trámite administrativo y se les exige la autorización de ambos progenitores titulares de la patria potestad. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el progenitor es extranjero y quiere que sus hijos menores le acompañen al país de procedencia para visitar a su familia, o cuando los hijos llegan a la adolescencia y van a realizar el primer viaje de estudios al extranjero o simplemente cuando tienen que realizar un cambio de colegio. En tales casos, se enfrentan con la dificultad burocrática de que se les exige la autorización del otro progenitor para expedir nuevo pasaporte, para autorizar al menor la salida del territorio nacional o el cambio de colegio.

Las vías judiciales que se le presentan al ciudadano, en tales supuestos, son plantear un expediente de jurisdicción voluntaria al amparo del art. 156 Ccivil a fin de que se atribuya al progenitor que tiene consigo a los menores la facultad de decidir en el ámbito en cuestión o bien plantear un procedimiento de familia solicitando la privación de la patria potestad del progenitor ausente.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo que vamos a examinar a continuación se enfrentan con sendas peticiones de privación de patria potestad ante al incumplimiento reiterado de sus deberes afectivos y patrimoniales por uno de los progenitores.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

En la STS Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1661/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1661) se trata del caso de un menor que nació en 2005, la ruptura de la pareja se produjo cuando tenía 16 meses el menor, las relaciones paterno filiales se regularon por sentencia de fecha 7 de septiembre de 2009 , en que se fijó una pensión de alimentos a favor del hijo de 1500 euros mensuales, sin que el padre abonase pensión desde junio de 2009 a enero de 2011 por lo que fue condenado por sentencia de fecha 16 de abril de 2012 , como autor de un delito de abandono de familia.

Más tarde el progenitor instó demanda de modificación de medidas para reducir el importe de la pensión de alimentos, fijándose en sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013 en la cantidad de 280 euros mensuales; comenzando a efec-

tuar pagos en mayo de 2012, por importe de 150 euros mensuales, de forma regular y conforme a lo establecido en la última sentencia, desde enero de 2014.

El padre en su defensa alega que alega que es transportista, lo que de por sí dificultaba el cumplimiento del régimen de visitas en la forma acordada, y que la madre obstaculizaba el mismo; que le afectó la crisis y que en la medida de sus posibilidades ha hecho frente al pago de la pensión. El demandado sostiene que la actora no le ha permitido el contacto, que le dijeron que si no pagaba la pensión no podía ver al niño, que le amenazaba con que avisaría a la Guardia Civil si intentaba verle, que fue denunciado en dos ocasiones por violencia de género y acoso, y terminó en el Juzgado, por lo que no volvió a intentarlo, ratificando en el acto del juicio el

abuelo paterno que la madre se negó a que tuvieran contacto con el menor, que les amenazó con denunciarles y que si el padre no pagaba la pensión no verían al niño.

Además, existía un informe psicosocial emitido en el procedimiento por los Equipos Psicosociales de los Juzgados y Tribunales del Gobierno de Cantabria, en el que se concluye que no existe inconveniente en que se inicien encuentros entre el progenitor y su hijo, recomendando la intervención del Punto de encuentro de Santander, dadas las características del presente caso y con la frecuencia que los profesionales de este litigio estimen oportuna; añadiendo que para favorecer el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional del menor es deseable un entorno lo más armónico posible, que garantice el derecho del hijo a contar con una madre y un padre, afianzando vínculos de afecto y apego con ambos progenitores.

En el juzgado de primera instancia se deniega la privación de la patria potestad por no haberse acreditado el motivo por el que el padre dejó de tener contacto con los menores y por no tener los incumplimientos la suficiente gravedad para ello y fija un régimen de visitas conforme a las indicaciones del Equipo Psicosocial.

En segunda instancia, la sentencia de la Audiencia Provincial acuerda la privación de la patria potestad y la ausencia de fijación del régimen de visitas justificándola sobre la base de i) la desatención personal del progenitor paterno hacia su

hijo y ii) la desatención económica del mismo hacia su hijo, y iii) valorando en último lugar el informe psicosocial obrante en autos.

i) En relación la desatención personal al menor nacido en agosto de 2005, considera que la falta de comunicación tan prolongada desde 2009 supone por sí un gravísimo incumplimiento de las obligaciones del padre respecto del menor, que justifica la privación instada.

Considera el padre no ha probado que ese comportamiento no sea voluntario, pues aunque alega denuncias de la madre del menor para dificultar el trato, tesis que también mantuvo el abuelo paterno, no hay indicios de dichas denuncias; además considera que no hay prueba de oposición de la madre al trato paterno filial y que no consta ninguna actuación del padre para aproximarse al menor, constandingo por el contrario que promovió procedimiento de modificación de medidas instado por él referido a las obligaciones económicas en 2012 y consta sentencia penal por el que se le condenaba por delito de abonado de familia, concluyendo que cabe entender que el alejamiento del padre respecto del menor lo fue voluntario y libre.

ii) En relación con la desatención económica, considera que entre junio de 2007 y mayo de 2012 no contribuyó en absoluto a la alimentación de su hijo y desde entonces hasta diciembre de 2013 lo hizo de manera irregular pagando solo 150,00 euros mensuales cuando lo era de 1500 euros; a partir de sentencia de 21 de noviembre

de 2013 la pensión se fijó en 280,00 euros mensuales, siendo que desde enero de 2014 el cumplimiento se regularizó en lo esencial, destaca que los pagos efectuados no se hicieron conforme a lo dispuesto en las resoluciones judiciales.

iii) Respecto de la valoración del informe psicosocial, resuelve que no es vinculante, siendo que el tribunal considera que los encuentros paterno filiales y el mantenimiento de la patria potestad, no redundan en interés del menor por mucho deseo que tenga el padre de recuperar la relación perdida. Además relata que conforme al indicado informe el menor está perfectamente acomodado a su actual realidad familiar, presentado un vínculo y apego afectivo normalizado y positivo hacia su madre y la pareja de ésta, llamándole “papá”. Concluye que el interés del menor justifica la privación de la patria potestad y el cese de cualquier derecho a relacionarse personalmente con el menor, por lo que no establece régimen de visitas.

En la STS Sala Primera, de 1 de octubre de 2019 (ROJ: STS 2974/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2974) se trata del caso de una menor nacida 2010 cuyos padres se divorciaron en virtud de sentencia dictada en fecha 27 de febrero de 2014, en la que acordó además del divorcio, la custodia de la menor a su favor, con un régimen de visitas a favor del padre, y una pensión de alimentos a su cargo de 180 euros mensuales más la mitad de los gastos extraordinarios. La madre plantea una demanda de modificación de medidas solicitando la privación de la patria potestad, y suspensión del régimen de visitas, por incumplimiento grave y reiterado de todas las obligaciones legales inherentes a tal condición, exponiendo que el padre había incumplido el régimen de visitas y la obligación de pago de la

pensión, desde el dictado de la sentencia de divorcio, despreocupándose totalmente de su hija desde entonces. Alegaba denuncias penales por falta de pago de la pensión y que igualmente instó ejecución de sentencia por falta de pago, con sucesivas ampliaciones.

2.- El demandado se opone, negando el incumplimiento alegado, esto es, de sus deberes como padre respecto de la menor; alegando que solo pudo hacer pagos parciales, y la imposibilidad de ver a su hija en muchas ocasiones por impedirlo la actora. Niega estar condenado por impago de pensión de alimentos, y alega que la actora no ha acreditado los incumplimientos que alega. En definitiva, sostiene que la privación de la patria potestad es una institución restrictiva, que no se ha acreditado un incumplimiento voluntario por su parte de sus obligaciones, ni que la privación resulte conveniente al interés de la menor.

En primera instancia la juez desestima la demanda razonando que, conforme a las pruebas practicadas, es evidente una dejación por parte del demandado de sus obligaciones inherentes a la patria potestad, tanto en la esfera patrimonial, pues no ha cumplido su deber de abono de la pensión de alimentos, como en el ámbito del régimen de visitas- refiere que el mismo demandado lo ha reconocido, aunque lo excusó con argumentos peregrinos- y califica la conducta de reprochable e injustificable, pero considera que conforme a la doctrina jurisprudencial aplicable, no procede una medida tan gravosa y excepcional como la solicitada por la actora, y considera objeto de valoración la voluntad que manifestó en su interrogatorio el padre, de cumplir sus obligaciones, trasladándose desde donde vive en Granada a la localidad de residencia de la menor y de regularizar

su deuda alimenticia. Constata que no ha quedado acreditado en juicio, fuera de conjeturas y valoraciones subjetivas de la actora, que la privación de la patria potestad y la suspensión del régimen de visitas entre padre e hija suponga un beneficio para la menor o que dichas visitas sean un perjuicio para ella, lo que considera esencial, pues en definitiva se trata de velar por el interés superior de la menor. Explica además que el régimen de visitas en su día acordado es un mínimo sobre el que poder constituir la relación paterno filial, pues se debe realizar a través del PEF, sin perjuicio de su ampliación en caso de evolución favorable, por lo que se contrarrestan los temores invocados por la demandante, por último, añade que según declaró la madre no existe oposición de la menor hacia el padre, sino que simplemente no existe relación.

En este caso no consta informe psicosocial.

La Audiencia Provincial, en segunda instancia acuerda la privación de la patria potestad y la suspensión del régimen de visitas, argumentando que es un remedio previsto legalmente en interés del menor cuando *“como acontece en el caso el progenitor no custodio viene haciendo la más absoluta dejación de sus deberes paterno-filiales durante varios años y no muestra la más mínima preocupación por relacionarse con su hija, ni atender a sus necesidades básicas. Ya en la sentencia de divorcio de 2014 se puso de manifiesto que el padre no se había relacionado con la menor desde su nacimiento y a pesar de establecerse un mínimo régimen de visitas, el primer sábado de cada dos meses desde las 10 h. a las 17.30 h, la realidad es que el hoy demandado no ha hecho nada por visitar y relacionarse con”* su hija.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En ambos casos, el Tribunal Supremo, recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la materia recogida en la STS Sala Primera, de 9 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4575/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4575). Dicha doctrina la podemos resumir de la forma siguiente:

1.- El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella.

No obstante, la privación **requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo,**

pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido.

De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

2.- La privación de la patria potestad, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes previstos en el art. 154 Ccivil de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual **supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada** (SSTS de 18 octubre 1996 (ROJ: STS 5661/1996 - ECLI:ES:TS:1996:5661) ; 10 noviembre 2005 (ROJ: STS 6908/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6908) y de 6 de junio de 2014 (ROJ: STS 2131/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2131)).

3.- Al la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes se exige **una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación**, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho” (SSTS de 24 de mayo de 2000 (ROJ: STS 4206/2000 - ECLI:ES:TS:2000:4206) y de 6 de febrero de 2012(

ROJ: STS 543/2012 - ECLI:ES:TS:2012:543)); se trata de una facultad reglada, en cuanto que **su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor** (STS de 5 de marzo de 1998 (ROJ: STS 1486/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1486)).

Por tanto, este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor; interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

4. Aplicando tales criterios, confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque **el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado** (la STS de 11 de octubre de 2004 (ROJ: STS 6373/2004 - ECLI:ES:TS:2004:6373)), o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS de 23 mayo de 2005 (ROJ: STS 3272/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3272)).

IV. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA AL CASO CONCRETO

Aplicando la doctrina citada a los dos casos planteados en las sentencias aquí comentadas, el Tribunal Supremo ratifica la privación de patria potestad acordada en las sentencias de las Audiencias Provinciales recurridas.

En la primera sentencia citada, de 23 de mayo de 2019, el Alto Tribunal da las siguientes razones para acordar la privación de la patria potestad:

1º.- *“se ha de convenir en la calificación de graves y reiterados de los incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hijo, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que el menor contaba muy poca edad.”*

De este razonamiento se infiere que es necesario acreditar la ausencia de relación entre el progenitor y el hijo, y que la misma sea prolongada en el tiempo. Dicha ausencia debe producirse sin causa justificada; no obstante, en relación con la carga de la prueba del motivo de la falta de relación, debemos recordar que en la sentencia de la Audiencia Provincial cuya motivación da por buena el Tribunal Supremo se había razonado que el padre no había probado que ese comportamiento no sea voluntario, pues aunque

alega denuncias de la madre del menor por dificultar el trato, tesis que también mantuvo el abuelo paterno, no hay indicios de dichas denuncias ni concurrir prueba alguna de oposición de la madre al trato paterno filial a la par que no consta ninguna actuación del padre para aproximarse al menor. De hecho, se infiere que el padre que alegue que la madre no le ha dejado ver al menor deberá acreditarlo, sin que se presuma que existe causa justificada para tal ausencia de relación.

Por otro lado, de dicho razonamiento del Alto tribunal debemos destacar la, relevancia que otorga al hecho de la escasa edad del menor cuando se inicia la ausencia de relación. La corta edad del menor da lugar, sin duda, a una ausencia de recuerdos de éste respecto al progenitor ausente lo que dificultará retomar las relaciones. Por otro lado, denota una actitud más claramente criticable respecto al progenitor que cuando sus hijos son más vulnerables y están más necesitados de cuidado y atención, han dejado desatendidas sus obligaciones para con ellos.

2º *“Las circunstancias económicas del recurrente podrían justificar no pagar la pensión alimenticia fijada a favor del menor, en la cuantía señalada, pero nunca no pagar nada, con desatención total de su obligación.”*

En este caso, recordemos que se dejó de pagar totalmente la pensión sólo unos años (2009 a 2012), y luego se hizo un pago parcial otros años (2012 a 2014). Desde el año 2014 se cumple con la pensión de alimentos en lo esencial. Luego, debemos destacar que el Alto Tribunal valora de forma significativa el impago total de la pensión durante un cierto tiempo, aunque posteriormente se cumpla la pensión alimenticia.

3° *“Todo ello ha provocado que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones que fuesen posibles de futuro, conforme a derecho”*

Luego para que se acuerde la privación de la patria potestad debe valorarse que dicha privación sea más beneficiosa para el menor.

De hecho, el Alto Tribunal en la sentencia de 1 de octubre de 2019, concluye que si se ha desatendido durante un tiempo prolongado, tanto en lo afectivo como en lo patrimonial, no será beneficioso para el menor que dicho progenitor conserve facultades derivadas de la patria potestad para decidir sobre dicho menor. En concreto, señala: *“Un caso similar al presente fue el enjuiciado en la sentencia n.º 621/2015, de 9 de noviembre, y en ella se reconocía cómo unos incumplimientos tan graves de las obligaciones paterno-filiales afectaba la relación paterno filial de manera seria, y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente.*

No tendría sentido, por ir en contra del interés de la menor, que quien se ha desentendido gravemente de ella, tanto en lo afectivo como en lo patrimonial, conserve, potencialmente, facultades de decisión sobre ella derivadas de la patria potestad.”

El que conservara facultades derivadas de la patria potestad para decidir perjudica al interés del menor, en nuestra opinión, por diversas razones:

- la falta de comunicación y relación le impide al progenitor conocer debidamente las voluntades y necesidades del mencionado menor y adoptar una decisión con el suficiente conocimiento de causa;
- la dificultad de localizar o ponerse en contacto con el progenitor puede impedir tomar decisiones o actuar en el momento oportuno en que surge la necesidad;
- el incumplimiento reiterado de las obligaciones denota una falta de responsabilidad en el progenitor en cuestión que permite inferir que por éste no se adoptarán unas oportunas o prudentes decisiones respecto a los hijos, etc.

