

Nº6

ABRIL DE 2022

EN FAMILIA

BOLETÍN TRIMESTRAL DE LA COMISION DE FAMILIA DEL I.C.A.O.



INDICE

Boletín Comisión de Familia

Página 1	ÍNDICE
Página 2	ÚLTIMA REFORMA DE LA LEC Y COMPETENCIA EN MATERIA DE LIQUIDACION DE SOCIEDAD DE GANANCIALES
Página 6	EL ART. 94 DEL CÓDIGO CIVIL
Página 10	CONTENIDO DEL PLAN DE PARENTALIDAD
Página 16	Y AHORA ¿A DÓNDE TENDREMOS QUE ACUDIR?
Página 23	GESTACIÓN SUBROGADA
Página 28	ÚLTIMA JURISPRUDENCIA
Página 45	NOVEDADES ADQUIRIDAS POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO

FORMACIÓN

Página 46	NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE EN LOS PROCESOS DE FAMILIA
Página 56	LA PERICIAL EN PROCESOS DE FAMILIA Y DIVISION DE PATRIMONIOS. ASPECTOS PRACTICOS.

ÚLTIMA REFORMA DE LA LEC Y COMPETENCIA EN MATERIA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

BORJA ALVAREZ IGLESIAS Colegiado 4056

Cuando nos disponemos a presentar una demanda siempre hay un momento, así fugaz, en el que a la hora de repasar los fundamentos de derecho nos planteamos si no tendremos algún fallo o, por ejemplo, nos habremos equivocado con la competencia y nos van a inadmitir la demanda por ello. Según pasa el tiempo y vamos adquiriendo práctica y nos vamos especializando en alguna materia esta sensación cada día pasa más desapercibida, cada vez pensamos menos en ello o se nos plantean menos dudas el tema competencia; sobre todo a los que llevamos fundamentalmente familia que parece que tenemos unos criterios muy claros que ni siquiera solemos replantearnos a la hora de interponer las demandas. Así cuando solicitábamos la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales ni nos lo pensábamos, el criterio estaba claro: era competente el Juzgado de Primera Instancia que estuviere conociendo o hubiere dictado la Sentencia de nulidad, separación o divorcio, tal y como dice, o decía, el artículo 807 LEC.

Tal criterio fue parcialmente modificado con la aparición de la LO 4/2004 de Medidas de Protección Integral contra Violencia de Género que, en su artículo 44, modificaba el artículo 87.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y generaba una vis atractiva a favor de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer atribuyéndoles la competencia de todas las cuestiones, civiles y penales, que pudieran surgir tras una denuncia o un episodio de violencia de género.

Pero dicha atribución de competencias desde el inicio generó diversas controversias entre los distintos órganos judiciales: de Primera Instancia especialistas en familia o no, y de Violencia o de Instrucción con competencias en violencia. Siendo tales conflictos generalmente de competencia negativa, pues nadie quería asumir las competencias en los sucesivos procedimientos que surgían tras la aparición de la denuncia: ¿quién era competente para el divorcio en caso de que la denuncia se interpusiera tras la interposición de la demanda de divorcio? ¿y si se había interpuesto una solicitud de medidas previas? ¿y los procedimientos de modificación de medidas? ¿o los de ejecución? Dudas todas ellas que, realmente, al final para quienes dirigimos técnicamente los pleitos tienen de fondo poca importancia, pero que al fin y a la postre podían significar un retraso significativo en la tramitación que causara un grave perjuicio para nuestra clientela.

Como siempre en familia todas esas dudas se fueron disipando gracias a la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales e incluso en ocasiones del Tribunal Supremo (que parece ser nuestro máximo legislador en esta materia tan olvidada por el legislador “oficial”); sin embargo, hubo un procedimiento que parecía quedar sin resolver y que, además, generaba muchas disputas, y diferentes soluciones doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales: la liquidación de la sociedad de gananciales.

En ese punto existían, últimamente dos posiciones encontradas:

- La atribución siempre de la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la mujer que hubieran conocido del procedimiento de nulidad, separación o divorcio. Este fue, por ejemplo, el criterio adoptado por nuestra Audiencia Provincial en su acuerdo de unificación de criterios de fecha de 27 de octubre de 2016 (que modificó el inicial acuerdo en sentido contrario adoptado de 23 de abril de 2009) por el que se acordó, pese a la literalidad del artículo 87 ter. de la LOPJ, aplicar el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuyendo competencia para la liquidación al Juzgado que lo fue para resolver el procedimiento matrimonial.



O por la Sección 24 de la AP de Madrid en su Auto de 15/10/2020 “asumiendo el mandato imperativo del legislador, art 86 de la LJV; y no admitiendo este tribunal que el criterio del legislador, fue exclusivamente atribuir al JVSM la competencia, exclusiva y excluyente, para conocer de determinados asuntos civiles de familia, en tanto concurrieran simultáneamente las circunstancias que establece el art 87.3 de la LOPJ; pues de ser así, habría permitido a estos juzgados inhibirse a favor de los de 1ª Instancia, en el momento en que fuesen firmes sus autos de archivo o sobreseimiento, o hubiera modificado los citados artículos de la LEC, en las diversas modificaciones que ha hecho de la LEC 1/2000”.

- La atribución de la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la mujer presenta un carácter excepcional y, como dice la Sentencia 80/21 de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 31/05/2021: por esa excepcionalidad en la asunción de competencias civiles estas ha de interpretarse en sentido restrictivo y siempre que se cumplan simultáneamente todos los requisitos del art. 87 ter de la L.O.P.J . definidor de sus competencias.

Todo ello generaba la consabida, y frecuente en varias cuestiones, inseguridad jurídica a la hora de interponer una solicitud de formación de inventario que nos obligaba a conocer el foro en el que la íbamos a presentar a fin de asegurarnos de a qué Juzgado de los de dicho territorio le correspondía su conocimiento.



Y ello hasta el 21 de marzo pasado, fecha en la que el legislador ha aprobado la “Ley Orgánica 2/22 de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género” y, por una vez y sin que sirva de precedente, ha aprovechado la reforma a realizar en la Ley de Enjuiciamiento Civil para zanjar el asunto y darle la razón al criterio seguido de por nuestra AP y por la AP de Madrid con la nueva redacción del artículo 807:

“Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo, o haya conocido o hubiera tenido la competencia para conocer del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil”.



EL ART. 94 DEL CÓDIGO CIVIL

Sonia B. Arévalo Piriz
Colegiada 2922

El Preámbulo de La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica especifica que su finalidad es adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las «personas con discapacidad», de Nueva York (13 de diciembre de 2006), para que las mismas gocen de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Algo que ver con el Derecho de Familia?? NO.



Pues esa Ley que nada tiene que ver con el Derecho de Familia ha modificado por el conocido método de “a dónde vas, castañas traigo” nada menos que el art. 94 del Código Civil y con ello ha pulverizado el contenido de la responsabilidad parental o patria potestad, que como sabemos es el conjunto de deberes de los progenitores para con sus hijos e hijas, entre ellos, velar por los mismos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, etc. Deberes que deben ejercerse siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (art. 154 del CC).

Hasta esa reforma, el interés de los menores pasaba por la fijación de un sistema de custodia compartida, o en su caso, de una custodia monoparental exclusiva con el establecimiento de un amplio, fluido y flexible régimen de visitas que permitiera al menor disfrutar y enriquecerse de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura familiar, pues todo indica que el mantenimiento de los lazos afectivos y la relación frecuente del hijo con sus progenitores es beneficiosa para el mismo, necesaria para su desarrollo armónico y su estabilidad emocional y que, salvo cumplida prueba en contrario acreditativa de circunstancias excepcionales, el favor filii exige su mantenimiento y defensa por encima sin duda de los intereses particulares de los propios progenitores.

"No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial."

Desde el día 3 de septiembre de 2021 y en tanto no se matice, a modo de parche provisional, qué se considera “estar incurso en un proceso penal”, la mera presentación de una denuncia que ya da lugar a la apertura de unas diligencias con el recorrido procesal de las mismas y el tiempo que ello supone dada la conocida carga de los juzgados, implica per se la inmediata ruptura de la relación entre el menor y su progenitor durante meses, como mínimo.

Y ello aunque las diligencias previas se archiven a los pocos días de presentarse la denuncia, o aunque esa denuncia vaya acompañada de una solicitud de orden de protección que se deniegue por no apreciarse riesgo o causa que la justifique mínimamente. No importa. La relación entre el menor y su progenitor queda inmediatamente interrumpida.





Algunas voces minimizan el impacto de esta reforma enfatizando en la posibilidad de utilizar por el juzgador la vía excepcional prevista: evaluación de la situación de la relación paternofilial mediante resolución motivada en el interés del menor. Son las mismas voces que deniegan la prueba del equipo psicosocial no porque la consideren innecesaria si no por el retraso que la carga de trabajo de los hacendosos pero muy escasos equipos psicosociales suponen para la terminación del procedimiento de familia. Y qué de sentido común habría sido que precisamente esta excepción fuera la regla general y la regla general se convirtiera en la excepción.

Otras voces, las más, consideran escandalosa esta reforma por vulnerar preceptos fundamentales. Entre esas voces la única que hasta el momento ha dado el paso de elevar una cuestión de inconstitucionalidad es la Magistrada Natalia Velilla, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles que considera que la norma podría vulnerar lo establecido en los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución Española.

El art. 35 LOTC establece que "cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley". Por tanto, la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad puede tener su origen bien en una duda de constitucionalidad que le surge al órgano judicial, bien en una petición de las partes del proceso mediante la que soliciten al Juez o Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una de las normas aplicables en el proceso.



El deber de toda sociedad es proteger a los menores, y hacerlo incluso de aquellos que en su nombre y por una subjetiva interpretación de lo que es mejor para ellos les causan el mayor, por innecesario, de los daños: el sentimiento de desapego, de abandono, de desarraigo de su progenitor y por ende, de la familia extensa paterna.

Porque la reforma puede tener buena intención, pero automatiza y eso es precisamente lo que nunca puede hacerse en el ámbito del Derecho de Familia.

CONTENIDO DEL PLAN DE PARENTALIDAD

María Villanueva Ordoñez
Colegiada 2922



Podemos atender a lo dispuesto en el art. 233.9.1 de CCCat. que lo define como “El Plan que debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales”

Tal y como recoge la Sentencia de 7 de abril de 2014 del Tribunal de Justicia de Cataluña, “El plan de parentalidad son declaraciones del progenitor o progenitores relacionadas con la guarda del menor, para la organización de la vida diaria, con una finalidad preventiva destinada a resolver los problemas más frecuentes que puedan surgir y evitar futuras disputas entre las partes”.

La Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo ha denegado la custodia compartida al no existir elementos probatorios y no haberse aportado un plan contradictorio en el que se concrete la forma y contenido del ejercicio de la custodia [Sentencias del TS, Sala Primera, de lo Civil, 130/2016, de 3 de marzo; 638/2016, de 26 de octubre, y 722/2016, de 5 de diciembre.

Tras Cataluña, ha sido incorporado a otras legislaciones autonómicas como la de Aragón y el País Vasco y finalmente ha sido introducido por el Tribunal Supremo que lo denomina “Plan contradictorio” Tribunal Supremo, Sentencias 449/2015, de 15 de julio; 130/2016, de 3 de marzo; 638/2016, de 26 de octubre, y 722/2016, de 5 de diciembre.

El referido art 233.9.1 CCCat señala que debe de contener los siguientes aspectos:

A) EL LUGAR O LUGARES DONDE VIVIRÁN LOS HIJOS HABITUALMENTE. DEBEN INCLUIRSE REGLAS QUE PERMITAN DETERMINAR A QUÉ PROGENITOR LE CORRESPONDE LA GUARDA EN CADA MOMENTO.

Debe de contener al menos la distribución de los períodos de convivencia de los menores, así como las condiciones que deberá reunir la vivienda o viviendas en la que vaya a vivir el hijo. Igualmente el modo en que se van a relacionar con cada hijo cuando no convivan con él. Cómo van a comunicarse con ellos. Cómo van a hacer el reparto de las vacaciones y sobre qué criterios. Cómo van a elegir los períodos.

B) LAS TAREAS DE QUE DEBE RESPONSABILIZARSE CADA PROGENITOR CON RELACIÓN A LAS ACTIVIDADES COTIDIANAS DE LOS HIJOS.

Para ello los progenitores deben fijar los horarios laborables y los disponibles para hacerse cargo de los niños, quien los lleva al colegio o a las actividades extraescolares, deportivas o de apoyo.

Establecerán Los apoyos de que cada progenitor disponga para atender a los hijos en los momentos en que aquellos no lo puedan efectuar de forma directa y personal, haciéndose constar el grado de parentesco y relación de estas terceras personas con los menores, y las aptitudes y características que, a tal fin, ofrezcan dichos posibles cuidadores

C) LA FORMA EN QUE DEBEN HACERSE LOS CAMBIOS EN LA GUARDA Y, SI PROCEDE, CÓMO DEBEN REPARTIRSE LOS COSTES QUE GENEREN.

Lugar de entrega y recogida y por qué. Si hay distancia entre los domicilios del padre y de la madre, cómo van a afrontar los gastos de transporte y cómo proponen que se realice el traslado.

D) EL RÉGIMEN DE RELACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS DURANTE LOS PERÍODOS EN QUE UN PROGENITOR NO LOS TENGA CON ÉL.

Se deben fijar bien los horarios, previendo la forma de actuar en caso de retrasos justificados o imposibilidad de cumplir esas comunicaciones.