2°.- *“Ello no impide (STS 5 de marzo de 1998) que en el futuro, y en beneficio de la hija, si el recurrente cumple lo declarado y prometido, los Tribunales puedan acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieran cesado las causas que motivaron la privación (art. 170, párrafo segundo, CC).*

Tampoco impide la decisión acordada que el recurrente pueda relacionarse con su hija en los términos del art. 160 del CC, si así se solicita y se considerase procedente en el futuro”

Como mantener el contacto con todos los progenitores suele ser lo más beneficioso para los menores,

pese a acordarse la privación de la patria potestad y la suspensión del régimen de visitas, no se cierra por el Tribunal Supremo la posibilidad de que si, en el futuro, cambian las circunstancias, y ello redundando en interés de los menores, se fije un régimen de visitas o el progenitor recupere la patria potestad.

V. CONCLUSIONES

Tras examinar las dos sentencias comentadas del Tribunal Supremo, podemos extraer una serie de conclusiones que debemos tener en consideración cuando tengamos que decidir en un procedimiento civil si es procedente o no acordar la privación de la patria potestad. Tales conclusiones las podemos enunciar de forma sintética del siguiente modo:

- Para acordar la privación de la patria potestad, el incumplimiento de los deberes previstos en el art. 154 Ccivil por el progenitor debe ser grave, reiterado y prolongado en el tiempo.
- Tal incumplimiento no debe tener causa justificada.
- Si el progenitor incumplidor alega que el progenitor custodio le ha impedido relacionarse con los menores, deberá acreditar tal extremo, presumiéndose, si no lo prueba, que la falta de relación es voluntaria.
- Para valorar el alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes se otorga una amplia facultad discrecional del juez, debiéndose estar al resultado de la prueba.
- Para valorar el perjuicio que ha causado al menor la ausencia de relación o contacto con el progenitor ausente, se puede tomar en consideración si se ha

- iniciado cuando el menor contaba con escasa edad.
- El incumplimiento de las obligaciones pecuniarias puede justificar la privación de la patria potestad, especialmente en aquellos casos en que durante cierto tiempo se haya dejado de pagar de forma total la pensión, y ello, aunque se abone el importe de la pensión en otros momentos.
 - La privación de la patria potestad debe redundar siempre en beneficio del menor, valorándose en todo caso el interés del menor para tomar la decisión.
 - Si un progenitor ha incumplido de forma grave y reiterada sus obligaciones económicas y afectivas, durante tiempo prolongado, sin causa justificada, no será beneficioso para el menor que aquél conserve la facultades de decidir sobre el menor derivadas de la patria potestad.

02

LA ATRIBUCIÓN DEL USO LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA RUPTURA MATRIMONIAL Y SU POSIBLE EXTINCIÓN

Ana Belén Villar Álvarez

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León

Resumen: *Al hilo de exponer la doctrina en la materia, la autora analiza los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando aparecen situaciones familiares y económicas que pueden modificar sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta al establecer y limitar ese uso a favor de uno de los progenitores.*

Voces: *Vivienda familiar, custodia, capacidad económica, mayoría de edad, progenitores, relaciones con terceros.*

I. COMENTARIO

Una de las cuestiones que se ha de resolver, en un supuesto de ruptura matrimonial, es la atribución del uso de la vivienda familiar, entendiéndose por ésta aquel lugar donde ha convivido habitualmente la familia durante el matrimonio.

A la hora de determinar quién se queda con ese uso, en primer lugar, debe examinarse si los esposos han llegado a un acuerdo. De lo contrario, habrá que estar a lo dispuesto por la autoridad judicial, quien además de salvaguardar el interés de los hijos menores y de atender a lo preceptuado en el Código Civil, estará a las circunstancias que rodean a cada una de las familias, a las novedades jurisprudenciales, y a la concurrencia de aspectos que puedan suponer una alteración de aquellas circunstancias que fundamentan y justifican la adopción de nuevas medidas, e incluso cambios en la forma de uso de esa vivienda.

La circunstancia principal que se ha de tener en cuenta a la hora de decidir a quien se le atribuye ese uso, es la existencia de hijos en el matrimonio, y en este caso, en el tipo régimen de custodia que se haya establecido.

Para el caso de un régimen de custodia monoparental, individual o exclusivo, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Y ello, aunque la vivienda familiar sea propiedad exclusiva del progenitor no custodio, siempre y cuando se considere que se atribuye el uso en interés y protección de los menores.

En el supuesto de un régimen de custodia compartida, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias concurrentes de cada caso, debiendo primar el interés superior del menor, de forma que no se interrumpa su desarrollo personal, familiar y social, ni se menoscabe su educación y formación. Este interés del menor es el eje primordial en la resolución del conflicto familiar, que prepondera sobre el resto de intereses familiares, y está blindado por normas de rango nacional e internacional.

Partiendo del respeto incondicional al interés supremo del menor, existen dos aspectos que determinan la atribución del uso de la vivienda. El *primero*, la composición de la familia y su posible alteración, y el

segundo, el nivel y la capacidad económica de cada uno de los progenitores.

Con respecto al primero, si algo ha cambiado en los últimos años, e incluso décadas, es **la composición familiar**. Cuando hace años la familia idónea era la nuclear compuesta de padre, madre, hijo e hijos, lo cierto es que las transformaciones sociales han hecho que se formen diferentes tipos de familia:

- familias con padre separados sin que estos hayan vuelto a formar una familia;
- familias compuestas, cuando dos padres separados y con hijos forman un nuevo núcleo familiar;
- familias monoparentales, cuando falta alguno de los padres;
- familias en las que una de las partes no tiene hijos y convive con su pareja divorciada y con los hijos de ésta;
- familias homoparentales, familias del mismo sexo con hijos.

Con respecto al segundo **aspecto relativo a la capacidad económica**, son mayoría las familias en las que entre los progenitores no existe un desequilibrio económico, o bien los medios económicos de cada uno de ellos son similares. Esta cuestión se tiene en cuenta a la hora de establecer el uso de la vivienda familiar en relación con la posible imposición de una pensión de alimentos a favor de los hijos que convivan con el progenitor más necesitado de protección.

En aquellos supuestos en los que se ha establecido la atribución de la vivienda hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad, sólo una modificación sustancial de las circunstancias podría hacer que ese

límite temporal se variase y fuese sustituido por el de atribución del uso de la vivienda hasta la liquidación de gananciales. No se considera que se han modificado las circunstancias cuando los ingresos y titulaciones académicas son semejantes; cuando no conste que con la venta de la vivienda familiar fuese más beneficios para los intereses de los menores; cuando la carga hipotecaria de larga duración ya se ha tenido en cuenta en la fijación de los alimentos, valorando proporcionalmente ingresos y gastos; y cuando no se discuta la naturaleza de la vivienda, ni que los menores tengan disponibilidad sobre otra vivienda. Es este sentido se pronuncia el TS en la sentencia de 23 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1660/2019 – ECLI: ES:TS:2019:1660).

La conjugación de estos dos aspectos, la composición de la familia y la capacidad económica de cada progenitor, se hace cada vez más compleja por la infinidad de escenarios que pueden presentarse, según sea la vivienda de ambos progenitores o de uno de ellos.

1. Si la vivienda familiar es de ambos progenitores, se podrá atribuir por periodos alternos permaneciendo los hijos siempre en la vivienda familiar, o atribuir el uso de la vivienda temporalmente y en exclusiva a uno de los progenitores, a aquél que se considere más necesitado de protección.

La primera posibilidad es la conocida como **“casa nido”**, propia sólo de situaciones en las que la capacidad económica de los progenitores puede permitirles mantener tres viviendas (la de cada uno y la común) y en los que no hubiera conflictividad en el

mantenimiento de la vivienda común; de lo contrario la residencia de los hijos tendría que ser el domicilio de cada uno de los progenitores en el periodo respectivamente atribuido. (STS Sala Primera, de 5 de octubre de 2019 -ROJ: STS 1363/2019 - ECLI: ES: TS: 2019:1363-).

En cuanto a la segunda opción, **atribución temporal a uno de los progenitores**, es propia de las familias en las que uno de los progenitores es el más necesitado de protección. El otro progenitor deberá tener una vivienda diferente a la familiar para convivir con sus hijos en el tiempo que éstos tengan que vivir con el.

No se puede calificar esa atribución como definitiva. Esa necesidad de protección puede desaparecer después de haber adoptado las medidas y dictado sentencia que ponga fin a la relación matrimonial, haciendo que se extinga el uso de la vivienda familiar atribuido a ese progenitor.

El TS en su sentencia de 16 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3309/2019 – ECLI: ES:TS:2019:3309) dice que, aún cuando se hubiere pactado el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, podrá modificarse esa medida **cuan- do el progenitor hubiere contraído nuevo matri- monio** y no haga uso de la vivienda atribuida, por considerar que ha habido una alteración sustancial de las circunstancias.

También se puede extinguir ese uso por **intro- ducción de una pareja sentimental en la vivienda atribuida como familiar**. Y es que el TS en su senten-

cia de 29 de octubre de 2019 (ROJ STS 3489/2019 – ECLI: ES:TS:,2019:3489) reitera lo dispuesto en sentencia de 20 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3882/208 – ECLI: TS:ES:TS:2018:3882) cuando dice que el uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso, y se confiere y se mantiene en tanto que conserve ese carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Ese carácter desaparece por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio, haciendo perder a la vivienda su antigua naturaleza “*por servir en su uso a una familia distinta y diferente*”. Y continúa diciendo: “*La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia de custodia, que se mantiene a favor de la madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos.*” Se modifica la atribución del uso de la vivienda por la introducción en la vivienda familiar de un tercero que desnaturaliza el carácter de vivienda, dado que deja de ser familiar, concediendo al progenitor que tiene atribuido su uso un plazo prudencial de permanencia en la misma, pasado el cual deberá desalojarla, quedando la vivienda sujeta a la liquidación de la sociedad de gananciales.

2. **Cuando la vivienda es de uno** sólo de los progenitores, se podrá atribuir el uso al otro progenitor si se le considera más necesitado de protección, o bien al progenitor titular si el otro progenitor tiene capacidad económica para habitar una vivienda digna durante el tiempo que esté en convivencia con sus hijos.

Cuestión diferente es la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura matrimonial sin hijos. En estos casos se podrá acordar que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para acordar ese uso será necesario el consentimiento de ambas partes o la autorización judicial.

En conclusión, la atribución del uso de la vivienda familiar atendiendo a las circunstancias familiares y económicas de los progenitores, y al régimen de custodia establecido, no es definitiva. La aparición de circunstancias tales como un nuevo matrimonio o la convivencia con un tercero del progenitor al que se le atribuye ese uso, o el cambio de las condiciones económicas de aquéllos, pueden ser consideradas como una alteración sustancial que conllevaría en todo caso, a la modificación del uso de la vivienda, o incluso, a su extinción.

03

EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES DE EDAD, DIES A QUO Y FUNDAMENTOS

Pablo G. Avellán Caro

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Resumen: *En relación con la extinción del derecho de alimentos del progenitor no custodio al hijo mayor de edad, el Tribunal Supremo, en este año 2019, ha confirmado que no existe legitimación del custodio como acreedor de alimentos cuando el hijo mayor no convive con éste o es independiente económicamente. Asimismo, se analizan las causas de extinción de la pensión de alimentos del Artículo 152 C.C. referentes a la imputación al hijo sobre su situación de dependencia –por falta de aplicación al trabajo o mala conducta- e incluso, sobre la falta de relación personal de éste con el progenitor no custodio, entendiendo novedosamente, en una interpretación teleológica actualizada, el maltrato psicológico al progenitor no custodio como causa de extinción de la pensión.*

Voces: *pensión de alimentos, extinción, falta de aplicación al trabajo, mala conducta, falta de relación personal con el progenitor, dies a quo*

I. COMENTARIO

El Tribunal Supremo, durante este año 2019, en lo referente a la extinción de pensiones de alimentos establecidas para los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad de éstos, ha venido, básicamente, confirmando la Jurisprudencia anterior, considerando que, de conformidad con lo establecido por el Artículo 93.2º C.C., es exigible la existencia de dos requisitos esenciales para el mantenimiento de tales pensiones, a saber:

- La convivencia con el progenitor perceptor de la pensión.
- Que el hijo mayor no sea independiente económicamente.

A falta de dichos requisitos, la Sentencia TS de 10 de abril de 2019 (ROJ STS 1252/2019, ECLI:ES:TS:2019:1252), que analizaba el caso de dos hijos mayores de edad independientes desde la incorporación de ambos a las Fuerzas Armadas, declara la extinción de la pensión con efectos desde la fecha de la demanda, entendiendo que la madre custodia, si bien no había ocultado la nueva situación de los hijos, sí que se había *empecinado* en defender la necesidad de mantenimiento de la medida alimenticia anterior, por lo que, teniendo en cuenta la exis-

tencia de cierta mala fe procesal, acuerda el *dies a quo* de la fecha de la reclamación judicial, de acuerdo con lo preceptuado por la doctrina jurisprudencial que desarrolla los Artículos 106 y 148 C.C.

En esta misma línea se orienta la Sentencia TS de 12 de marzo de 2019 ROJ STS 869/2019, ECLI:ES:TS:2019:869), si bien, ésta aún va un paso más allá, al acusar a la madre custodia y al hijo, mayor de edad e independiente, de connivencia en contra del progenitor no custodio, por lo que además de declarar extinguida la pensión de alimentos desde la fecha de la demanda, condena a la madre a la devolución de las cantidades percibidas con posterioridad a la misma, con fundamento jurídico en el *cobro de lo indebido, el abuso de derecho y la mala fe*.

En definitiva, en exégesis del Artículo 93.2º C.C., que recordemos extiende a los mayores de edad dependientes que convivan en el domicilio familiar los efectos de la resolución judicial de la crisis familiar, nuestro máximo órgano judicial entiende que el fundamento del mismo reside en la economía procesal y en el principio de solidaridad familiar que informa el Derecho de Familia, así como en la evitación de conflictos judiciales de hijos contra progenitores no custodios. Y lo que dicho precepto marca es la legitimación del custodio acreedor de alimentos, sin

cuyos requisitos, convivencia y dependencia, perdería inexorablemente.

Por otro lado, en cuanto a la extinción de la pensión de alimentos con base en el Artículo 152.5 C.C., esto es, la “*mala conducta*” o “*la falta de aplicación al trabajo*” del alimentista, la Sentencia TS de 6 de noviembre de 2019 (ROJ STS 3613/2019, ECLI:ES:TS:2019:3613) analiza el caso de dos hijas, de 24 y 21 años, que estudiaban Oposiciones para registradora de la propiedad y Odontología, respectivamente. El padre no custodió reclamaba la extinción por cambio de circunstancias, habida cuenta la edad, la desidia de las hijas por no percibir ingresos y su propio empeoramiento económico ocasionado por haberse visto obligado a abonar una alta cantidad de dinero en ejecución de sentencia. El Supremo afirma que, no existe una edad máxima para ser alimentista, y que hay que atender al caso concreto, pues las circunstancias son siempre distintas; asimismo, declara que no siempre, y más en estos días, la falta de ingresos de los hijos mayores de edad se corresponde con la desidia o pasividad de éstos, estando en el caso presentado más que justificada la situación de dependencia de ambas hijas. Con base en estos motivos, el TS se niega a establecer un plazo de presión para las hijas, y recalca que fue la propia falta de diligencia del padre al adeudar grandes sumas lo que le obligó a abonar de una vez las pensiones atrasadas en ejecución de sentencia.

A su vez, en relación con la cuestión de la falta de aplicación del alimentista, la Sentencia TS de 14 de febrero de 2019 (ROJ STS 379/2019, ECLI:ES:TS:2019:379) declara que no incurre la Sentencia recurrida de Apelación en *extra ni ultra*

petita, cuando en un pleito en el que el demandante había pedido la extinción de la pensión de alimentos para su hijo que estudiaba por tercer año consecutivo 2º de Bachillerato, le impone un plazo máximo de un año de pensión de alimentos para que el hijo pudiera adaptarse a la nueva situación. Entiende dicha resolución judicial que el Artículo 218.1 L.E.C. permite resolver “sin superar los límites cuantitativos de la cuestión litigiosa ni alterar la naturaleza de lo debatido”, por lo que la concesión de un plazo entraría dentro del ámbito de la extinción solicitada por el demandante.