E) EL RÉGIMEN DE ESTANCIAS DE LOS HIJOS CON CADA UNO DE LOS PROGENITORES EN PERÍODOS DE VACACIONES Y EN FECHAS ESPECIALMENTE SEÑALADAS PARA LOS HIJOS, PARA LOS PROGENITORES O PARA SU FAMILIA. CELEBRACIONES SOCIALES O RELIGIOSAS

F) EL TIPO DE EDUCACIÓN Y LAS ACTIVIDADES EXTRAESCOLARES, FORMATIVAS Y DE TIEMPO LIBRE, SI PROCEDE.

Se deberían fijar las reglas que se van a aplicar para apuntar a los hijos a actividades extraescolares o de apoyo, así como reglas en cuanto al ocio: horario de salida, lugares a los que pueden ir, uso de máquinas o redes sociales, etc. Y para ello, se ha de fijar una manera residual de comunicación entre los progenitores, sea WhatsApp, Internet

G) LA FORMA DE CUMPLIR EL DEBER DE COMPARTIR TODA LA INFORMACIÓN SOBRE LA EDUCACIÓN, LA SALUD Y EL BIENESTAR DE LOS HIJOS.

Como las enfermedades, la necesidad de tratamientos médicos o las hospitalizaciones, así como la adecuación de las comunicaciones con el hijo en estas situaciones excepcionales.

H) LA FORMA DE TOMAR LAS DECISIONES RELATIVAS AL CAMBIO DE DOMICILIO Y A OTRAS CUESTIONES RELEVANTES PARA LOS HIJOS.



Además de todos estos aspectos recogido por el CCCat, distintos operadores jurídicos han añadido otras cuestiones como:

- - La regulación del ejercicio de la patria potestad, Concreción de los eventos y decisiones que necesariamente han de adoptarse en el tiempo inmediatamente posterior al plan, y sobre ellos deben realizar propuestas precisas: colegio, modelo educativo, acontecimientos religiosos, vacunaciones y otras cuestiones de salud importantes. Propuestas en cuanto a cómo realizar dichos eventos, cómo celebrarlos, quiénes participan, etc.
- - Posibles pactos en relación con niños de necesidades especiales.
- - La elección inicial o cambio de centro escolar,
- - La documentación personal y sanitaria que los menores deberán acompañar en el momento en que cambie la custodia de un progenitor a otro y durante el período en que uno de los progenitores ejerza el régimen de visitas,
- - Prever un sistema de resolución de conflictos que evite el recurso a la jurisdicción, incluyendo la previsión de acudir a la mediación. Y también se deberá especificar un medio de comunicación entre las partes que garantice la efectividad de la relación entre ellos y el pleno y armonioso ejercicio, normalmente conjunto, de las funciones inherentes a la patria potestad.



Particularmente me gusta el contenido que el Magistrado de la Sección 12.^a, de Familia, de la Audiencia Provincial de Barcelona,,Pascual Ortuño Muñoz

Respecto a los hijos:

1. La explicación de las condiciones de vida de cada parte;
2. dónde está ubicada la residencia y qué infraestructura tiene para el o los hijos e hijas;
3. de qué respaldo familiar se dispone (si se vive en pareja, si su familia extensa está en disposición de colaborar, si tiene otros hijos suyos o de su pareja);
4. también se han de consignar los datos relativos a las obligaciones profesionales, horarios, disponibilidad de tiempo;
5. el tipo de formación que considera que debe darse a los hijos, colegios preferidos y prácticas religiosas;
6. el modelo educativo más o menos intervencionista, con mayores o menores límites, y
7. cómo se pretende participar en el refuerzo educativo, deportivo, tiempos de ocio, vacaciones o aficiones del menor.

En relación con el otro progenitor, se ha de proponer:

- a) Las razones por las que se considera más apropiado un modelo de custodia que otro;
- b) las ventajas que para el/los hijos se derivan del sistema que se propone;
- c) las dificultades que presenta el modelo propugnado, y cómo se van a solucionar;

d) el sistema urgente, rápido y eficaz para la resolución de las diferencias y discrepancias que puedan surgir en el ejercicio de la guarda;

e) la vía de comunicación más apropiada;

f) el intercambio de documentación, ropa, vestido y calzado;

g) el reparto de las festividades familiares destacadas;

h) la transmisión de propuestas para la realización de actividades, cursos, campamentos, actividades deportivas;

i) la forma de abordar procesos de enfermedad, visitas médicas;

j) el seguimiento de las responsabilidades para con el centro escolar y seguimiento de los estudios;

k) las decisiones sobre compra y utilización de móviles, ordenadores;

l) las vías de consenso para decidir el modelo educativo para cada hijo,

m) las cuestiones relativas a los viajes y comunicaciones con el progenitor no custodio durante los períodos vacacionales.

Resulta claro que la regulación de todas las cuestiones comentadas da lugar a que se eviten infinidad de problemas posteriores ya que cuanto más profunda y meticulosa sea dicha regulación menos posibilidad habrá de dudas a la hora de interpretarlo.

;



Y AHORA ¿A DÓNDE TENDREMOS QUE ACUDIR?

Gema García Rivero.
Colegiada 3669 ICAO



En este artículo me voy a referir al concepto de “residencia habitual” del cónyuge o de los hijos habidos en común, a fin de poder averiguar qué órgano judicial resultará competente para conocer de las cuestiones relacionadas con el ámbito familiar, a dilucidar entre ciudadanos de los estados miembros.

Respecto al procedimiento de divorcio, voy a referirme a la Sentencia C-289/20 de 25 de noviembre de 2021, del TJUE, la cual precisa el sentido y alcance de esa “residencia habitual” de un cónyuge, motivada por una petición de cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París, al objeto de interpretar el artículo 3, apartado 1, letra a) del Reglamento (CE), n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000:

En este caso, tenemos un matrimonio contraído en Irlanda en 1994, siendo el esposo de nacionalidad francesa y, la esposa, de nacionalidad irlandesa, que tuvieron tres hijos ahora mayores de edad. El esposo ejerce sus actividades profesionales en Francia desde el año 2010 y, la esposa, si bien se negaba a vivir en Francia, sí que pasaba regularmente temporadas en el apartamento parisino de su esposo o en la casa de vacaciones adquirida en 2017. La residencia habitual de la familia estaba situada en Irlanda desde 1999y, respecto del esposo, solo había variado la dirección de su lugar de trabajo, pero nunca su residencia pues seguía trasladándose a Irlanda los fines de semana para reencontrarse allí con su esposa y sus hijos.

Pues bien, el esposo presenta demanda de divorcio ante el Tribunal de Primera Instancia de París, el 28 de diciembre de 2018, declarándose dicho tribunal territorialmente incompetente para pronunciarse sobre el divorcio de los cónyuges, al considerar que la mera fijación del lugar de trabajo del esposo en Francia, no era suficiente para caracterizar su voluntad de fijar allí su residencia habitual.

Por su parte, el Tribunal de Apelación de París estimó que, si bien el esposo había establecido en Francia una residencia estable y permanente, no había perdido su residencia en Irlanda, por lo que considera que tanto los tribunales irlandeses como los franceses, son igualmente competentes para pronunciarse sobre el divorcio de estos cónyuges, aplicando el principio de que un mismo criterio para determinar la competencia puede cumplirse en dos Estados miembros consagrado por el TJUE en la Sentencia de 16 de julio de 2009 (Hadadi C-168/08, respecto a la aplicación del criterio de la nacionalidad) pero, entendiendo que el concepto de “residencia habitual” es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que precisa de una interpretación, suspende el procedimiento y remite la cuestión prejudicial al TJUE para que resuelva, invocando el artículo 3, apartado 1, letra a) sexto del Reglamento n° 2201/2003.



En su Sentencia, el TJUE, considera en primer lugar que el Reglamento n° 2201/2003, no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual” de un cónyuge a los efectos del artículo 3, apartado 1, letra a) de ese Reglamento, por lo que precisa realizar una interpretación autónoma y uniforme. En segundo lugar y en otros ámbitos, el TJUE, entendió que el concepto de “residencia habitual” designaba el lugar en el que una persona había fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses. En tercer lugar, la interpretación de las reglas de competencia previstas en el artículo 3, apartado 1, letra a) sexto del Reglamento n° 2201/2003, entraña consecuencias que no se limitan a la disolución del matrimonio como tal, sino también a determinadas cuestiones sobre demandas de alimentos o sobre concretas cuestiones patrimoniales, que socavarían el requisito de previsibilidad de las reglas de competencia que es común también a los Reglamentos n° 4/2009 y n° 2016/1103. Razona además que, aunque no se excluya que un cónyuge pueda disponer simultáneamente de varias residencias, solo puede tener una sola residencia habitual en el sentido del citado artículo 3, apartado 1, letra a) y que, si bien en el marco de la interpretación de las disposiciones del Reglamento n° 2201/2003, relativas a la responsabilidad parental, para determinar el lugar de residencia habitual de un menor de edad que depende a diario de sus padres, ha de atenderse al lugar en que estos están presentes de manera estable y se encuentran integrados en un entorno social y familiar, sin embargo, un cónyuge que pretenda invocar el criterio de competencia previsto en el artículo 3, apartado 1, letra a) sexto del Reglamento n° 2201/2003, debe haber trasladado necesariamente su residencia habitual común al territorio de un Estado miembro distinto del de la anterior y demostrar que su presencia en el territorio de ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad.



En consecuencia, el TJUE considera que el esposo cumplía el requisito de residencia en el territorio de Francia durante al menos seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de su demanda de divorcio y, además, que ejercía entre semana de forma estable y permanente una actividad profesional por tiempo indefinido en Francia, en cuyo territorio ocupaba un apartamento con el fin de ejercer tal actividad y, por tanto, como solo puede tener su residencia habitual en uno de esos Estados miembros, solo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se sitúa su residencia habitual, son competentes para pronunciarse sobre la disolución del matrimonio.



Pero ¿qué ocurre si los cónyuges son ciudadanos de distintos estados miembros, tienen hijos menores y residen y trabajan en un tercer estado que no es miembro de la UE?

Esta cuestión aún está pendiente de resolver por el TJUE pero, a la vista de las Conclusiones del Abogado General presentadas el 24 de febrero de 2022 en el asunto C-501/20, resulta interesante traer este tema a colación y estar pendientes de su resolución pues estamos ante un matrimonio formado por española y portugués, casados en 2010 en la Embajada española en Guinea-Bisau, con dos hijos menores nacidos en Manresa (Barcelona en 2007 y 2012, respectivamente), residentes todos ellos en Guinea-Bisau hasta 2015 en que se trasladan a Lomé (Togo). Tras la separación de hecho, en 2018, la madre y los menores continuaron residiendo en el domicilio conyugal y, el padre, trasladó su residencia a un hotel de Togo. Ambos progenitores trabajan para la Comisión Europea en calidad de agentes contractuales destinados en la Delegación de la UE en Togo, si bien solo tienen la condición de agentes diplomáticos de la Unión en su país de destino.

La esposa presenta la demanda de divorcio con medidas respecto de los hijos habidos en común en el Juzgado de Primera Instancia de Manresa y, el esposo, formula declinatoria por falta de competencia internacional de dicho Juzgado, el cual se declara incompetente por no tener las partes, a su juicio, residencia habitual en España. La esposa recurre alegando que ella y el padre de sus hijos, gozan de estatus diplomático como agentes de la UE acreditados en el país de destino y que dicho estatuto se hace extensivo a los hijos menores de edad.

La Audiencia Provincial de Barcelona, apreciando la inexistencia de jurisprudencia relativa al concepto de “residencia habitual” de los cónyuges para determinar el órgano jurisdiccional competente en materia de divorcio, y de los hijos menores al efecto de establecer la incidencia que en la determinación de esa residencia tiene el estatuto diplomático aplicable a trabajadores o agentes de la UE desplazados en terceros Estados para el ejercicio de dichas funciones, decide suspender la tramitación del recurso y elevar las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

1ª.- Cómo debe interpretarse el concepto de “residencia habitual” del artículo 3 del Reglamento n° 2201/2003 el artículo 3 del Reglamento 4/2009 de los nacionales de un Estado miembro que permanecen en un tercer Estado por razón de las funciones que tienen encomendadas por la UE y que, en el tercer Estado, tienen reconocida la condición de agentes diplomáticos de la UE cuando su estancia está vinculada al ejercicio de funciones que desempeñan para la UE.

2ª.- Cómo afectaría a la determinación de la residencia habitual de los hijos menores, que la determinación de la residencia habitual de los progenitores dependiera de su estatus como agentes contractuales de la UE en un tercer Estado.

3ª.- Para el caso de que se estime que los menores no tienen su residencia habitual en el tercer Estado, si puede tenerse en consideración la vinculación de la nacionalidad de la madre, su residencia anterior en España anterior a la celebración del matrimonio, la nacionalidad española de los menores y su nacimiento en España a efectos de determinar su residencia habitual conforme al artículo 8 del Reglamento n° 2201/2003.

4ª.- Si se considera que la residencia habitual de los progenitores y de los menores, no se encuentra en un Estado miembro ¿resulta de aplicación el “fórum necessitatis”?, ¿se podría solicitar la adopción de medidas provisionales y cautelares ante un Estado miembro aunque otro Estado miembro resulte competente para conocer del fondo del asunto?

5ª.- Si se determina que la residencia habitual de los progenitores y su hijos no se encuentra en un Estado miembro, para determinar los alimentos a los hijos ¿se requiere acreditar el haber intentado presentar el procedimiento en el Estado no miembro con resultado negativo?, ¿basta la nacionalidad de alguno de los litigantes como conexión con el Estado miembro?

6ª.- Cómo se solucionaría un eventual conflicto entre las normas de los Reglamentos y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial).



Sin perjuicio de lo que en su día decida al respecto el TJUE, las Conclusiones que ha presentado el Abogado General a tal fin se pueden resumir grosso modo en:

1.- Para que la residencia en un lugar determinado sea considerada habitual, ha de tener un elemento objetivo (estabilidad o regularidad) y un elemento subjetivo (intencionalidad, voluntad) resultando pertinente, en el presente caso, aplicar en el contexto del Reglamento nº 4/2009, la definición de “residencia habitual” del Reglamento nº 2201/2003.