Dejamos para el final la muy interesante y novedosa Sentencia T.S. de 19 de febrero de 2019, (ROJ STS 502/2019, ECLI:ES:TS:2019:502) que, analiza la falta de relación afectiva entre padre no custodio e hijos, así como la imputabilidad a éstos respecto del alejamiento como causa de extinción del derecho a alimentos, declarando que, para los hijos mayores de edad, rige lo dispuesto por el Artículo 152.4º C.C., y por remisión, las causas de desheredación del Artículo 853.2ª C.C. y de indignidad sucesoria del 756 C.C., por lo que, en los casos en que no exista relación personal alguna entre alimentista y alimentante, siempre y cuando, la situación sea achacable, de modo principal y con una intensidad relevante a la conducta del hijo, éste podrá perder, por tal causa, el derecho a alimentos, pues cesa el principio de solidaridad familiar.

Se analiza de pasada el caso del maltrato psicológico al progenitor, entendiéndose que, debe incluirse como causa de extinción, pues “*la realidad social, el signo cultural y los valores del momen-*

to” (ex– Artículo 3 C.C.), así como la consideración del Artículo 152 C.C. como un sistema de *numerus apertus*, permitiría extender a los malos tratos como causa de extinción de la pensión, partiendo a su vez de la dignidad de la persona (Artículo 10 C.E.) como núcleo de los derechos constitucionales.

En cuanto a la falta de relación entre alimentista y alimentante, afirma la Sentencia que *“no resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente en los vínculos parentales”*. Eso sí, para tal sanción, se exige una interpretación

rigurosa y restrictiva de la prueba, esto es que *“la falta de relación manifiesta, y que esa falta sea imputable de forma principal y relevante al hijo”*. En el caso analizado, no se consideró tal hecho acreditado, pues había dudas respecto a la posible participación culposa del padre respecto al alejamiento. Todo ello conduce a una última reflexión, pues las relaciones humanas, para bien o para mal, son siempre el resultado de una interacción personal, por lo que, la prueba de la imputación sobre la culpa de un enfrentamiento puede, salvo en casos de resoluciones penales condenatorias contra el hijo, conllevar en ocasiones a la necesidad de una prueba casi diabólica para el deudor de alimentos no custodio.

04

**LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE
LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES**

Rafael Martínez Oliver

Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1

(con funciones compartidas del Registro Civil)

Torreveija (Alicante)

Resumen: *Mediante el presente artículo pretendemos hacer un análisis de las sentencias más relevantes de 2019 dictadas por la sala Primera del Tribunal Supremo en relación con algunas cuestiones que regula el Código Civil en materia de liquidación de la sociedad de gananciales.*

Voces: *liquidación, sociedad de gananciales, indemnización por despido, obras en vivienda, adquisición de bienes con dinero privativo, fondo de pensiones, seguro de amortización de préstamo.*

I. COMENTARIO

En total son ocho sentencias dictadas por la Sala Primera en el que trata diferentes cuestiones de relevancia para que pueden ser de interés para los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de familia que se enfrentan diariamente a las cuestiones que pretendemos tratar a continuación.

Así, en primer lugar, vamos a referirnos a la **STS Sala Primera, de 3 de julio de 2019** ((ROJ: STS 2252/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2252)) en el que se trata de determinar la ganancialidad de **la indemnización por despido de uno de los cónyuges**.

En el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales tras el divorcio de los litigantes discrepan acerca del carácter ganancial o privativo de dos sumas de dinero ingresadas constante la sociedad de gananciales. La primera sería la indemnización por despido cobrada por el esposo y la segunda el destino de la cantidad ingresada por el padre del esposo en una cuenta corriente de la que este último era único titular.

El Recurso de Casación se dirige a que se declare el carácter privativo de las dos sumas de dinero de diferente origen.

El Tribunal Supremo por lo que respecta a la cantidad de 10.018,40 € (cantidad discutida en

este caso) partiendo de los hechos acreditados en la instancia al calificar esa cantidad como ganancial, no infringe el artículo 1346 del código civil ya que no se ha probado que el dinero le perteneciera al esposo con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales según establece el artículo 1346.1 del código civil ni tampoco que, por su origen como pueda ser incluidos en alguno de los demás apartados del artículo 1346 del código civil. En consecuencia, debe jugar la presunción de ganancialidad establecido en el artículo 1361 del código civil conforme al cual se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativa mente a uno de los cónyuges.

Por lo que se refiere a la indemnización por despido, la sentencia recurrida considera que debe ser calificado en su totalidad como ganancial por haber sido percibido durante la vigencia del régimen de gananciales, y entiende que no debe restarse la cantidad correspondiente a los años trabajados por el esposo antes del matrimonio. Esta interpretación es contraria a la doctrina de la sala, lo que justifica la apreciación del interés casacional y la estimación del recurso.

Así es en sentencia 596/2016, de 5 de octubre, la sala primera del Tribunal Supremo ha mantenido en la sentencia 216/2008, de 18 de marzo, y 429/2008 de 28 de mayo que la indemnización cobrada en virtud

del despido en la empresa donde trabajaba un esposo debe ser considerada ganancia porque tienes un causa en un contrato de trabajo desarrollado a lo largo de la vida del matrimonio, pero sólo por los años trabajados durante la vigencia del régimen de gananciales en consecuencia, no tiene carácter ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales.

Entiende por tanto el Tribunal Supremo y concluye que la indemnización por despido percibida por Don xx xx sólo procede incluir dentro del activo del inventario de la sociedad de gananciales la parte que corresponda a los años trabajados durante la vigencia de la socia de ganancias, lo que se fijará en ejecución de sentencia.

En segundo lugar, mencionaremos la **STS de 6 de noviembre de 2019** (ROJ: STS 3520/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3520) que regula si la sociedad de gananciales debe asumir los gastos propios de las **obras de acondicionamiento de una vivienda**.

La Sentencia dictada en grado de apelación por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, como consecuencia de los autos de juicio ordinario nº 799/2015 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 del Ferrol.

Se interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado en los siguientes motivos:

-Vulneración de los artículos 1743 del Código Civil y 1750 del mismo cuerpo legal y de la jurisprudencia de la sala del Tribunal Supremo.

-Infracción, por la aplicación, del artículo 1750 del código civil, en relación con los artículos 454 y

455 del mismo cuerpo legal y de la jurisprudencia de esta sala.

Los hechos son los siguientes: en la demanda, el demandante contrajo matrimonio con la hija de los demandados pasando a vivir en una pequeña casa propiedad de los padres de ella Habiendo quedado disuelto el matrimonio por divorcio. La sociedad de gananciales asumió los gastos propios de las obras de acondicionamiento de la vivienda, llegando a alzar una nueva planta en el año 2005. Mantiene por ello el demandante que dicha sociedad de gananciales ostenta un derecho a que se reconozca su favor un crédito por el aumento de valor de la casa, que ha pasado los demandados por accesión o, subsidiariamente, que se le reconozca un crédito por la obra facturar a su nombre.

La sentencia dictada en Primera Instancia declaro que la sociedad de gananciales ostentaba un crédito frente a los demandados por importe de 34.138,75 € por las inversiones realizadas en la vivienda mediante el alzado de una planta.

En grado de apelación, la Audiencia afirma que la obra realizada excede de los gastos necesarios y útiles y su construcción se realizó a la vista ciencia y paciencia de los demandados. Considera acreditado que el impago de las obras fue el demandante y mantiene que otra solución provocaría un enriquecimiento injusto.

El Tribunal Supremo entiende que el motivo carece de cualquier efecto útil en tanto que cualquiera que sea la consideración que prevalezca sobre la naturaleza de dicha posesión lo cierto es que el razonamiento final de la sentencia es qué tal construcción

fue aceptada y apoyado por los demandados provocando un aumento de valor en su propiedad, pues de no ser así provocaría un enriquecimiento injusto.

Entiende el Tribunal Supremo que, en todo caso, dicha posesión fue de buena fe y con consentimiento del titular por lo que de conformidad con lo que dispone el artículo 361 del código civil el dueño podría hacer suya la obra pagando su importe o reclamar a la socia de gananciales que haga suya la obra pagando el valor del terreno y de la construcción preexistente.

En tercer lugar, aludiremos a la STS de 11 de julio de 2019 (**ROJ: STS 2341/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2341**) Aquí se trata de determinar en una liquidación de la sociedad de gananciales si la **adquisición de un bien al que se atribuye carácter ganancial y al que se aporta dinero privativo**: si finalmente eso supone que el que lo aportó tiene derecho de crédito contra la sociedad.

En este caso nos referimos a los autos de liquidación de la sociedad de gananciales nº 973/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Guadalajara conociendo en grado de apelación la Sección Primera del Audiencia Provincial de Guadalajara.

El Tribunal Supremo analiza en este supuesto, en primer lugar, la inclusión en el pasivo del derecho de reintegro a favor del esposo de las cantidades abonadas íntegramente por el tras la disolución de la sociedad de gananciales en concepto de IBI y derramas extraordinarias de las viviendas descritas en el activo.

En segundo lugar, el derecho de reintegro a favor del esposo respecto de las cantidades abonadas íntegramente por el tras la disolución de la sociedad de gananciales en concepto de impuesto de matriculación de los vehículos referidos en el activo.

Y por último, el derecho de reintegro a favor del esposo en relación de las cantidades abonadas por el con dinero privativo para la adquisición de las viviendas descritas en el activo, actualizadas a la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Pues bien, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia en el sentido de revocar la misma para excluir del pasivo ganancial, la partida identificadas con ordinal tercero en el inventario, confirmándola en todos los demás.

Se interpuso Recurso de Casación por infracción de los artículos 1358 y 1398.3 del Código Civil y por infracción del artículo 1324 del mismo texto legal.

La cuestión jurídica planteada se reduce a determinar si no obstante el carácter ganancial del bien, por haberlo manifestado si expresamente ambos cónyuges en el momento de la adquisición, conserva el cónyuge que ha aportado dinero privativo para su adquisición un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado de la cantidad correspondiente.

No se trata aquí de tal atribución de la ganancialidad, sino de la aportación por uno de los cónyuges en este caso el esposo de dinero privativo para

la adquisición de la vivienda familiar, la cual tiene carácter ganancial en este caso.

Por tanto, la norma aplicable es la del artículo 1398.3 del Código Civil según la cual se integran el pasivo de la sociedad de gananciales el importe actualizado de las cantidades que habiendo sido pagados por uno de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y en general las que constituyen crédito de los cónyuges contra la sociedad.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019 en su Fundamento de Derecho tercero establece que cuando los cónyuges atribuyendo carácter ganancial los adquiridos con dinero privativo de uno de ellos, la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues he terminado un derecho de reembolso a favor de la aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición como establece el artículo 1358 del Código Civil.

En cuarto lugar, nos referiremos a dos sentencias que en realidad tratan una misma cuestión debatida, y es la referida al **momento en que debe entenderse extinguida la sociedad de gananciales**.

En ambas, la solución del Tribunal Supremo es la misma. Es la sentencia de divorcio el momento en que debe tenerse en cuanto para que se produzca la liquidación de gananciales y que surtan todos los efectos del artículo 95 y 1392 del Código Civil.

La primera de estas sentencias es la **STS de 28 de mayo de 2019** (Roj: STS 1723/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1723)

El Tribunal Supremo en este caso analiza a través del Recurso de Casación contra la sentencia nº 677 dictada en fecha de 18 de julio de 2016 por la sección 24 de la audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 1066/2015 dimanante de los autos sobre liquidación de sociedad de gananciales nº 509/2014 del juzgado de Primera Instancia Instrucción nº 2 de Leganés.

Entre otras cuestiones, y a los efectos de la parte que nos interesa, el Juzgado de Primera Instancia de Leganés determinó que el momento en el que debía entenderse producida la extinción de la sociedad de gananciales era el **auto de medidas provisionales** ya que argumentó que en ese momento se declaró de manera expresa la separación provisional de los cónyuges, el cese de la convivencia conyugal, declarándose revocados los consentimientos y poderes y cese la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la patria potestad.

La Audiencia confirmó el criterio del Juzgado con el siguiente razonamiento: En el presente caso, habiéndose dictado el auto de medidas provisionales el día 19 de septiembre de 2012 es por lo tanto que debe retrotraerse sus efectos a dicha fecha, en virtud de los efectos del cese de la convivencia conyugal en el presente caso, habiéndose dictado el auto de medidas provisionales el día 19 de septiembre de 2012 es por lo tanto que debe retrotraerse sus efectos a dicha fecha, en virtud de los efectos del cese de la convivencia conyugal en virtud de la aplicación de los artículos 95 y 1392.1 del Código Civil.

Se interpuso entonces recurso de casación.

La parte recurrente entiende que la disolución de la sociedad de gananciales no debe retrotraerse a la fecha de auto de medidas provisionales infringiendo así el artículo 1346 del Código Civil así como la doctrina de la sala del Tribunal Supremo.

La solución del Tribunal Supremo fue la siguiente: conforme al artículo 1392.1 del Código Civil la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio y conforme al artículo 95 la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

De ahí que se extraiga la conclusión que durante la tramitación del proceso matrimonial el régimen económico matrimonial está vigente hasta de que se extinga por sentencia firme de conformidad con el artículo 103.4 del Código Civil y el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La separación de hecho no puede producir como efectos de la disolución del régimen, pero si dura más de un año permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su disolución, lo cual sólo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial al amparo del artículo 1393.3 y 1394 del Código Civil.

La jurisprudencia admite que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no pueden integrarse en la comunidad de bienes aquellos bienes que serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación de otro.

Sin embargo, como ya expuso en la sentencia 226/2015, de 6 de mayo esta teoría no puede aplicarse de un modo absoluto sino que requiere acudir a las circunstancias del caso rechazando su aplicación cuando exista un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe.

Sin embargo, esto no sucede en el presente caso.

En el presente caso no ha ocurrido ninguno de los supuestos previstos por la ley para que deba mantenerse como fecha de la extinción del régimen un momento distinto de lo establecido en el artículo 95.1 del Código Civil es decir, no existía una separación libremente consentida por los cónyuges sino por el contrario, se inicia un procedimiento contencioso cuyas consecuencias sobre la liquidación del régimen son las que ahora se están dilucidando.

En definitiva, que la separación duradera mutuamente consentida a la que se refiere la doctrina de la Sala sirve para rechazar las pretensiones de un cónyuge, no es la que deriva de la situación que se crea tras la admisión de la demanda de divorcio ni con el dictado del consiguiente auto de medidas provisionales. La duración del proceso judicial desde que se puso de la demanda o se dictan las medidas provisionales hasta que se dicte la sentencia es ajena a la voluntad de las partes. Esa dilación no puede ser la razón por la que se amplíe la doctrina jurisprudencial sobre la separación de hecho, basada en el rechazo del ejercicio de un derecho contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo entiende que la sentencia recurrida debe ser casada en el sentido

de modificar su pronunciamiento referido a la fecha en que se produjo la disolución de gananciales y, a los efectos de proceder a su liquidación, fijando el momento en el que concluyó la sociedad de gananciales de los litigantes en el de la fecha que se decretó el divorcio por sentencia firme de conformidad con lo previsto en los artículos 95, y 1392 del Código Civil.

Un caso similar se produce en la siguiente sentencia a la que hacemos referencia, pero aquí el punto de partida no es un auto aprobando medidas provisionales sino una **separación de hecho prolongada en el tiempo**. Nos referimos a la **STS de 27 de septiembre de 2019** (ROJ: STS 2951/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2951) dictada contra la sentencia de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, como consecuencia de los autos de juicio de divorcio nº 758/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Bilbao.