2.- La condición de agentes contractuales de la UE de los progenitores, no es un elemento importante para determinar la residencia habitual pues, esa condición, no les permite gozar de inmunidad diplomática en el sentido del artículo 31 del Convenio de Viena, en ningún Estado miembro.

3.- No es posible considerar únicamente criterios como la nacionalidad de la madre, o el que ésta residiera en un Estado miembro antes de contraer matrimonio, o la nacionalidad de los menores y su nacimiento en un Estado miembro, a efectos de determinar la residencia habitual de los menores en el sentido del artículo 8 del Reglamento nº 2201/2003.

4.- Por lo que respecta a la demanda de divorcio, si el Estado no miembro no puede basar su competencia en los artículos 3 a 5 del Reglamento nº 2201/2003, el demandado que sea nacional de un Estado miembro, solo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de ese Estado.

Sin embargo, en materia de responsabilidad parental, el artículo 14 del citado Reglamento posibilita que la competencia internacional en esta materia, sea atribuida a órganos jurisdiccionales diferentes a los establecidos para el divorcio, independientemente tanto del lugar en el que tengan los menores su residencia habitual, como de la nacionalidad del demandado, sin que el interés superior del menor pueda verse comprometido por esa fragmentación.

5.- En cuanto al alcance del “*fórum necessitatis*”, de las circunstancias concurrentes en el presente caso, ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente para conocer de la demanda relativa a la obligación de alimentos pero, si resulta que existe un claro riesgo de denegación de justicia por ejemplo por prácticas discriminatorias contra las mujeres o se dan condiciones procesales abusivas o se obstaculiza indebidamente el acceso a la justicia en el Estado no miembro (Togo), entonces sí resulta de aplicación el “*fórum necessitatis*” y, en consecuencia, el Estado miembro sí resultaría competente para conocer sobre la obligación de alimentos. En estos casos, no existe obligación de acreditar que se ha intentado presentar un procedimiento en dicho Estado no miembro, con resultado negativo, porque resultaría contrario al objetivo del Reglamento nº 4/2009 que consiste esencialmente en preservar los intereses de los acreedores de alimentos y en favorecer una buena administración de justicia.

6.- Tanto los artículos 7 y 14 del Reglamento nº 2201/2003 relativos a la competencia subsidiaria, en este caso, en materia de divorcio, como el artículo 7 del Reglamento nº 4/2009 relativo al “*fórum necessitatis*” en materia de obligaciones de alimentos, así como las normas internas relativas a la competencia residual, deberán ser interpretadas por el Juez ante el que se ha planteado el asunto, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

En definitiva y como se puede comprobar, el concepto de “residencia habitual” resulta determinante a la hora de fijar la competencia de los órganos judiciales de los Estados miembros máxime, cuando en las crisis matrimoniales, resultan afectados menores de edad.

GESTACIÓN SUBROGADA

MARTA TAMARGO, COLEGIADA N°3631

El Tribunal Supremo ha dictado una interesante y esperada sentencia en materia de gestación subrogada de fecha 31 de marzo de 2.022 (N° de recurso 907/2021; Nª de resolución 277/2022) que paso a comentaros resumidamente:

D. Luis Miguel, padre de Dª Aurelia, presenta demanda de declaración de paternidad con posesión de estado contra su hija Dª Aurelia a fin de que declare que el menor Pedro Enrique nacido en 2.015 en México, es hijo de Dª Aurelia, solicitando que se ordene la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente con los apellidos que le fueron impuestos al menor al nacer y que constan en la documentación registral extranjera que acompaña a la demanda.

La demanda se interpuso el 30 de enero de 2.018, el Ministerio fiscal contestó a la demanda y la demandada, Dª Aurelia, contestó también a la misma reconociendo los hechos alegados en ella.

El juzgado, no obstante, desestimó la demanda e indicó en la misma que Dª Aurelia podía instar ante la Dirección general de la familia y el menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor y, una vez declarada la filiación por adopción, inscribir al menor en el Registro civil con los apellidos que le fueron impuestos al nacer.

D. Luis Miguel interpuso recurso de apelación frente a dicha sentencia, Dª Aurelia se adhirió al recurso y el Ministerio Fiscal se opuso.

La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación formulado por D. Luis Miguel en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia y declarar que Dª Aurelia es madre del menor, ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil.



El Ministerio Fiscal interpuso frente a dicha sentencia recurso de casación cuyo único motivo es la infracción del artículo 131 in fine del Código Civil en relación con el artículo 10 de la Ley 14/2.006, de 26 de mayo de Técnicas de reproducción humana asistida. Entiende el Ministerio Fiscal que la sentencia objeto de recurso determina una filiación materna de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contravención directa del artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio de interés del menor en los términos que utiliza la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, invoca los bienes jurídicos tomados en consideración por la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2.014, esto es, el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en nuestro ordenamiento jurídico. Alega que con la solución adoptada por la Audiencia Provincial se impediría la investigación de la paternidad y el derecho del menor a conocer su identidad biológica y alega la posibilidad de acogimiento del menor por la madre de intención.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación por varias razones:

La gestación por sustitución comercial, entiende el T.S. que vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales.

En la sentencia de pleno 835/2013, de 6 de febrero, ya sostuvieron que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era manifiestamente contraria al orden público español.

A close-up photograph of a person's hand, showing a gold ring on the ring finger. The hand is positioned on the left side of the page, with the fingers slightly curled. The background is a soft, out-of-focus light color.

Esta contrariedad deriva no solo de que el artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto sino también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en que España es parte.

El artículo 35 de la Convención sobre derechos del niño establece que “Los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”

La prohibición de la venta de niños aparece enunciada en el artículo 1 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, firmada y ratificada por España.

Según el Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, la gestación por sustitución no supone una excepción a la venta de niños establecida en el artículo 35 de la Convención antes citado y la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de “venta de niños”.

Las vulneraciones de los derechos de la madre gestante y del niño fruto de la gestación por sustitución que también describe la relatora especial de la ONU en su informe concurren en el caso objeto de este recurso.

Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de dignidad propia. La madre gestante se obliga a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se le obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultante de una relación sexual, renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica, se regulan por contrato cómo será el parto, cuestiones como la interrupción del embarazo, qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, se le obliga a someterse a pruebas al azar de detección de drogas, alcohol o tabaco e incluso se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna lesión o enfermedad potencialmente mortal.

No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse a la idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato humano y degradante que vulnera sus más elementales derechos.

Al futuro niño se le priva de conocer sus orígenes, se le “cosifica”, pues se le concibe como el objeto de un contrato.

Por ello el apartado 115 de la Resolución del Parlamento europeo, de 17 de diciembre de 2.015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer”

La lógica perversa del mercado hace que estos contratos se celebren y ejecuten con mayor frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes, como expresan el Informe de la relatora especial como el Comité de Bioética de España.