En la Primera instancia, además de las medidas que se contenían en aquella sentencia se acordó la disolución del régimen económico matrimonial a fecha de 23 de marzo de 2016 desde el cese de la convivencia y se determinó que la esposa se encargaría de la administración de los bienes gananciales.

Contra dicha sentencia se interpuso Recurso de apelación y que por lo que a nosotros nos interesa entendió que la fecha de disolución de la sociedad de gananciales debía ser la Sentencia de divorcio tal y como había manifestado el Tribunal supremo.

Mencionando los artículos 1392 del código civil y el artículo 1393 que establece que también concluye la sociedad de gananciales por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, cuando

existe separación de hecho por más de un año o por abandono del hogar, sin embargo la recurrente entiende que la Sala interpretó de una manera muy flexible tales causas declarando que la extinción se produciría por el cese de la convivencia.

Como se expuso anteriormente es jurisprudencia de esta sala que cuando medió una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se considerarían gananciales los bienes individualmente adquiridos por cualquiera de los cónyuges, especialmente cuando proceden del propio trabajo o industria. Sin embargo, ahora precisa Tribunal Supremo, que esta doctrina como puso de relieve la Sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo absoluto sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso.

El Tribunal Supremo entiende en este caso que el abandono del hogar por la esposa se produjo el 23 de marzo de 2016, sin que la misma solicitara judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales, formulando la demanda de divorcio el 18 de octubre sigue, sin que haya justificado que el esposo haya actuado faltando a las exigencias de la buena fe reconduciendo la situación a lo resuelto anteriormente, y fijando la fecha en la sentencia de divorcio.

A continuación nos referimos a la **STS de 6 de junio de 2016** (ROJ: STS 1982/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1982).

Se trata en este caso de determinar en la liquidación de gananciales la naturaleza que debe tener la existencia de un **fondo de pensiones abonado por unos de los cónyuges**.

El Tribunal en este caso procedió por interpretación de los artículos 1361 y 1355 del Código Civil a determinar la valoración que debía realizarse del plan de pensiones en la liquidación de la sociedad de gananciales seguida en Primera Instancia por el Juzgado de Primera Instancia nº 76 de Madrid que fue objeto de Recurso de apelación 12/2016 de la sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid.

El juzgado de Primera Instancia en fecha 14 de octubre de 2015 dictó sentencia en el que entre otras disposiciones estableció que el fondo de pensiones del marido debía considerarse ganancial.

Sin embargo en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de 15 de junio de 2016 determino por contra que debía ser considerado como privativo el fondo de pensiones referenciado.

Se interpuso Recurso extraordinario por infracción procesal por entender que se había vulnerado la interpretación de los artículos 1361 y 1355 del Código Civil.

La sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia número 76 de Madrid acudió al acuerdo suscrito por ambas partes en cuyo estipulado se pactó que cuando se redactará el plan de pensiones el demandado se repartiría por mitad. Por tanto, fue incluido en el inventario como bien ganancial.

Sin embargo el demandado al formular Recurso de apelación en relación a dicho acuerdo entendió que el fondo de pensiones de la esposa se había rescatado y estaba en gananciales. El fondo de pensiones de Don XXX cuando se rescate, se repar-

tirá a partes iguales. Por tanto, el apartado transcrito al emplear el término “fondo de pensiones”, haría referencia aquellas cantidades que se aportaban para dar cumplimiento a un plan de pensiones. El fondo del objeto de debate del que es beneficiario el demandado, fue constituido por una empresa de forma que las aportaciones a este fondo las realizaba exclusivamente la empresa.

Entendiendo por tanto que la interpretación que habría realizado el Juzgado de Primera instancia era referido al fondo de pensiones del marido y no al constituido a favor de la empresa.

A continuación, nos referimos a la sentencia del **STS de 20 de septiembre de 2019** (ROJ: STS 2915/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2915) que debate y resuelve la inclusión en el pasivo de la liquidación de gananciales del importe de la **indemnización por incapacidad permanente absoluta del marido**.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación presentado por la esposa contra la sentencia del juzgado de Primera Instancia dejando sin efecto la inclusión en el pasivo del inventario del crédito señalado por el marido que se expulsa excluye del inventario.

En el procedimiento de liquidación de gananciales subsistente al divorcio de los cónyuges se suscita discrepancia sobre si el esposo asegurado por un **seguro de amortización del préstamo hipotecario** para el caso de invalidez permanente absoluta es titular de un crédito contra la sociedad de gananciales por el importe del préstamo amortizado como consecuencia de la declaración de su invalidez.

El juzgado entendió que la indemnización era privativa y declaro que en el pasivo de la sociedad debería incluirse un crédito a favor del esposo por el importe de la indemnización.

La Audiencia como hemos expuesto revocó este pronunciamiento en el sentido expuesto.

Se considera infringido el artículo 1346.5 y 1346.6 del Código Civil cuando establece que los planes de pensiones y seguros, la pensión o el capital, son bienes privativos, por tratarse de derechos patrimoniales en transmisibles.

Así el recurrente argumenta que conforme al artículo 1364 del Código Civil procedería el reembolso a favor de un cónyuge cuando empleas bienes privativos para pagar deudas que son de cargo de la sociedad.

Por último, que la declaración de incapacidad laboral se produjo cuando los cónyuges estaban separados de hecho y habían firmado un convenio regulador, no homologado, por lo que la Sociedad de gananciales estaba ya extinguida y la indemnización sólo podía ser privativa.

En este caso estamos ante un pago efectuado por la aseguradora a la entidad prestamista, que es la beneficiario del seguro, aunque ellos sea por haberse producido el reconocimiento de la incapacidad del esposo asegurado.

La peculiaridad del presente caso deriva de la naturaleza del seguro concertado, un seguro de amortización del préstamo. En virtud de este seguro lo que realmente se estaba asegurando era para la

imposibilidad de obtener ingresos para amortizar el préstamo.

De este modo, la entidad prestamista, al ser designada como beneficiaria, refuerza su garantía en el pago del crédito y los prestatarios se liberaban de pagar en la cantidad asegurada si concurría el evento asegurado. Por tanto no estamos ante una indemnización privativa cobrada por un cónyuge, sino ante el pago efectuado como consecuencia de un seguro concertado para precisamente amortizar una deuda de la sociedad de gananciales.

Y por último la **STS Pleno Sala Primera, de 27 de mayo de 2019** (Roj: STS 1591/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1591) determina el **carácter ganancial de un bien según conste por voluntad expresa o presunta de los cónyuges**.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Getafe en la liquidación de la sociedad de gananciales solicitado por Don XXX y existiendo discrepancia en el porcentaje de ganancialidad de los tres inmuebles que constaba en el hecho segundo de la demanda decidió por sentencia lo siguiente:

No han quedado acreditadas las pretensiones de la demandada, ni acredita que fuera de otra titularidad de la de la actora la cantidad utilizada por el demandante para la adquisición del bien. No se acreditan las alegadas reformas que, de haber tenido relevancia, no hubieran dejado de estar reflejados documentalmente, y las revalorizaciones de los inmuebles, ni tampoco de las alegadas aportaciones a la demandada por su parte, sí que pueden considerarse acreditadas por las testificales obras de reforma que se alegan importantes.

La Audiencia Provincial de Madrid en resolución dictada en fecha 1 de septiembre de 2016 por la sección 24 estimó el Recurso de Apelación por entender que no era aplicable al supuesto el artículo 1357 y 1354 de dicho código Civil.

No es por lo tanto condominio entre la sociedad de gananciales y por el cónyuge que aporta dinero de carácter privativo y ello debido a que los bienes objetos del presente litigio, fueron comprados constante la sociedad de gananciales y el matrimonio con carácter ganancial y sí que tenga virtualidad alguna que se aportará dinero privativo por parte del cónyuge demandante, pues este por voluntad expresa les dio tal carácter, sin declaración expresa de carácter privativo por aportación dineraria sin reserva alguna sino de aplicación en este caso del artículo 1355 del código civil.

El Tribunal Supremo considera que cuando uno de los cónyuges adquiere un bien con su dinero privativo, aunque claro que irá para la sociedad, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia de acuerdo en atención al artículo 1255 del código civil.

Así cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos o con dinero en parte privativo y en parte ganancial, la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición según dispone el artículo 1258 del código civil.

05

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL AÑO 2019 Y DICIEMBRE 2018 EN MATERIA DE FAMILIA

I. PATRIA POTESTAD

1 PATRIA POTESTAD

1.1 Privación de la patria potestad

STS de 23 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1661/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1661)

Materia: Privación de patria potestad. Graves y reiterados incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hijo y con dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, sin causa justificada.

«Tras esta concienzuda y meticulosa motivación sobre los hechos que la sentencia recurrida considera que justifican la pérdida por el padre de la patria potestad del menor, así como de la valoración del

interés del menor en que así sea, se ha de convenir en la calificación de graves y reiterados de los incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hijo, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que el menor contaba muy poca edad.

Las circunstancias económicas del recurrente podrían justificar no pagar la pensión alimenticia fijada a favor del menor, en la cuantía señalada, pero nunca no pagar nada, con desatención total de su obligación.

Todo ello ha provocado que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjui-

cio de las previsiones que fuesen posibles de futuro, conforme a derecho.

Consecuencia de lo razonable es que el recurso no puede estimarse, al no vulnerar la sentencia recurrida la doctrina de la sala». Se desestima el recurso de casación.

STS de 1 de octubre de 2019 (ROJ: STS 2974/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2974)

Materia: Modificación de medidas. Pérdida de la patria potestad.

«Un caso similar al presente fue el enjuiciado en la sentencia n.º 621/2015, de 9 de noviembre, y en ella se reconocía cómo unos incumplimientos tan graves de las obligaciones paterno-filiales afectaba la relación paterno filial de manera seria, y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente.

No tendría sentido, por ir en contra del interés de la menor, que quien se ha desentendido gravemente de ella, tanto en lo afectivo como en lo patrimonial, conserve, potencialmente, facultades de decisión sobre ella derivadas de la patria potestad.

Ello no impide (STS 5 de marzo de 1998) que en el futuro, y en beneficio de la hija, si el recurrente cumple lo declarado y prometido, los Tribunales puedan acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieran cesado las causas que motivaron la privación (art. 170, párrafo segundo, CC).

Tampoco impide la decisión acordada que el recurrente pueda relacionarse con su hija en los términos del art. 160 del CC, si así se solicita y se considerase procedente en el futuro». Se desestima el recurso de casación.

II. CUSTODIA

2 CUSTODIA

2.1 Necesidad de motivar la modificación del régimen de custodia

STS de 27 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2952/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2952)

Materia: Recurso extraordinario por infracción procesal. Anulación de la sentencia por falta de motivación.

«La motivación de la sentencia recurrida habría de consistir en la crítica de la motivación extensa y pormenorizada de la sentencia de primera instancia, en orden a la guarda y custodia de la menor.

Lejos de ello, revoca la sentencia objeto del recurso de apelación sin desmontar sus argumentos, y acudiendo, como ratio decidendi, a un dato totalmente erróneo como es la edad de la menor:

3.- La motivación exigía, para revocar, una cuidada y precisa argumentación, y no solo carece de ella, sino que el dato esencial que retiene, y en el que se funda, es erróneo.

Es preciso que en estos procedimientos el canon de razonabilidad, quede reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del art. 39 CE, y en este sentido afirma la STC 138/2014, de 8 de septiembre: «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio de interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos».

4.- Por todo ello la sentencia recurrida no alcanza en modo alguno el mínimo de motivación suficiente exigible, y genera, pues, una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva».

Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal.

2.2 Mantenimiento del status quo

STS de 26 de febrero de 2019 (Roj: STS 641/2019 - ECLI: ES:TS:2019:641)

Materia: Modificación de medidas. Custodia compartida. No se establece un sistema de guarda y custodia

compartida al no presentarse un plan contradictorio y no quedar acreditado el beneficio para los menores.

«Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio «cierto» de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores.

En el procedimiento analizado, se rechaza el cambio del sistema de custodia por la Audiencia Provincial, al no aportarse un plan contradictorio, al no concretarse que el cambio vaya a beneficiar a los menores y que viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas, acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres.

Estos argumentos son suficientes y desarrollados con la conveniente ponderación, como para rechazar el recurso planteado (aún teniendo en cuenta la prueba propuesta), a lo que debe añadirse que la ausencia de informe psicosocial y la no exploración de los menores (rechazados por el juzgado), sustrae una información valiosa y necesaria en orden a sopesar el interés de los menores, ausencia de elementos de juicio que desaconsejan el cambio del sistema de custodia (arts. 90.3, 92 y 68 del C. Civil, en relación con el art. 39.2 de la Constitución y art. 2 de la LO 1/1996)».

STS de 26 de febrero de 2019 (Roj: STS 647/2019 - ECLI: ES:TS:2019:647)

Materia: Derecho de familia. Convenio sobre guarda y custodia monoparental y su posterior modificación a guarda y custodia compartida.

«[...] la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto. (STS 346/2016, de 24 de mayo). El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

Como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril, de mantenerlo así la sentencia recurrida «petrifica la situación del menor; de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cual sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre».

2.- *En aplicación de la anterior doctrina, procede estimar el recurso de casación en sus dos motivos, por contradecir la sentencia recurrida dicha doctrina, con argumentos y citas jurisprudenciales ya superadas. A la fecha en que se dicta la sentencia recurrida (9 de abril de 2018) ya existían las sentencias de la sala que se han citado; por lo que si se hubiese acudido a ellas, y en estrecha relación con los argumentos de la sentencia de la primera instancia, la*

confirmación de ésta no ofrecía problema, evitándose a la parte un recurso con resultado previsible».

STS de 5 de abril de 2019 (Roj: STS 1363/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1363

Materia: *Derecho de familia. Modificación de medidas. Cambio de circunstancias. Custodia compartida. Vivienda familiar.*

“Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, exige un cambio “cierto” de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (artº 91 del C.Civil).

En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable. En este sentido, se ha de casar la sentencia recurrida al no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre cambio de medidas [...]

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado: «[...] que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis,

siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (STS 25 de abril 2014) [...] La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial.”

2.3 Importancia de informe psicosocial STS de 17 de enero de 2019 (Roj: STS 48/2019 - ECLI: ES:TS:2019:48)

Materia: Custodia materna. Modificación de medidas adoptadas en convenio regulador. No consta un cambio cierto de las circunstancias.

«Esta sala en sentencias de 12 y 13 de abril de 2016, ha declarado la necesidad de un **cambio «cierto» de las circunstancias**, para posibilitar una modificación de las medidas acordadas en un previo procedimiento judicial, insistiendo en lo que el propio art. 90.3 del C. Civil, en su nueva redacción establece, es decir, se prioriza el interés del menor.

En la sentencia recurrida, se refieren los hitos temporales de la crisis conyugal, antes transcritos, deduciendo que no se acredita un cambio de circunstancias que aconseje el cambio de custodia al sistema de custodia compartida, cuando previamente los progenitores en el correspondiente convenio regulador habían pactado que la madre ejercería la custodia, sistema que se ha desarrollado con normalidad, por lo que no resulta aconsejable su modificación, especialmente dado el informe psicosocial (art. 90.3 C. Civil).

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

Esta sala, no hallando discrepancia entre lo acordado, la normativa legal, la doctrina jurisprudencial y el interés de la menor, resuelve que procede desestimar el recurso de casación interpuesto, dado que con el sistema actual se ampara la protección de la familia y de la menor, especialmente teniendo en cuenta el informe psicosocial cuando evidencia signos de malestar emocional en la menor (art. 39 de la Constitución)»

STS de 18 de julio de 2019 (ROJ: STS 2564/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2564)

Materia: Custodia compartida. Se desestima. Intereses de los menores

«Esta sala en numerosas sentencias ha establecido que la custodia compartida es el sistema prioritario, para custodia de menores, tras los procedimientos de ruptura conyugal o de pareja. (sentencia de 25 de abril de 2014 y sentencia 215/2019, de 5 de abril, entre otras).