Los contratos de gestación por sustitución son manifiestamente contrarios al orden público. El derecho de una persona a tener un hijo no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

En cuanto a la protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante. Los convenios internacionales suscritos por España contrastan igualmente con lo que sucede en la práctica. Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad pese a que el artículo 3.1 de la Ley general de publicidad la considera ilícita por atentar contra la dignidad de la persona. Estas agencias organizan ferias presenciales en la que publicitan y promueven sus “servicios”.





La consecuencia de lo anterior es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución pese a las normas legales y convencionales indicadas, entra en España sin problemas y acaba integrado en una familia durante un tiempo prolongado. La solución que ha de buscarse ha de partir de ese dato y permitir el desarrollo de estos vínculos. El reconocimiento de esa relación puede realizarse respecto al padre biológico por el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad. Cuando quien lo solicita es la madre comitente, la vía es la adopción.

El estudio de las circunstancias familiares o las valoraciones sobre su idoneidad no debe ser considerado como un obstáculo sino como la satisfacción del interés del menor.

En este caso la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no es un obstáculo excesivo porque la diferencia máxima de edad entre ambos que establece la ley no tiene carácter absoluto.

Esta solución satisface el interés superior del menor y al mismo tiempo salvaguarda los derechos fundamentales de la madre gestante y los niños en general que resultarían gravemente lesionados si en la práctica se potenciara la gestación subrogada comercial.

ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

Os referenciamos la jurisprudencia reciente de derecho de familia del Tribunal Supremo

Por Ana Gloria González Suárez Colegiada 3872

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL

FECHA: 13/01/2022

PONENTE: ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

Sobre si compensación del art. 1438 CC. Sobre si error en la valoración de la prueba o discrepancia con lo que constituye una valoración jurídica. Sobre reiteración de la doctrina de la sala.

En 1ª INSTANCIA se planteó demanda de divorcio y medidas provisionales que, y entre otras, solicita la esposa demandante “el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la demandante de quinientos euros mensuales (500,00 €/mes), durante el plazo de seis años a cargo del demandado D. C, pagadera por meses anticipados...”. ADEMÁS, “ la extinción del régimen económico matrimonial, fijando a favor de ésta como compensación económica por el trabajo para la familia aportado por la esposa, al haberse extinguido el régimen de separación absoluta de bienes, la cantidad de doscientos veintiséis mil ochocientos euros (226.800,00 €) ...”

La Sentencia de instancia finalmente determinó “la fijación de pensión compensatoria a favor de la actora y a cargo del demandado por importe de 200,00 euros/mes durante un año, (...). Y la “fijación de compensación a favor de la actora y a cargo del demandado por importe de 122.790,88 € conforme al artículo 1.438 del Código Civil, a satisfacer por el demandado en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente resolución (...)”.

Contra dicha sentencia interpuso el demandado RECURSO DE APELACIÓN, dictándose igualmente sentencia por parte de la Audiencia Provincial de Toledo Sección Primera, la n.º 5/2021 de fecha 20 de enero de 2021, que estimando el recurso del esposo, revoca en parte la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, y “absuelve al demandado de la pretensión de abono de una compensación, por dedicación a la familia, concedida en favor de Mónica, confirmando la sentencia en todo lo demás”

Contra esta Sentencia de apelación, fue interpuesto por la esposa **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y RECURSO DE CASACIÓN** y que en lo que nos interesa y principalmente se expone:

- Un **MOTIVO ÚNICO**, la **infracción del art. 1438 CC y la vulneración de la doctrina reflejada en las sentencias 658/2019, de 11 de diciembre, y 252/2017, de 26 de abril**, que la recurrente estima conculcada, al considerar la sentencia recurrida que "no tiene derecho a la compensación del artículo 1438 que le fue reconocido en la sentencia de instancia por haber estado dada de alta como autónoma desde el 1 de diciembre de 2017 a 27 de junio de 2019 en la actividad de es decir en la actividad que ejerce el otro cónyuge desde el año 1992, o lo que es lo mismo, por estar dada de alta de forma continuada en la actividad del negocio familiar durante el último año y medio de los dieciocho años que duró el matrimonio".

- El recurrido se **opone al recurso** alegando que "la decisión [...] de cómo iban a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio fue **adoptada de mutuo acuerdo** en la escritura de capitulaciones matrimoniales [...]"; que "En virtud de ese acuerdo, y por decisión propia, la demandante contribuyó con el trabajo doméstico al levantamiento de las cargas, mientras que él ha realizado aportaciones económicas procedentes de su trabajo (...), no justificándose por tanto el derecho de solicitar la compensación prevista por el artículo 1438 del código Civil, que procede cuando el valor del trabajo en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge (...)"; **y que "el trabajo para la casa no tiene por qué generar, por sí solo, un derecho a la compensación, con carácter absoluto y en todos los supuestos; el trabajo doméstico es la contribución de uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio (...)"**.

DECISIÓN DE LA SALA: Sobre la norma contenida en el art. 1438 CC y, más concretamente, sobre su último inciso, se dice y en relación con la **sentencia 534/2011, de 14 de julio**: "El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen [...].

"Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico [...]. "A continuación debe examinarse cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación. El art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esta opción y entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación.

Jurisprudencia relacionada: Sentencia 16/2014, de 31 de enero: "la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares "Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe [...]".

La sentencia 135/2015, de 26 de marzo: "... la sala por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa ... ".

Y en la sentencia 252/2017, de 26 de abril: "En la realidad social actual (...) esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias [...] puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión "trabajo para la casa" contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar [...].

FALLA finalmente el Tribunal Supremo en esta Sentencia que " concurren las condiciones que la norma establece y nuestra doctrina declara para que la recurrente tenga derecho a obtener la compensación del art. 1438 CC (...) puesto que, con arreglo a lo que hemos dicho, el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen, bastando con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación, siendo cosa distinta la determinación de su importe.



TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL

FECHA: 21-02-2022

PONENTE: MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCAN

El TS reitera que el derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Reiteración de doctrina..

En 1ª INSTANCIA D. Nazario formuló solicitud de formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales existente entre éste y su ex esposa D.ª Eva. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Sevilla dictó sentencia de fecha 3 de octubre de 2016, con el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente la solicitud de inventario solicitada por D. N frente a Dña. E establezco que el inventario de los bienes debe quedar de la siguiente forma: "1. En cuanto a las partidas del activo debe estarse a la solicitud presentada por la parte actora, incluyéndose por ello la finca registral N.º..... de Sevilla, ...y el ajuar domestico de la vivienda. "2. En relación al PASIVO debe establecerse un derecho de crédito en favor de la Sra. E por el importe actualizado a contar desde el año 1990, hasta la fecha de la liquidación sobre un importe de 18.000 €.

La Sentencia de primera instancia fue RECURRIDA EN APELACIÓN por ambas representaciones, correspondiendo la resolución de los recursos a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, n.º 2370/17, que dictó Sentencia en fecha 23 de noviembre de 2018, con el siguiente Fallo: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D.ª Eva y estimando el interpuesto por D. Nazario, revocamos la sentencia y excluimos del pasivo la partida de 18.000 euros.