En la sentencia recurrida, se llega a la solución contraria, en interés de los menores, valorando el informe psicosocial y la dinámica precedente de los progenitores con respecto a los hijos. [...]

Por lo expuesto, de acuerdo con el art. 92 del C. Civil, debemos declarar que en la sentencia recurrida se expresan con detalle los argumentos que propician la denegación de la custodia compartida, no pudiendo apreciarse una desviación jurisprudencial, sino una resolución del conflicto conforme a los intereses en juego y primando el interés superior de los menores, por lo que procede la desestimación del recurso de casación».

Se desestima el recurso de casación

2.4 Modificación de circunstancias, pese a que los tiempos de estancia de la convivencia monoparental y custodia compartida sean similares

STS de 24 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2832/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2832)

Materia: Modificación de medidas. Concurren circunstancias modificativas. Se acoge el régimen de custodia compartida, pese a ser el tiempo de estancia menor prácticamente el mismo con los dos progenitores y no ampliar la convivencia.

«De los hechos acreditados y no controvertidos, consta que el tiempo de estancia de la menor es prácticamente el mismo con los dos progenitores, adoptado de común acuerdo, por lo que la adopción del sistema de custodia compartida no ampliaría prácticamente la convivencia de la menor con los mismos, por lo que su interés no quedaría afectado y la pretendida falta de

comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en las estancias de la menor (sentencia 658/2015, 17 de noviembre).

Por otro lado, la menor cuando se divorciaron los padres tenía dos años y cuando se solicita esta modificación de circunstancias, la menor tenía 10 años (hoy 12 años), constando igualmente un cambio jurisprudencial propiciado por el rumbo de doctrina constitucional y de este Tribunal Supremo (sentencias 564/2017, de 17 de octubre y 390/2015, de 26 de junio), todo lo cual es una alteración significativa de las circunstancias, y entre la alegadas se valora fundamentalmente, que el sistema que opera desde la sentencia de divorcio, es prácticamente el mismo, con la variante de que las aportaciones económicas de los progenitores, serán ahora las mismas, siendo ello lo más razonable dada la similitud de profesiones y emolumentos (arts. 90 y 92 del C. Civil)». Se estima el recurso de casación.

2.5 Interés del menor

STS de 5 de abril de 2019 (Roj: STS 1411/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1411)

Materia: Modificación de medidas. No es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto y beneficie el interés del menor.

«[...] no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor.

3.- Basta con la lectura de la sentencia recurrida para apreciar que se desliga totalmente del interés de la menor, sin analizar el informe emitido por el

equipo psico-social, como sí lleva a cabo la sentencia de primera instancia.

Este informe, minucioso y detallado, fruto de una metodología concienzuda se detiene en la enfermedad de su madre de naturaleza psíquica así como en la de la abuela materna, también psíquica aunque de menor entidad, así como en el rol del abuelo paterno.

A continuación analiza la figura del padre y de su entorno, destacando la figura de la abuela paterna.

Tras este estudio concluye en los términos que recoge la sentencia de primera instancia, en la que no se hace un reproche peyorativo de la madre, sino que el acento se pone en la enfermedad que padece, proyectada al interés de la menor».

STS de 25 de noviembre de 2019 (Sentencia 637/2019, Recurso de casación nº 739/2019)

Materia: Modificación de medidas. Cambio del régimen de custodia de uno de los progenitores a custodia compartida. Apreciación del cambio de circunstancias.

«El motivo ha de ser estimado en tanto que efectivamente la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el interés de las menores en el concreto momento en que se solicita la modificación de medidas, habiéndose limitado a constatar que no se aprecia cambio de circunstancias que pueda fundamentar dicha modificación desde la custodia exclusiva a la compartida por ambos progenitores.

Pues bien, el cambio de circunstancias queda manifiesto en tanto que la madre ha trasladado su residencia a más de cuatro kilómetros de distancia de donde ante-

riormente residía con las niñas, éstas tienen ya tres años más que en la fecha de la sentencia de divorcio e incluso, como pone de manifiesto la sentencia de primera instancia -remitiéndose al informe pericial- la figura de referencia de las menores es la abuela paterna.

Son circunstancias -no tenidas en cuenta por la sentencia recurrida- que invitan a considerar la conveniencia de un cambio de régimen hacia la custodia compartida, no apreciándose inconveniente alguno para su adopción teniendo en cuenta primordialmente el beneficio para las menores.

A este respecto, no sólo las sentencias citadas por la parte recurrente, sino también otras muchas dictadas con posterioridad, y que constituyen un cuerpo unitario de doctrina, abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello [...]

En definitiva, por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, que se dan por reproducidas, se estima conveniente la instauración del sistema de custodia compartida respecto de las menores en la forma ya establecida por dicha sentencia, casando la sentencia recurrida en cuanto no se ha ajustado a la interpretación que del artículo 92 CC ha venido haciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta sala en relación con el principio de defensa del interés del menor». Se estima recurso de casación.

2.6 Períodos no homogéneos

STS de 17 de enero de 2019 (Roj: STS 50/2019 - ECLI: ES:TS:2019:50)

Materia: Derecho de familia. Custodia compartida. En las sentencias de instancia y apelación se acor-

dó custodia compartida con el siguiente reparto de tiempo:

«Los menores estarán con el padre los siguientes períodos: “a) Fines de semana alternos desde la salida del colegio (o 16 horas si no es lectivo) hasta el domingo a las 20:00 horas. “Igualmente estarán con el padre martes y jueves desde la salida del colegio (o 16 horas si es no lectivo), hasta las 20:00 horas. Pernoctarán con el padre y los reintegrará al colegio el día siguiente, el jueves anterior y el martes posterior al fin de semana que le corresponda a la madre. “b) En los períodos vacacionales los menores estarán con cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares. A tal fin se establecen los siguientes periodos. “- Semana Santa y semana blanca: primer período desde el último día lectivo a las 18 horas hasta el miércoles siguiente a las 10 horas. Segundo período desde dicho miércoles a las 10 horas hasta el domingo siguiente a las 20 horas. “- Navidad: primer período desde el último día lectivo a las 18 horas hasta el día 30 de diciembre a las 18 horas. Segundo período desde las 18 horas del día 30 hasta el día 6 de enero a las 18 horas. “- Verano: La mitad de las vacaciones estivales en quincenas (salvo el último período en su caso) desde el día siguiente a la finalización el curso escolar a las 18 horas hasta el día antes del inicio del curso a las 18 horas. Hasta que los menores cumplan diez años, el progenitor que no tenga consigo a los menores durante las quincenas de verano podrá tener a los de esa edad en su compañía el día intermedio de tales quincenas desde las 12 a las 20 horas. “Los años pares corresponderá al padre el primer período y los impares a la madre y así alternativamente. Los menores se recogerán por el progenitor a quien correspondan en el domi-

cilio donde se encuentren los menores. “El resto del tiempo estarán con la madre.”

Y se razonó que:

“En la sentencia recurrida se confirma el sistema de custodia compartida, ya asumido por el juzgado de familia, alegando el recurrente que el reparto de día se efectúe equitativamente. Esta sala debe declarar que los repartos de tiempo se efectúan en la sentencia recurrida confirmando los del juzgado, que a su vez respetó en lo esencial la práctica que los padres aceptaban con anterioridad a la demanda de divorcio, acuerdos que el juzgado plasmó en el auto de medidas provisionales. Por tanto, en la sentencia recurrida se vienen a respetar las costumbres que las partes aceptaron, si bien ahora el padre no está de acuerdo con ellas [...] A la vista de esta doctrina jurisprudencial debemos reconocer que el tribunal de apelación ha respetado la esencia de la custodia compartida, ajustándola al régimen laboral de los progenitores, a las guardias del padre, a lo pactado y a que ha sido un sistema que se ha desarrollado con normalidad y que de acuerdo con el informe psicosocial ha influido positivamente en los menores”

En las sentencias de instancia y apelación se fijó una pensión de alimentos de 550 euros a cargo del padre y que *“La madre abonará los gastos, no estrictamente alimentarios de los menores. Cada progenitor abonará los gastos de alimentación de los menores durante el tiempo que estén con él. Los gastos extraordinarios que genere el menor tales como médicos no cubiertos por la Seguridad Social, profesores de apoyo y similares serán abonados por mitad entre los padres”* y en la sentencia en casación se indicó:

“La sala de apelación ha respetado los arts. 145, 146, 151 del C. Civil y concordantes, dado que ha tenido en cuenta los salarios de los progenitores, los tiempos

de estancia y que el juzgado atribuyó a la madre los gastos que no fueran estrictamente alimentarios.”

III. VISITAS

3 VISITAS

3.1 Abuelos

STS de 5 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3612/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3612)

Materia: Derecho de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos. Interés superior de los menores en el caso concreto.

«Se viene a reiterar la anterior doctrina en la sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero, y en la núm. 532/2018, de 27 de septiembre.

En esta última la sala abordó un supuesto similar al presente, por lo que a relaciones ente abuela y progenitores de los menores se refiere.

Decía que «a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente

para no señalar régimen de visitas alguno. Ahora bien, de una forma sorprendente mantiene este régimen de vistas. Ciertamente lo hace de una forma restringida, como lo hizo el juzgado, en un punto de encuentro, lo que tampoco es conveniente en interés de las menores.

»Y es que, si bien es cierto, y así lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, que el interés de los menores se ha de salvaguardar en todo caso, también lo es que no pueden relativizarse las relaciones existentes entre los dos grupos de adultos y que la justa causa para negar las comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos viene condicionada no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etc., sino por la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo (la mayor desde los cuatro años; la pequeña no les conoce) y, especialmente, por el riesgo que para las niñas va a suponer estas las vistas, por muy restrictivas que sean, y por la evidente influencia sobre las nietas de animadversión hacia la persona de sus padres, que la sentencia deduce de comportamiento tan anómalo y reprochable de los abuelos con su hijo y nuera, que no han asumido verdaderamente su papel de abuelos desde que dejaron de relacionarse con sus nietas, con el irreversible efecto que el transcurso

del tiempo ha ocasionado en el desarrollo de la vida familiar desde que cesaron estas comunicaciones, salvo que se reconduzca la situación».

Bien es cierto que la edad de la menor no es la misma, pero también que se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca.

De ahí, que la propuesta de la juzgadora de primera instancia proteja mejor el interés de la menor, y deba estimarse el recurso, como interesa el Ministerio Fiscal».

Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

STS de 25 de noviembre de 2019 (Sentencia 638/2019, Recurso de Casación nº 1487/2019)

Materia: Derecho de visita de los abuelos. Justa causa para su denegación dada la mala relación entre el abuelo solicitante y los progenitores.

«Esta sala, en reciente sentencia núm. 581/2019, de 23 de octubre, en supuesto similar al presente, casó la dictada en segunda instancia -en cuanto reconocía a favor de la abuela un derecho de visitas- atendiendo a que el interés del menor tiene carácter prevalente, tal como se expresa en las sentencias citadas por la parte recurrente; a lo que cabe añadir que no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón

de que se les introduce en el conflicto entre los mayores para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor». Se estima el recurso de casación.

3.2 Derecho de visitas a quien figuraba como padre durante años, tras impugnación de filiación

STS de 1 de marzo de 2019 (Roj: STS 653/2019 - ECLI: ES:TS:2019:653)

Materia: Modificación de medidas: tras la impugnación de la paternidad, con reclamación de la de un tercero, la sentencia de apelación establece un régimen de visitas y comunicación de la menor con quien durante tres años constaba como su padre.

«1.- Cuando se plantea como cuestión a decidir el régimen de visitas y comunicaciones de menores de edad, no solo se plantea la relación, en caso de custodia monoparental, entre el progenitor no custodio y los hijos sometidos a potestad, sino también, aunque sean más excepcionales, las que reconoce el Código Civil en el art. 160, tras la reforma por la Ley 26/2015, respecto de abuelos, entre hermanos y otros parientes y allegados, siendo éstos últimos los que ocupan el centro del debate de los presentes recursos.

2.- Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio favor filii o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor. Este interés, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma

de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

3.-Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor; tiene sentado la sala (sentencia de 23 de julio de 2018, sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores) que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada.

Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación.

4.- Corolario de lo expuesto es que no procede admitir el recurso de casación, que en esta fase procesal supone su desestimación. Y no procede, porque la sentencia recurrida, en un estudio fáctico y jurídico de la cuestión sometida a su decisión, perfectamente ordenado y claro, ha ponderado el interés de la menor en una situación singular, pero que cada vez se va abriendo paso con más frecuencia al socaire de las nuevas realidades sociales relacionadas con el derecho de familia».

IV. USO DE LA VIVIENDA

4 USO DE LA VIVIENDA

4.1 Atribución de la vivienda hijos menores hasta la mayoría de edad y padres con medios económicos similares y préstamo hipotecario de larga duración.

STS de 23 de mayo de 2019 (Roj: STS 1660/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1660)

Materia: Vivienda familiar. Asignación a los hijos menores, hasta la mayoría de edad. Carga hipotecaria de larga duración. Se casa la sentencia que establecía el uso por los menores y madre, sólo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

«En la sentencia recurrida se atribuye el uso de la vivienda a los menores y madre, sólo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, pese a que es la madre la que ostenta la custodia.

La sentencia recurrida se basa en que la atribución de la vivienda familiar; no era necesaria, por tener los menores atendidas sus necesidades por otros medios.

La sentencia recurrida se basa en la siguiente sentencia de esta sala:

- Sentencia 726/2013, de 19 de noviembre. En esta no se atribuye la vivienda familiar en exclusiva, dado que se encontraba en Sevilla, mientras que los progenitores desarrollaban sus trabajos en Madrid y Barcelona, siendo residual la de Sevilla.

A la vista de esta sentencia 726/2013, se puede apreciar que el supuesto de hecho que analiza y su fundamentación jurídica no coincide con el caso analizado, por lo que no puede considerarse precedente jurisprudencial aplicable, dado que en el presente caso ambos tienen la residencia en la misma ciudad, él percibe un salario de 2.100 euros (deducidos los gastos hipotecarios) y ella de 3.000 euros, coincidiendo ambos casos en un préstamo hipotecario de larga duración.

Se alega por la recurrente que «posee un porcentaje cuantitativamente muy superior sobre la vivienda familiar cuyo uso se discute (un 61% sobre el 39% del otro progenitor)...». A ello contesta el recurrido que «En el presente caso Dña. L es propietaria del 61% del inmueble...».

Ante ello debemos declarar que las circunstancias concurrentes no aconsejan la matización del art. 96 del C. Civil, dado que:

1. Los ingresos y titulaciones académicas son semejantes.

2. No consta que la venta de la vivienda familiar fuese beneficiosa para los intereses de los menores, que por su número constituyen familia numerosa.

3. La existencia de una carga hipotecaria de larga duración no es causa justificada, por sí sola, para variar el régimen legal de asignación de la vivienda familiar (art. 96 del C. Civil), dado que ello se ha tenido en cuenta en la fijación de alimentos, valorando proporcionalmente ingresos y gastos.

4. No se discute la naturaleza familiar de la vivienda, ni que los menores tengan disponibilidad sobre otra vivienda, supuestos analizados en sentencias 282/2015, de 18 de mayo, y 646/2017, de 27 de noviembre».

Se estima el recurso de casación.

4.2 Extinción por contraer nuevo matrimonio STS de 16 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3309/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3309)

Materia: Modificación de medidas. Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. Extinción por contraer nuevo matrimonio y pasar a residir en el domicilio del actual esposo.