Frente a la anterior D.^a Eva interpone RECURSO DE CASACIÓN, siendo el motivo del RECURSO DE CASACIÓN ÚNICO la “Vulneración, por incorrecta aplicación, de los artículos 1355 y 1323 del Código Civil”, versando la cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación versa SOBRE EL DERECHO DE REEMBOLSO A FAVOR DE UN CÓNYUGE por el importe del dinero privativo empleado en la adquisición de bienes gananciales.

Señala el Tribunal Supremo y como DOCTRINA DE SALA, en relación con el reembolso por el empleo de dinero privativo ingresado en cuenta conjunta y empleado en la adquisición de bienes gananciales (tal y como se señala en la Sentencia del Pleno 295/2019, de 27 mayo, cuya doctrina ha sido reiterada después en las sentencias 415/2019, de 11 de julio, 138/2020, de 2 de marzo, 216/2020, de 1 de junio, 591/2020, de 11 de noviembre y 454/2021, de 28 de junio, entre otras), declaramos que el acuerdo de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, y genera un crédito "por el valor satisfecho" a costa del caudal propio de uno de los esposos (art. 1358 CC), de manera coherente con lo dispuesto en el art. 1362.2.^a CC, conforme al cual, la adquisición de los bienes comunes es "de cargo" de la sociedad de gananciales. En palabras de la citada sentencia 295/2019, “son gananciales los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso.

De acuerdo con esta jurisprudencia reiterada de la Sala/REQUISITOS:

- El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.
- La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.^a CC).
- En el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída para la adquisición del bien ganancial, nace un derecho crédito del cónyuge titular del dinero, que se integra en el pasivo de la sociedad ganancial, por el importe actualizado de las cantidades satisfechas con tal fin (art. 1398.3.^a CC y sentencia 498/2017, de 13 de septiembre).

Fr- El mero hecho de ingreso de dinero privativo en una cuenta común no lo convierte en ganancial. En consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre; 78/2020, de 4 de febrero; 216/2020, de 1 de junio y 637/2021, de 27 de septiembre).

- Con carácter general, es doctrina de la sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta ... El cotitular, que sostenga el ánimo liberalidad, deberá probarlo cumplidamente.

- EN CONCLUSIÓN, en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, no se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 591/2020, de 11 de noviembre, con cita de otras anteriores).

FALLO.- “...” PROCEDE ESTIMAR EL MOTIVO con estimación del recurso de D. Nazario “...La sentencia recurrida, sin negar lo establecido por el juzgado acerca de que se empleó el dinero que la madre donó a la esposa en pagar la vivienda, niega el reembolso (...). Al ser contrario el criterio de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala debemos estimar el recurso de casación y al asumir la instancia declarar que procede reconocer un crédito en el pasivo de la sociedad a favor de la recurrente por el importe actualizado de 18.000 €”.



Sobre proceso de modificación de medidas contencioso, en relación con petición (principal) la extinción del derecho de a la percepción de la pensión compensatoria reconocida a su favor en el Convenio Regular de Divorcio con efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la demanda, y (subsidiaria) limitación temporal de la percepción. Sobre autonomía de la voluntad, libertad de pactos, valor del Convenio regulador como negocio de familia.

En 1º instancia el Juzgado n.º 79 de Madrid dictó sentencia de fecha 15 de febrero de 2019, en cuyo fallo ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda promovida por D. Hugo frente a su ex esposa, y en consecuencia acordó la modificación de las medidas previamente acordadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, y por ende declaraba extinguido el derecho de ésta a la percepción de la pensión compensatoria reconocida a su favor en el convenio regulador de divorcio con efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la presente demanda.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por Dña. A., si bien la Audiencia Provincial de Madrid Secc. 22 confirmó íntegramente la Sentencia de instancia.

Frente a este fallo fue interpuesto por Dña. recurso extraordinario por infracción procesal y RECURSO DE CASACIÓN (vulneración de lo que entiende la recurrente arts. 477.1 y 477.2.3º de la LEC, arts. 90, 100 y 101 del Código Civil, en relación con el art. 1255 del mismo texto legal), y ello por haber declarado extinguido el derecho de Doña A. a la percepción de la pensión compensatoria reconocida a su favor en la Sentencia de Divorcio, en contra de la naturaleza del Convenio regulador como negocio de familia (Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo con fecha 22 de abril de 1997, 15 de febrero de 2002, 21 de diciembre de 1998, 20 de abril de 2012 y de 31 de marzo de 2011).

Fue así que conforme a los términos del Divorcio y Convenio suscrito, en la cláusula séptima relativa a pensión compensatoria, pactaron las partes que por producir el divorcio un desequilibrio económico para la esposa, en aplicación de lo dispuesto en artículo 97 del Código Civil, D. abonaría a D.^a, la cantidad de ... €, en concepto de pensión compensatoria, y asimismo abonar libre y voluntariamente entregaría a D.^a Ángeles la cantidad de TRES MIL QUINIENTOS EUROS MENSUALES (3.500,00 €) [...], estableciendo asimismo que dicha pensión tuviera el carácter de INDEFINIDO, y que ÚNICAMENTE dejaría de estar vigente, eficaz o sería modificada si: 1.- un cambio sustancial en las circunstancias, para el supuesto caso futuro de que D. Hugo le sobreviniere carencia de medios (trabajo o bienes) para seguir haciendo frente a la convenida expresada pensión; 2.- Igualmente cesaría la obligación del Sr. Hugo si Doña Ángeles contrajere un nuevo matrimonio. ADEMÁS establecieron en la condición duodécima del Convenio, bajo el epígrafe "conformidad" que: "Y en prueba de conformidad lo pactan y convienen, por medio del presente documento, en el que después de leído se afirman y ratifican, queriendo dar a estos pactos toda la fuerza de obligar que en derecho sea necesaria, y efecto entre partes desde la firma del presente, firmándolo asistidos y en compañía de sus letrados"...

El argumento principal del actor en la instancia, de cara a tratar de extinguir la pensión compensatoria en favor de su ex esposa, se centró en probar el CAMBIO SUSTANCIAL DE CIRCUNSTANCIAS basado en una prolongada convivencia de la demandada con una nueva pareja, aun cuando "no lo hicieran bajo el mismo techo" ni de forma continua. Por el contrario, argumentó la recurrente que en el convenio regulador suscrito se determinaron, al amparo de la LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, en materia disponible, las causas específicas de extinción de la pensión compensatoria pactada, cuales eran que le sobreviniera al demandante carencia de medios (trabajo o bienes) para seguir haciendo frente a la pensión, o si la demandada contrajera nuevo matrimonio. Se apoya el razonamiento en la sentencia 678/2015, de 11 de diciembre, que fija como doctrina jurisprudencial: "[...] los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos del convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público".