«El artículo 96 CC, párrafo 3.º, recoge un criterio de atribución del uso sobre la vivienda familiar cuando no ha de hacerse en atención a los hijos. En estos casos el juez podrá atribuir el uso al cónyuge no titular de la vivienda, si las circunstancias aconsejasen dicha atribución y su interés fuera el más necesitado de protección, solución que también parece razonable para el caso de vivienda ganancial. Aunque se suele atender a la situación económica de cada uno

de los cónyuges o a la disponibilidad de otra vivienda, también se tienen en cuenta circunstancias personales como son las referidas al estado de salud. Cuando aquél a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, es lógico que se extinga el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge cuando, a su vez, tampoco acredite un interés protegible para disfrutar de una posesión exclusiva. La vivienda ganancial puede –hasta la liquidación de la sociedad de gananciales– ser utilizada de otro modo, como es cederla a alguno de los hijos, arrendarla etc.

En este caso la demandada carece de un interés digno de especial protección a la hora de mantener a su favor la atribución de uso de la vivienda familiar, ya que ha contraído nuevo matrimonio y reside habitualmente en la vivienda de su nuevo esposo y tampoco se acredita por el demandante que concurra en él dicho interés protegible, por lo que procede la estimación de la demanda en dichos términos».

Se estima el recurso de casación.

4.3 Extinción por introducción de pareja sentimental en la vivienda atribuida como familiar STS de 29 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3489/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3489)

Materia: Modificación de medidas. Introducción de una pareja sentimental en la vivienda adjudicada como familiar. Se deja sin efecto la atribución.

«Es un hecho probado que la demandada mantiene una relación afectiva estable con una nueva pareja, que reside en el domicilio que se asignó a la hija

menor y a su madre, como custodia al aprobarse el correspondiente regulador.

Esta Sala en sentencia 641/2018, de 20 de noviembre, declaró:

«(i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza “por servir en su uso a una familia distinta y diferente”, como dice la sentencia recurrida.

»(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que *determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.*

»El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda».

En aplicación de esta doctrina, que la sala de apelación no desconocía, debemos declarar que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. Por lo expuesto, procede estimar el motivo de casación, en aplicación del art. 96.1 del C. Civil, declarando que la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla».

Se estima el recurso de casación.

4.4 Casa nido

STS de 5 de abril de 2019 (Roj: STS 1363/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1363

Materia: *Derecho de familia. Modificación de medidas. Cambio de circunstancias. Custodia compartida. Vivienda familiar.*

“En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artº 96 del C.Civil).

A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 (Proc. 463/2015) del JPI nº 2 de Motril, excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido.

En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien”

V. ALIMENTOS

5 ALIMENTOS

5.1 Retroactividad

STS de 17 de enero de 2019 (Roj: STS 49/2019 - ECLI: ES:TS:2019:49)

Materia: Pensión de alimentos. Las modificaciones en su cuantía producen efectos desde la fecha de la resolución que las acuerda.

«Sobre la modificación de la cuantía de los alimentos en sucesivas resoluciones, y los efectos temporales de tales modificaciones, existe doctrina reiterada de esta sala reflejada, entre otras y además de las citadas en el recurso, en sentencias más recientes. La STS núm. 483/2017, de 20 de julio, en relación con los efectos de la extinción de pensión de alimentos a favor de hijo mayor, dispone: «En primer lugar, es doctrina reiterada de esta sala que “cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente» (sentencias 3 de octubre 2008; 26 de marzo 2014; 25 de octubre 2016). Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se

ponga fin al procedimiento de otro modo», y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta”, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.»[...] La aplicación de la anterior doctrina determina que, en este caso, el motivo haya de ser estimado ya que la sentencia recurrida eleva la pensión de alimentos para la menor a la cantidad de 300 euros mensuales y acuerda que el efecto de dicho incremento ha de retrotraerse al momento de interposición de la demanda (31 de julio de 2014) cuando la solución seguida por la jurisprudencia de esta sala da lugar a que el incremento tenga efecto exclusivamente desde la fecha del auto de complemento de la sentencia dictada por la Audiencia, que fue el que ha dado lugar a dicha elevación (3 de abril de 2018)».

STS de 19 de febrero de 2019 (Roj: STS 577/2019 - ECLI: ES:TS:2019:577)

Materia: Modificación de medidas. Cuando la medida acordada lo es por primera vez y, en consecuencia, no sustituye a otra, sus efectos pueden decretarse desde la fecha de la demanda que la solicita.

«[...] la propia jurisprudencia a que alude el recurso nos lleva a la solución contraria a la pretendida por la parte recurrente, ya que las sentencias que cita coinciden en señalar que «la primera resolución que fije la pensión de alimentos podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda», y en este caso es la resolución dictada por la Audiencia -recurrida- la que por primera vez impone a la demandada el pago de una pensión alimenticia, por lo que no modifica otra que viniera satisfaciendo con anterioridad. Sólo en este último caso señala la jurisprudencia de esta sala que los efectos de la modificación tendrían lugar desde el momento en que se dicta la sentencia que así lo establece.

En este sentido se ha pronunciado esta sala en las sentencias citadas por la parte recurrente y, como más reciente, en la sentencia núm. 696/2017, de 20 de diciembre. En consecuencia, es correcto hacer coincidir la obligación con la fecha de interposición de la demanda, pues ya en tal fecha se daba la situación que justifica el nacimiento de la misma a cargo de la demandada».

STS de 5 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3490/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3490)

Materia: Alimentos a hijo menor. Proporcionalidad. Ausencia de retroactividad.

«En la sentencia recurrida se aumenta la pensión de alimentos, y se determina su pago desde la interposición de la demanda, en contra de lo determinado jurisprudencialmente (sentencia 459/2018 de 18 de julio, entre otras).

Es doctrina de esta sala (sentencias de 15 de junio de 2015 y 26 de marzo de 2014) que de acuerdo con los arts. 774.5 LEC y 106 del C. Civil, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

En base a lo expuesto, al asumir la instancia esta sala, debe declarar que la cantidad de 400 euros de alimentos, deberá abonarse desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, para no incurrir en retroactividad».

Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima parcialmente el recurso de casación.

5.2 Extinción por pasividad del hijo en búsqueda de trabajo o finalización de formación académica

STS de 6 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3613/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3613)

Materia: Pensión alimenticia al amparo del art. 93.2 CC. Extinción de la pensión por pasividad de los hijos en su búsqueda de trabajo o formación académica.

«En el supuesto litigioso no ha quedado acreditada tal pasividad, pues A finalizó sus estudios universita-

rios en el año 2017 y se encuentra preparando oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de bienes muebles, y B cursa estudios universitarios de odontología.

Se encuentran, pues, en pleno periodo de formación académica y profesional, acorde con sus edades.

En tales situaciones, en la que no se acredita pasividad en la obtención de empleo o en la terminación de la formación académica, no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues la tardanza de los hijos en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad.

En la sentencia núm. 95/2019 de 14 de febrero, se le concedió al hijo el plazo de un año para continuar con la percepción de los alimentos, pero fue por entender el tribunal que era un plazo razonable para que el hijo se adaptase a su nueva situación académica, habida cuenta que su nulo rendimiento académico (pasividad) le hacía acreedor a la extinción de la pensión próximamente».

Se estima el recurso de casación.

5.3 Extinción por límite de edad

STS de 14 de febrero de 2019 (Roj: STS 379/2019 - ECLI: ES:TS:2019:379)

Materia: Alimentos de hijo mayor de edad. Extinción por falta de rendimiento académico.

«En la sentencia recurrida, como hemos razonado, se fija un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que ese es un plazo razonable para adaptarse el hijo

a su nueva situación económica habida cuenta que su nulo rendimiento académico le hace acreedor a la extinción próxima de la pensión, de acuerdo con el art. 152.5 del C. Civil».

5.4 Extinción por cese de convivencia e independencia económica. Reclamación del pago de lo indebido desde que cesó su convivencia

STS de 12 de marzo de 2019 (Roj: STS 869/2019 - ECLI: ES:TS:2019:869)

Materia: Extinción de la pensión alimenticia al amparo del art. 93.2 CC y reclamación del pago de lo indebido desde que el hijo mayor de edad, con ingresos propios, dejó de convivir con su progenitora, que era la perceptora.

«[...] las sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (sentencias 661/2015, de 2 de diciembre, y 483/2017, de 20 de julio) por seguir conviviendo con su progenitor.

5.- Sin embargo, en el caso sometido a la decisión de la sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo R goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de R, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del

arts. 93. 2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia.

Desde que el hijo R dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad.

6.- Aunque se trataba de un supuesto de pensión compensatoria, y no de pensión alimenticia, la sala en la sentencia 453/2018, de 18 de julio, negó el efecto de su extinción a la fecha de la sentencia, ya que la perceptora había ocultado al obligado la concurrencia de una causa objetiva de extinción de la pensión, cual es la convivencia marital con otra persona.

En el caso enjuiciado habían desaparecido las bases fácticas para que la recurrente tuviese legitimación para seguir percibiendo la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad, y no lo comunicó al alimentante.

Además la sentencia recurrida, como ratio decidendi concurrente y no simple argumento ex abundantia, apoya su resolución en la necesidad de no 5 consagrar «un manifiesto abuso de derecho», en el que entiende una connivencia entre madre e hijo».

STS de 10 de abril de 2019 (Roj: STS 1252/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1252)

Materia: Extinción de la pensión alimenticia de los hijos, por ser ya independientes económicamente, percibida por la madre. Inexistencia de efectos retroactivos. En el caso, efectos desde la interposición de la demanda.

«La demandada dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del art. 93.2

CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia.

Desde que desaparecieron tales condicionantes, los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor eran los hijos, por ser mayores de edad.

6.- Aunque se trataba de un supuesto de pensión compensatoria, y no de pensión alimenticia, la sala en la sentencia 453/2018, de 18 de julio, negó el efecto de su extinción a la fecha de la sentencia, ya que la perceptora había ocultado al obligado la concurrencia de una causa objetiva de extinción de la pensión, cual es la convivencia marital con otra persona.

7.- En el caso enjuiciado, con respeto a la sentencia recurrida, no podrá afirmarse que existió ocultación de la recurrente al recurrido sobre el cambio de circunstancias, pero sí existe empecinamiento, tras la formulación de la demanda, en querer mantener una legitimación para percibir la pensión de alimentos de los hijos, que había perdido.

Recientemente se pronunciaba la sala en este sentido en la sentencia 147/2019, de 12 de marzo.

Por tanto, procede la desestimación del recurso de casación»

5.5 Extinción por falta de relación del hijo con el progenitor

STS de 19 de febrero de 2019 (Roj: STS 502/2019 - ECLI: ES:TS:2019:502)

Materia: Derecho de familia. Extinción de la pensión alimenticia de un progenitor para con los hijos, por ausencia continuada de éstos hacia aquél.

Necesidad de ausencia continuada de relación de éstos hacia aquel, relevante, intensa e imputable solo a los alimentistas.

«Si se aplica la doctrina expuesta a las sentencias de las instancias, pues, aunque la recurrida es la de la audiencia, lo cierto es que ésta remite a la de primera instancia en lo fáctico y en lo jurídico, hemos de hacer dos consideraciones:

(i) No se comparte, por lo ya expuesto, que se afirme «abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de ésta».

Por el contrario, mantenemos que sí es relevante, pues para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos.

(ii) Este carácter principal y relevante, de intensidad, no lo da por probado la propia sentencia, pues recoge que «puede» ser imputable a los alimentistas, esto es, categóricamente no lo tiene claro, y añade «sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades».

Se colige de esto último que esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa, a que hemos hecho mención.

Si la interpretación, según lo ya reiterado, ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, no puede apreciar-

se que concurra causa de extinción de la pensión alimenticia»

5.6 Pensión de alimentos y concurso de acreedores

STS del Pleno de 13 de febrero de 2019 (Roj: STS 360/2019 - ECLI: ES:TS:2019:360)

Materia: Acuerdo extrajudicial de pagos y alimentos a favor de los hijos del deudor. El acuerdo extrajudicial de pagos no puede novar el contenido de la obligación de pago de alimentos del deudor a sus hijos. El acuerdo no puede afectar a los créditos por alimentos que se devenguen después de la solicitud, pero sí a los créditos por alimentos ya devengados antes de dicha solicitud.

«En el concurso de acreedores, el art. 47.2 LC, tal y como lo hemos interpretado, otorga un instrumento al juez para, en su caso, evitar que la aplicación de las reseñadas reglas concursales pueda amparar abusos o situaciones objetivamente injustas. El juez podrá determinar qué parte de los créditos por alimentos deberían necesariamente ser abonados con cargo a la masa y, por lo tanto, preservarla de los efectos novatorios del convenio.

Aunque este precepto se prevé para el concurso de acreedores, no existe inconveniente en que el juez encargado de aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos pueda, para evitar un eventual abuso, excluir una parte del crédito por los alimentos del convenio para que fuera pagado con cargo a la masa.

7. De este modo, el acuerdo de extrajudicial de pagos en ningún caso puede modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente

en un procedimiento de familia. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa.

Por lo que, en nuestro caso, la quita del 25% y la espera de 48 meses convenidas podrían afectar, si existiesen, a los créditos por alimentos que el deudor Sr. G adeudaba antes de que presentara la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, pero en ningún caso a los devengados con posterioridad a la solicitud. Y, en todo caso, el acuerdo no puede contener una modificación de la obligación de alimentos a favor de los hijos. Para modificar esta obligación habría que acudir al específico procedimiento de modificación de medidas, ante el juez de familia competente».

DOCTRINA DEL PLENO

“el acuerdo de extrajudicial de pagos en ningún caso puede modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa... Y, en todo caso, el acuerdo no puede contener una modificación de la obligación de alimentos a favor de los hijos. Para modificar esta obligación habría que acudir al específico procedimiento de modificación de medidas, ante el juez de familia competente».

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

6 PENSIÓN COMPENSATORIA

6.1 Temporalidad. Juicio prospectivo

STS de 11 de diciembre de 2018 (Roj: STS 4238/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4238)

Materia: Divorcio. Pensión compensatoria. Límite temporal.

«La razón de ello es que la audiencia ha llevado a cabo un juicio prospectivo con falta de certidumbre, o con índices de probabilidad cuya relevancia para la supresión del desequilibrio no constan, y menos que acaezcan en cinco años:

- (i) *Que vaya a tener una fuente de ingresos mediante la tramitación de una pensión por invalidez es probable, pero sin prueba documental que le dé suficiente certidumbre, ni, en su caso, sobre su cuantía, a fin de ponderar la superación del desequilibrio. Si pudiendo tramitarla la recurrente adoptase una postura pasiva y poco diligente, el obligado podrá reaccionar para que la conducta de aquella tenga reflejo en la pensión.*
- (ii) *Que su fuente de ingresos se incremente por atender en el domicilio al padre y hermano del obligado, no es ni futurismo ni adivinación sino un milagro, si se tiene en cuenta que las pensiones que perciben estos son de*

subsistencia y uno de ellos por padecer una discapacidad.

- (iii) *Finalmente, y respecto a la liquidación de la sociedad legal de gananciales y las correspondientes adjudicaciones, sí que carece de la necesaria certidumbre, pues se ignora qué va a percibir y frutos que pueda obtener. Datos todos ellos precisos para ponderar esa nueva situación e inferir la superación del desequilibrio [...]*

De todo ello se infiere que se carece de datos, suficientemente fiables, para aventurar la superación del desequilibrio, y, en su caso, en cuanto tiempo; por lo que es más prudente no establecerlo». Se estima el recurso de casación.

STS de 7 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3615/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3615)

Materia: Divorcio contencioso. Pensión compensatoria. Temporalidad. Atribución del derecho de uso de plaza de garaje.

«No se discute que es posible un límite temporal, sino si en el caso concreto la sentencia recurrida se ajusta a los criterios que pueden servir de pauta a tal fin [...]

La aplicación de esta doctrina al caso determina la casación de la sentencia, por cuanto no ha valorado adecuadamente la situación de hecho a la hora de decidir sobre el carácter temporal de la pensión. No basta con que la esposa terminara sus estudios universitarios de derecho en 2006, años después de casada (el matrimonio se contrajo en 1992), ni que esté colegiada, pues lo cierto es que durante los veinticinco años de matrimonio no ha ejercido profesión y solo consta un breve período de empleo en la empresa de su familia hace ya algunos años (en 2001 y 2002, el cese se produce coincidiendo con el fallecimiento de su padre).

El hecho de que la esposa haya acompañado a su marido en sus destinos, y la dedicación a una familia con tres hijos, uno de ellos con discapacidad desde su nacimiento, aunque haya contado con ayuda externa, es buena explicación de su falta de acceso al mercado laboral, que no queda garantizada en el futuro con facilidad, pese a sus estudios, en atención a su edad (nació en 1965) y a su falta de experiencia laboral, por mucho que su hermano sea titular de una empresa en la que en el pasado estuvo temporalmente contratada [...]

En atención a lo razonado ha lugar a estimar el recurso y debe casarse la sentencia recurrida, en el sentido de que la compensación fijada a favor de la recurrente sea con carácter indefinido y sin limitación temporal [...]

No se discute aquí sobre la atribución del uso de una plaza de garaje que es anejo de la vivienda familiar (que ha sido atribuida temporalmente a D.^a M), sino

la atribución a D. J, hasta que se liquiden los gananciales, del uso de una plaza de garaje que se encuentra en otro edificio.

El motivo debe ser estimado de acuerdo con la doctrina de esta sala. Las sentencias 284/2012, de 9 de mayo, y 129/2016, de 3 de marzo, sentaron como doctrina la de que, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

Esta doctrina toma en consideración que los arts. 91 CC y 774.4 LEC, al referirse a la sentencia de divorcio, contemplan únicamente la atribución del uso de la vivienda familiar conforme a los criterios del art. 96 CC.

Por ello, el uso de los demás bienes está en función del régimen económico matrimonial y, si no se ha hecho uso del cauce previsto en el art. 103.4.º CC, que permite previo inventario establecer reglas de administración sobre los bienes, hasta que se liquide el régimen de gananciales, a falta de acuerdo, habrá que estar a lo que se decida sobre la administración y disposición de los bienes comunes en el correspondiente procedimiento judicial».

Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

6.2 Fijación con carácter indefinido. Juicio prospectivo

STS de 18 de julio de 2019 (ROJ: STS 2563/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2563)

Materia: Pensión compensatoria. Fijación con carácter indefinido. Doctrina jurisprudencial sobre los elementos a considerar en un juicio prospectivo sobre la posible superación del desequilibrio causado con el divorcio.

«La sentencia de esta sala núm. 128/2017, de 24 de febrero, que cita y aporta la recurrente dice lo siguiente:

«Esta sala ha declarado sobre la duración de la pensión compensatoria en sentencia 304/2016 de 11 de mayo: «Una vez expuesto que la fijación de un límite temporal es posible, tanto legal como jurisprudencialmente, la cuestión se contrae a la determinación de los criterios que deben servir de pauta a tal fin. Según la doctrina que recoge las sentencias antes citadas «el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio

de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012) entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre ».

En el caso allí enjuiciado, la sentencia dice que

«el juicio prospectivo a que se ha hecho mención, se ha de concluir que el de la sentencia recurrida no se muestra lógico y racional. Si se tiene en cuenta la edad de la recurrente (56 años al momento de presentar la demanda), que su matrimonio ha durado más de 30 años, que durante ese tiempo ha sido ella quien 10 de forma principal se ha ocupado del cuidado de la familia e hijos habidos en el matrimonio, que sólo ha trabajado esporádicamente en el negocio del marido y que como único ingreso tiene 425 euros mensuales, durante dos años, correspondientes por ayuda como víctima de violencia de género, la conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes (sentencia 304/2016, antes referida) ».

La doctrina sentada en la anterior sentencia, de la que participan igualmente otras, entre las que se cuentan las citadas por la recurrente núm. 407/2018, de 29 junio, y 345/2016, de 24 mayo, como fundamento del interés casacional, sienta unos criterios que no son los seguidos por la sentencia recurrida en relación con el carácter indefinido o temporal de la pensión por desequilibrio económico, en circunstancias similares a la presente, debiendo tenerse muy en cuenta que en este caso el matrimonio se contrajo en 1990 y la demanda de divorcio se plantea en 2008, habiendo nacido dos hijos en 1992 y 2002 a cuyo cuidado se ha aplicado en todo momento la esposa».

Se estima el recurso de casación.

6.3 Existencia de desequilibrio por dedicación a la familia los primeros años del matrimonio

STS de 25 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2949/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2949)

Materia: Pensión compensatoria. Dedicación exclusiva de la esposa a la familia durante los primeros 10 años del matrimonio. Carácter indefinido.

«En la sentencia recurrida se funda la fijación de pensión compensatoria en que la demandada dedicó los diez primeros años del matrimonio al cuidado de la familia (tres hijos - dos de ellos con la misma fecha de nacimiento). La demandada trabajó desde entonces, habiendo cotizado aproximadamente doce años, habiendo durado el matrimonio treinta años y contando la esposa con 59 años al momento de la crisis conyugal, constando que los contratos desarrollados eran temporales, como se deduce de la escasa cotización (12 años). La demandada era

maestra al momento de casarse, y tras la interrupción de diez años por dedicación a la familia, cursó estudios de auxiliar de clínica, profesión en la que ha venido trabajando, intermitentemente.

De todo ello, que consta en la instancia, se deduce en la sentencia de apelación que la demandada perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (art. 97.4 del C. Civil), máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio, se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona.

Por ello, en la sentencia recurrida no se pretende equiparar patrimonios sino compensar el desequilibrio (sentencias 450/2019, de 18 de julio y 123/2019, de 26 de febrero), fijando una pensión compensatoria mesurada.

No procede fijar una duración máxima a la pensión dado que, por la edad de la demandada, no es previsible la superación del desequilibrio (sentencia 606/2017, de 13 de noviembre, entre otras)».

Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y se desestima el recurso de casación.

6.4 Desequilibrio o su inexistencia **STS de 14 de febrero de 2019 (Roj: STS 462/2019 - ECLI: ES:TS:2019:462)**

Materia: Divorcio contencioso. Reconocimiento de pensión compensatoria. No ha lugar. La simple

desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación.

«La sentencia 434/2011, de 22 de junio, declaró que el reconocimiento de la compensación por desequilibrio a favor de la esposa no puede descansar en la constatación de la situación de desigualdad económica con respecto a su marido, porque no es su función permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal, dado que el nivel de vida que el matrimonio adquirió quiebra necesariamente con la ruptura. Posteriormente, la sentencia 713/2015, 3 de 16 de diciembre—con cita de las anteriores de 10 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2008, 10 de marzo de 2009 y 4 de diciembre de 2012— declaró que «no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que este tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste».

En definitiva, de acuerdo con la doctrina de esta sala, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como «cualquier otra circunstancia relevante», de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC. Esto es lo que ha hecho la Audiencia de un modo que no resulta en

absoluto ilógico. Sin prescindir de todas las circunstancias, la sentencia recurrida ha valorado especialmente que, con independencia de su trabajo, durante el matrimonio la recurrente ha adquirido un patrimonio, tanto común en virtud del régimen de gananciales como propio, del que ha dispuesto voluntariamente, que puede obtener rendimientos y beneficios del patrimonio con el que actualmente cuenta, y que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualador de economías. En consecuencia, la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de esta sala y debe ser confirmada».

6.5 Importe de la pensión. Necesidad de motivar la reducción en segunda instancia **STS de 26 de febrero de 2019 (Roj: STS 642/2019 - ECLI: ES:TS:2019:642)**

Materia: Derecho de familia. Divorcio. Pensión compensatoria a favor de la esposa. Necesidad de motivar la reducción de la pensión fijada en primera instancia.

«La sentencia de primera instancia, tras considerar que el interés de la esposa era el más digno de protección para adjudicarle el uso de la vivienda, valoró también que el divorcio suponía para la esposa un desequilibrio económico en atención a las circunstancias del art. 97 CC: la edad de la mujer (58 años), su falta de cualificación profesional, su dedicación a la familia durante el tiempo de matrimonio (para lo que tuvo en cuenta que el tiempo de la separación que se produjo antes de celebrar el segundo matrimonio fue de apenas unos meses), su condición de víctima de violencia de género (en atención a la circunstancia novena del mencionado precepto, que alude a «cualquier otra circunstancia relevante»); también

tuvo en cuenta que, si bien realizó algún trabajo esporádico, no figuraba de alta en ningún régimen de la seguridad social y que la prestación que había cobrado como víctima de violencia de género había sido puntual; tuvo en cuenta también los ingresos del esposo (sobre lo que ambas partes están de acuerdo en que superan los 2.200 euros al mes en cuatro pagas); tuvo en cuenta también la cantidad que el esposo entregaba a la esposa durante la convivencia matrimonial, así como los gastos de consumo fijos que esta justificó, lo que llevó a fijar una pensión de 700 euros al mes.

En su recurso de apelación, para solicitar la rebaja de la pensión, el esposo pretendió hacer valer la duración del matrimonio atendiendo a la fecha de celebración del segundo, pero este argumento no puede ser atendido.

A efectos de la valoración de la situación de desequilibrio no puede prescindirse de todo el periodo anterior desde la celebración del primer matrimonio, fundamentalmente porque el cese de la convivencia apenas duró unos meses, tal y como se ha recogido en el primer fundamento de esta sentencia.

Puesto que la ponderación de conjunto realizada por el juzgado se ajusta de manera razonable a las circunstancias del art. 97 CC, tanto para el establecimiento de la pensión como para su cuantía, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación del esposo y confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia».

VII. CAPACIDAD

7 CAPACIDAD

7.1 Autotutela. Necesidad de motivación para prescindir de la voluntad del discapaz

STS de 17 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2820/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2820)

Materia: Capacidad de las personas. Falta de motivación de la decisión judicial de prescindir de la voluntad del discapaz al designar tutores. Necesidad de que se dicte nueva sentencia motivada.

«La Audiencia constata la existencia de un conflicto entre hermanos, exteriorizado en dos bloques, tres que se llevan muy bien entre sí y regular con los otros tres, que, a su vez, se llevan muy bien entre ellos y regular con los otros tres, lo que conduce al tribunal provincial, prescindiendo de la tutela institucional decretada en primera instancia, a la designación de una persona de cada grupo, con exclusión también de la persona preferentemente designada como tutora por la recurrente, sin reseñar suficientemente las

concretas razones por mor de las cuales el interés superior de la discapacitada requiere la desvinculación de su exteriorizada voluntad, que exige un plus reforzado de motivación. En definitiva, constituyendo una tutela mancomunada en contra de los deseos de la otorgante, lo que exige la constatación de justificadas razones que así lo exijan debidamente exteriorizadas.

Se hace referencia al conflicto entre hermanos para prescindir de la voluntad de la madre expresada en documento público notarial, y esta razón, por sí sola no es suficiente, sino trasciende en contra del interés de la tutelada. Así lo hemos manifestado en la STS 635/2015, de 19 de noviembre, cuando señalábamos que el «[...] conflicto familiar entre quienes están llamados a asumir el cargo de tutor, no debería en sí mismo justificar en principio la alteración del orden de prelación. Si lo es en cuanto puede trascender en contra del interés de la tutelada y puede afectar a la atención, al cuidado y a la representación de sus intereses personales y patrimoniales que se verían perjudicados o no tan bien atendidos»; mas la sentencia de la Audiencia nada razona al respecto.

Tampoco se expresan las poderosas razones en virtud de las cuales la hija C, con la que convive y que desea asuma su tutela, se considere inidónea para el ejercicio de tal función. Y, por último, no se exteriorizan los motivos que conducen a considerar que lo mejor para la discapaz sea la constitución de una tutela mancomunada atribuida a los dos hijos varones de la recurrente -uno de ellos además expresamente excluido de tal función por la madre- cuando el conflicto existente entre hermanos hará sumamente dificultosa la adecuada y fluida gestión de sus intereses personales y patrimoniales; puesto que, como advierte el Ministerio Fiscal, favorable al acogimiento de este motivo de infracción procesal, puede eventualmente bloquear el ejercicio de la tutela, lo que es contrario a los intereses de la tutelada.

En función de los argumentos expuestos procede que la Audiencia dicte nueva sentencia razonando suficientemente sobre los extremos reseñados». Se estiman los recursos extraordinarios por infracción procesal

VII. FILIACIÓN

8 FILIACIÓN

8.1 Legitimación del progenitor en representación del hijo menor para ejercer la acción de declaración de paternidad

STS de 27 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2950/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2950)

Materia: Filiación. Declaración de paternidad.
Acción: puede ser ejercitada por el progenitor ya determinado en representación de hijo menor de edad.

«El interés casacional de la cuestión jurídica planteada es evidente en cuanto se trata de determinar

las consecuencias de la reforma operada en el artículo 133 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, al reconocer una legitimación propia a los progenitores para el ejercicio de acciones de paternidad, si bien sujeta a un plazo de un año desde que tales acciones pudieron ejercitarse. Es decir, si el reconocimiento de dicha legitimación del progenitor impide al mismo ejercer la acción de determinación de la filiación en representación del hijo menor o incapacitado, tal como establece el artículo 765 LEC.

La reforma del artículo 133 CC responde a la necesidad de dar cumplimiento a lo decidido por el TC en su sentencia n.º 273/2005, de 27 de octubre, en cuanto establece como exigencia constitucional el reconocimiento de legitimación al progenitor para el ejercicio de la acción de determinación de la filiación respecto del otro, si bien pueda sujetarse su ejercicio a plazo. Ahora bien, el legislador a la hora de reformar el artículo 133 CC en el año 2015 no ha modificado lo dispuesto por el artículo 765 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no puede considerarse como un olvido sino, por el contrario, como el reconocimiento de la posibilidad de coexistencia de una legitimación propia para el ejercicio de la acción con la posibilidad de actuar en representación del hijo menor o incapacitado, que está legitimado para el ejercicio de la acción durante toda su vida, tal como ocurre para el ejercicio de la generalidad de las acciones que corresponden al menor, siempre a salvo de un posible conflicto de intereses. Si no se reconociera la legitimación propia del progenitor resultaría imposible el ejercicio de la acción en el caso de fallecimiento del hijo pues ninguna acción podía ejercerse ya en su nombre por representación, pero ello no impide que -viviendo el hijo menor de edad- pueda instarse la

declaración de paternidad por la madre actuando en su representación.

La sentencia impugnada, pese a citar el precepto del artículo 765 LEC, no se refiere posteriormente a dicha norma y, en consecuencia, no resuelve sobre la posible coexistencia de la misma con la nueva redacción del artículo 133 CC. Es preciso recordar que según dispone el artículo 2.2 CC la derogación de una ley por otra posterior ha de ser expresa pues, en caso contrario, sólo se produce en caso de incompatibilidad de la ley nueva con la anterior; incompatibilidad que, como se ha dicho, no existe en el caso presente.

Por ello ha de entenderse que en este caso la actuación de la madre al poner en marcha la acción para declarar la paternidad no matrimonial de su hijo menor está amparada en lo dispuesto por el artículo 765 LEC y no se opone a lo dispuesto por el artículo 133 CC». Se estima el recurso de casación

8.2 Reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado. Plazo de caducidad de un año

STS de 8 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3177/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3177)

Materia: Filiación. Reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado. Aplicación del plazo de un año para el ejercicio de la acción. Art. 133.2 CC tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. El art. 752 LEC no permite que se pueda variar la acción ejercitada.

«[...] esta sala considera que la sentencia recurrida debe ser casada porque estima la demanda al consi-

derar erróneamente, aplicando la jurisprudencia anterior a la reforma operada en el art. 133 CC por Ley 26/2015, de 28 de julio, que la acción ejercitada no ha caducado. Cuando se interpuso la demanda de reclamación de la filiación (el 23 de enero de 2017), la nueva redacción del art. 133 CC estaba en vigor (desde el 18 de agosto de 2015), por lo que era aplicable y, puesto que había transcurrido un año desde que el actor conoció el nacimiento de la niña, la demanda debe ser desestimada, tal y como para un caso semejante explicamos en la sentencia 457/2018, de 18 de julio [...] La aplicación de esta doctrina al caso determina que el recurso de casación deba ser estimado pues, como dice el ministerio fiscal en su escrito de apoyo al recurso, partiendo de los hechos probados fijados por la sentencia de primera instancia aceptados por la Audiencia Provincial, el actor tuvo conocimiento de los hechos el día del nacimiento de la menor; por lo que en el momento de la interposición de la demanda había transcurrido el plazo de un año fijado por el legislador para el ejercicio de la acción».

Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

DOCTRINA DEL PLENO

cuando adquiere un bien uno solo de los cónyuges con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia de acuerdo. Ello en atención a que el art. 1355 CC exige el «común acuerdo» de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, con independencia del origen de los fondos, y solo presume la voluntad común en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas.

En segundo lugar, ... cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición (art. 1358 CC).

IX. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

9 RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

9.1 Liquidación de la sociedad de gananciales. Adquisiciones por ambos cónyuges con carácter ganancial. Adquisiciones de un cónyuge para la sociedad

STS del Pleno de 27 de mayo de 2019 (Roj: STS 1591/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1591)

Materia: Régimen económico matrimonial. Sociedad de gananciales. Gananciales por voluntad expresa o presunta de los cónyuges. Adquisiciones por ambos cónyuges con carácter ganancial. Adquisiciones de un cónyuge para la sociedad. Derecho de reembolso.

«En definitiva, como resumen de todo lo anterior, en primer lugar, frente al criterio de la sentencia recurrida, esta sala considera que cuando adquiere un bien uno solo de los cónyuges con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia de acuerdo. Ello en atención a que el art. 1355 CC exige el «común acuerdo» de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, con independencia del origen de los fondos, y solo presume la voluntad común en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas.

En segundo lugar, esta sala considera que cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición (art. 1358 CC). Por ello procede casar parcialmente la sentencia recurrida que, al considerar que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio son gananciales por haberlo manifestado el marido, y negar toda virtualidad al origen privativo del dinero, resulta contraria a la interpretación correcta de los arts. 1355 y 1358 CC.

Al asumir la instancia revocamos el pronunciamiento de la sentencia recurrida que calificó como ganancial el inmueble sito en la calle H, 23, de M y, en su lugar, declaramos que es privativo de D. F, ya que fue adquirido solo por él y lo pagó íntegramente con su dinero privativo, sin que haya quedado probada la existencia de la voluntad común de atribuirle carácter ganancial. Confirmamos en cambio el pronunciamiento de la sentencia acerca del carácter ganancial de los otros dos inmuebles porque, con independencia del origen de los fondos, ambos cónyuges les atribuyeron carácter ganancial. No obstante, dada la prueba de que para adquirir el inmueble de la

calle C 10 de G se empleó dinero privativo de D. F, reconocemos a su favor el derecho de reintegro de la suma aportada».

Se estima parcialmente el recurso de casación.

STS de 11 de julio de 2019 (ROJ: STS 2341/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2341)

Materia: Sociedad de gananciales. Adquisición de bien al que se atribuye carácter ganancial y al que se aporta dinero privativo: derecho de crédito contra la sociedad a favor de quien hizo la aportación.

«La cuestión jurídica planteada se reduce a determinar si, no obstante el carácter ganancial del bien, por haberlo manifestado así expresamente ambos cónyuges en el momento de la adquisición, conserva el cónyuge que ha aportado dinero privativo para su adquisición un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado de la cantidad correspondiente.

Pese a que el recurso se formula por existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, esta sala ya ha sentado doctrina sobre la materia en sentencia n° 498/2017, de 13 de septiembre, y más recientemente en la dictada por el pleno n.º 295/2019, de 27 de mayo, a la que hemos de remitirnos en tanto que dichas resoluciones ya se pronuncian sobre el interés casacional ahora manifestado [...]

Por su parte la sentencia de pleno de 27 de mayo de 2019 establece expresamente (fundamento tercero) que

«[...]esta sala considera que cuando los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a

bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos (o con dinero en parte privativo y en parte ganancial), la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante, aunque no haya hecho reserva en el momento de la adquisición (art. 1358 CC)».

Se estima el recurso de casación.

9.2 Liquidación de la sociedad de gananciales. Plan de pensiones

STS de 6 de junio de 2019 (ROJ: STS 1982/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1982)

Materia: Liquidación de sociedad de gananciales. Inventario. Plan de pensiones constituido por la empresa donde trabaja el demandado. Aplicación del art. 1323 CC. Libertad contractual de los cónyuges para atribuirle carácter ganancial, con independencia de su naturaleza.

«A la vista del referido precepto 1323 del C. Civil, esta sala ha de declarar que al margen de la calificación del plan de pensiones (sentencia 27-2-2007; rec. 1552/2000) lo que es indiscutible, es que las partes acordaron que el fondo de pensiones de F se repartiría a partes iguales, acuerdo que tiene sustento en el principio de libertad de contratación de los cónyuges (sentencias 572/2015, de 19 de octubre, y 373/2005, de 25 de mayo).

Junto a ello cabe dar respuesta a dos cuestiones planteadas por la parte recurrida:

1. En el referido documento privado, de 2 de febrero de 2009, no quedaba excluido el plan de pensiones de empresa a cuya inclusión se opone la parte demandada.

2. La posterior escritura, de adición a la liquidación, no consta que dejara sin efecto el acuerdo de 2 de febrero de 2009.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación en cuanto que en la sentencia recurrida se infringe el art. 1323 del C. Civil y, asumiendo la instancia, se confirma íntegramente la sentencia de 14 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 76 de Madrid (procedimiento 152/2015)». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

9.3 Liquidación del régimen de sociedad de gananciales. Indemnización por despido STS de 3 de julio de 2019 (ROJ: STS 2252/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2252)

Materia: Régimen de gananciales. Indemnización por despido. Presunción de ganancialidad. Para el cálculo de la cantidad que tiene carácter ganancial debe tenerse en cuenta el porcentaje de la indemnización que corresponda a los años trabajados durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

«Como recuerda la sentencia 596/2016, de 5 de octubre, esta sala ha mantenido en las sentencias 216/2008, de 18 de marzo, y 429/2008, de 28 de mayo, que la indemnización cobrada en virtud del despido en la empresa donde trabajaba un esposo debe ser considerada ganancial porque tiene su causa en un contrato de trabajo desarrollado a lo largo de la vida del matrimonio, pero solo por los años trabajados durante la vigencia del régimen de gananciales; en consecuencia, no tienen carácter ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales.

En el presente caso, D. F causó alta en la empresa F el día 16 de septiembre de 2002. D. F y D.^a C contrajeron matrimonio el 16 de octubre de 2010. La sentencia de divorcio es de 9 de octubre de 2013. El matrimonio estuvo regido siempre por el régimen de gananciales. La indemnización por despido se devengó antes de la disolución del matrimonio y se cobró el 20 de septiembre de 2011.

En consecuencia, de acuerdo con lo dicho, debemos casar parcialmente la sentencia recurrida, asumir la instancia, estimar parcialmente el recurso de apelación del marido y declarar que, de la indemnización por despido percibida por D. F, solo procede incluir dentro del activo del inventario de la sociedad de gananciales la parte que corresponda a los años trabajados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, lo que se fijará en ejecución de sentencia». Se estima parcialmente el recurso de casación.

9.4 Liquidación de la sociedad de gananciales. Seguro de amortización de préstamo STS de 20 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2915/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2915)

Materia: Liquidación de la sociedad de gananciales. Seguro de amortización de préstamo para el caso de invalidez permanente absoluta. Inexistencia de crédito del cónyuge asegurado contra la sociedad de gananciales.

«No estamos ahora ante una indemnización percibida por el marido como consecuencia de su incapacidad y que él haya aplicado al pago de una deuda ganancial. Estamos ante un pago efectuado por la aseguradora a la entidad prestamista, que es la beneficiaria del seguro, aunque ello sea por haber-

se producido el reconocimiento de la incapacidad del esposo asegurado.

La peculiaridad del presente caso deriva de la naturaleza del seguro concertado, un seguro de amortización del préstamo. En virtud de este seguro, aunque técnicamente se asegura el riesgo que afecta a la integridad física o económica del asegurado, realmente se está asegurando la imposibilidad de obtener ingresos para amortizar el préstamo. De este modo, la entidad prestamista, al ser designada como beneficiaria, refuerza su garantía en el pago del crédito y los prestatarios se liberan de pagar en la cantidad asegurada si ocurre el evento asegurado.

En consecuencia, no estamos ante una indemnización privativa cobrada por un cónyuge, sino ante el pago efectuado como consecuencia de un seguro concertado precisamente con la finalidad de amortizar una deuda de la sociedad de gananciales, es decir, con la finalidad de cubrir el riesgo de insolvencia de pago del préstamo hipotecario que, por lo dicho, era una deuda ganancial.

Por este motivo, esta sala considera correcto el criterio de la sentencia recurrida y los dos primeros motivos del recurso de casación deben ser desestimados, pues no hay infracción de los arts. 1346 y 1364 CC». Se desestima el recurso de casación.

9.5 Liquidación de la sociedad de gananciales. . Crédito frente a los padres de la esposa, que cedieron el uso de una vivienda propia al matrimonio, por el importe de las obras de elevación de una nueva planta.

STS de 6 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3520/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3520)

Materia: Sociedad de gananciales. Liquidación. Crédito frente a los padres de la esposa, que cedieron el uso de una vivienda propia al matrimonio, por el importe de las obras de elevación de una nueva planta.

«El motivo carece de cualquier efecto útil en tanto que, cualquiera que sea la consideración que prevalezca sobre la naturaleza de dicha posesión - comodato o precario- es lo cierto que el razonamiento final de la sentencia -que se integra en la ratio decidendi- es que «tal construcción fue aceptada y apoyada por los demandados provocando un aumento de valor en su propiedad, pues de no estimarlo así, provocaría un enriquecimiento injusto».

Tal conclusión permanecería incólume cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, pues lo cierto es que fue en todo momento de buena fe y que la obra fue consentida por la propiedad.

En tal caso -posesión de buena fe y consentimiento del titular- la única alternativa del dueño sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 361 CC, hacer suya la obra pagando su importe o reclamar a la sociedad de gananciales que haga suya la propiedad pagando el valor del terreno y de la construcción preexistente». Se desestima el recurso de casación.

9.6 Liquidación de sociedad de gananciales. Momento de la disolución.

STS de 28 de mayo de 2019 (Roj: STS 1723/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1723)

Materia: Momento de la disolución de la sociedad de gananciales en caso de divorcio. Artículos 95 y 1392 CC.

«Es decir, la separación duradera mutuamente consentida a la que se refiere la doctrina de la sala para rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge, matizando el tenor del art. 1393.3.º CC, no es la que deriva de la situación que se crea tras la admisión de la demanda de divorcio (art. 102 CC) ni con el dictado de las consiguientes medidas provisionales (arts. 103 CC y 773 LEC).

La duración del proceso judicial desde que se admite la demanda o se dictan las medidas provisionales hasta que se dicta la sentencia es ajena a la voluntad de las partes. Esa dilación no puede ser la razón por la que se amplíe la doctrina jurisprudencial sobre la separación de hecho, basada en el rechazo del ejercicio de un derecho contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho.

Por todo lo anterior, esta sala considera que la sentencia recurrida debe ser casada en el sentido de modificar su pronunciamiento referido a la fecha en que se produjo la disolución de gananciales y, a los efectos de proceder a su liquidación, fijar como momento en el que concluyó la sociedad de gananciales de los litigantes el de la fecha en que se decretó el divorcio por sentencia firme, de conformidad con lo previsto en los arts. 95 y 1392 CC y art. 774.5.º LEC». Se estima el recurso de casación.

STS de 27 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2951/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2951)

Materia: Sociedad de gananciales. Extinción. Separación de hecho. Se produce en la fecha de firmeza de la sentencia de divorcio, salvo que concurren circunstancias excepcionales que pongan de manifiesto la actuación de mala fe de alguno de los cónyuges.

«Esta sala ha abordado recientemente la cuestión en su sentencia núm. 297/2019, de 28 de mayo, en un supuesto en que se interesaba que se declarara la extinción de la sociedad de gananciales en el momento de adopción de las medidas provisionales en el proceso matrimonial. Se cita en dicha sentencia el artículo 1391.1 CC, según el cual la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio y el 95 en cuanto dispone que la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial; el artículo 103, regla 4.ª, que al referirse a 4 las medidas provisionales que afectan a los bienes gananciales las extiende también a los bienes que se adquieran en lo sucesivo, sentando así la subsistencia del régimen y el carácter ganancial de los bienes -comprendidos en la relación del artículo 1347- aunque se adquieran con posterioridad a la adopción de las medidas. Refiere que el legislador no ha considerado oportuno ni siquiera que la admisión de la demanda de separación o divorcio tenga como efecto inmediato la extinción del régimen económico matrimonial y sí, por el contrario, que suponga la revocación de los consentimientos y poderes otorgados. Se reconoce que la jurisprudencia de la sala ha admitido, no obstante, que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se considerarán gananciales los bienes individualmente adquiridos por cualquiera de los cónyuges, especialmente cuando lo sean por el propio trabajo o industria. Sin embargo, ahora precisa el Tribunal Supremo que «Esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste

a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3.º, 1368 y 1388 CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 CC)» [...]

En el caso ahora enjuiciado es cierto que el abandono del hogar por la esposa se produjo el 23 de marzo de 2016, sin que la misma solicitara judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales, formulando la demanda de divorcio el 18 de octubre siguiente, sin que se haya justificado que el esposo haya actuado faltando a las exigencias de la buena fe, como requiere la doctrina de la sala recientemente manifestada en la sentencia núm. 297/2019».

Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

9.7 Derecho de reembolso en régimen de separación. Obras ejecutadas en terreno privativo de la esposa

STS de 5 de noviembre de 2019 (ROJ: STS 3549/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3549)

Materia: Régimen de separación. Derecho de reembolso. Obras ejecutadas en terreno privativo de la esposa. Inexistencia de cargas de matrimonio. Amortización cuotas préstamo hipotecario para sufragar construcción.

«[...] en el caso que nos ocupa, no se discute que la casa litigiosa con sus anexos es titularidad privativa de la esposa, como tampoco que, para su construcción, ambos litigantes suscribieron sendos préstamos hipotecarios, cuyas cuotas de amortización

fueron satisfechas por los litigantes, sin que podamos determinar en qué concreto porcentaje. Es evidente que tal acto jurídico genera un derecho de reembolso del marido, por las cantidades satisfechas para sufragar la construcción de la casa privativa de la que fue su esposa, como así lo declaró la sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento judicial firme. Ahora bien, se le negó el derecho al reintegro de la mitad de las referidas cuotas abonadas durante el matrimonio, al considerar que debían reputarse como cargas del matrimonio, en aplicación de lo normado en el art. 1438 del CC.

El recurso debe ser estimado, toda vez que existe una consolidada jurisprudencia de este tribunal, que viene sosteniendo que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario con el que se sufraga la adquisición de la vivienda, a través de la cual se satisfacen las necesidades de habitación del matrimonio, no se reputan cargas del mismo. En este sentido, se expresa la STS 206/2013, de 20 de marzo, con citas de otras resoluciones [...]».

Se estima el recurso de casación