El Tribunal Supremo en esta Sentencia establece que “en Los negocios jurídicos de derecho de familia el principio de la autonomía privada tiene su fundamento positivo en el art. 1 de la CE, que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, así como, en el art. 10 de la referida Carta Magna, en tanto en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, y, por ende, a establecer los pactos que se consideren convenientes para configurar las relaciones jurídicas privadas. Estas facultades de autorregulación (...), no son ajenas al Derecho de Familia (sentencia 572/2015, de 19 de octubre y sentencia 392/2015, de 24 de junio). (...). Por consiguiente, los pactos, que celebran los cónyuges, regulando sus relaciones personales y patrimoniales, son perfectamente válidos y exigibles, siempre que concurren los requisitos de toda clase de contratos (en relación con los arts. 1255 y 1261 del CC).... Relacionadas: STS 116/2002, de 15 de febrero, en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales como manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia. También Sentencias de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998, y la doctrina registral Resoluciones de la DGRyN de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998.

En el mismo sentido, más recientemente, las sentencias 615/2018, de 7 de Noviembre y 102/2022 de 2 de febrero.

Por todo lo anterior nos señala el TS en esta Sentencia y como destacado: “... que las partes son muy libres de convenir las reglas que rijan la prestación de la pensión compensatoria pactada. En el ejercicio de tales facultades, determinaron el concreto régimen de extinción de dicha pensión, en vez de quedar sometidas a las causas legales de los arts. 100 y 101 del CC, lo que, desde luego, no podían ignorar cuando, al suscribir el convenio, se hallaban debidamente asesoradas por sus respectivas abogadas, las cuales además lo suscribieron, conjuntamente, con los litigantes”.). A mayor abundamiento, en la condición duodécima del convenio regulador, bajo el epígrafe "conformidad", acordaron que: "Y en prueba de conformidad lo pactan y convienen, por medio del presente documento,".

Sobre reconocimiento de sentencia dictada por tribunal extranjero fuera de la órbita de la Unión Europea. Del requisito del emplazamiento personal. Sobre Cooperación jurídica Internacional. Inexistente vulneración del derecho constitucional a la educación-escolarización menor. Del derecho de patria potestad y su ejercicio vs. extensión. Del art. 156 y 154 CC en supuestos de ausencia.

En 1ª INSTANCIA (Autos n.º 844/2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 27 de Madrid), se formuló por la madre del menor solicitud de exequátur de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Colombia el día 26 de febrero de 2018 en la que resulta condenado D. Ricardo con la privación de la patria potestad del menor Romualdo y atribución en su totalidad a la madre y dicte auto reconociendo y otorgando la ejecución de la meritada sentencia. Como consecuencia de defecto formal probatorio, sobre prueba documental de la actora, no subsanado por ésta tras requerimiento, la instancia procedió al archivo del procedimiento. La actora formuló RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Madrid, turnado en la Secc. 22, rollo 722/2019, la cual confirmó igualmente lo resuelto en instancia, y no admitiendo a trámite el exequatur planteado.

Finalmente la actora interpone RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DEL RECURSO DE CASACIÓN, por los motivos que expuso, que fundamentalmente se centraron en 1º.- la infracción del derecho fundamental del art. 24 CE, en cuanto al acceso a la jurisdicción (por lo que en la práctica fue la inadmisión a trámite de las peticiones formuladas por la madre del menor), así como por 2º.- vulneración del art. 218 de la LEC, por incongruencia "omisiva". Igualmente y en Casación, por 3º. vulneración del art. 46 de la Ley 29/2015, y 4º art. 27 CE, relativo al derecho fundamental a la educación.

- Sobre el 1º o al derecho a la tutela judicial efectiva, señala en TS en su Sentencia y cita para ello la previa STC 67/2010, de 18 de octubre, FJ 3, cuando señala: "...venimos afirmando que el control constitucional de las decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando aquellas determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial, dado que en estos casos el principio pro actione opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (entre otras, SSTC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 3)".

En el presente caso, no se ha lesionado el art. 24.1 CE, dado que el auto de la Audiencia se ampara en un requisito de orden público, consistente en que el proceso, (...) lo que conforma un requisito elevado a rango legal expresamente contemplado en el art. 46 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional es que " las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán "b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse".

En el caso de autos, la Audiencia requirió expresamente a la recurrente para acreditar la forma en que se llevó a efecto el emplazamiento del demandado, cuestión con respecto a la cual se realizaron las oportunas alegaciones por la promovente y el Ministerio Fiscal. Por consiguiente, la parte obtuvo una decisión razonable de inadmisión fundada en la ley, por lo que no cabe considerar lesionado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso a la jurisdicción. La corrección del juicio de la Audiencia se abordará al resolver el recurso de casación interpuesto.

- Sobre el 2° o incongruencia omisiva 218 LEC, señala que “ una sentencia es incongruente, si concede más de lo pedido por las partes (ultra petita); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (citra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (infra petitem), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero; 267/2020, de 9 de junio; 526/2020, de 14 de octubre; 37/2021, de 1 de febrero y 751/2021, de 2 de noviembre). “... en fin, no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede interpretarse razonablemente como desestimación implícita (entre otras, sentencias 297/2018, de 23 de mayo, 453/2018, de 11 de julio, 661/2017, de 12 de diciembre, y 572/2017, de 23 de octubre)”.

- Sobre el 3° (relacionado con el 1°) sobre vulneración del art. 46 de la Ley 29/2015 que, en su apartado 1 b), proclama que las resoluciones extranjeras no se reconocerán si se hubieran dictado en rebeldía (...) , señala el Tribunal Constitucional que “[...] el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos (...). SSTC 180/2015, de 7 de septiembre, FJ 4, y jurisprudencia allí citada, así como 26/2020, de 24 de febrero).

- Y sobre el 4° o Vulneración al derecho a la educación del menor alegado por la madre y en relación con la inadmisión del exequatur planteado (del art. 27 CE), finalmente resuelve y hace suyo el TS el razonamiento previo del Ministerio Fiscal cuando alega, como óbice formal de inadmisibilidad, “... la circunstancia de que no nos hallamos ante un pronunciamiento seguido por razón de protección de derechos de tal clase al amparo del art. 477.2.1.º LEC, en relación con el art. 249.1.2.º de dicha ley procesal, ni la invocación de tal precepto constitucional guarda relación alguna con la cuestión objeto del presente procedimiento, relativa al reconocimiento de una sentencia dictada por un tribunal extranjero.

Pues bien, en el presente caso, deviene inexplicable la alegación de la vulneración de tal derecho fundamental; pues la escolarización del hijo de los litigantes no exige la privación de la patria potestad de su progenitor, correspondiendo a la madre su ejercicio como, con diáfana claridad, resulta del art. 156 del CC, que se la atribuye en los supuestos de ausencia o imposibilidad del otro progenitor, o en el caso de que vivan separados, pues entonces se ejercerá por aquél con quien el hijo viva que, en este caso, es la madre. Por todo ello, no existe obstáculo legal alguno para que la recurrente proceda a la matriculación de su hijo, sirva de interlocutora con el centro escolar, y sea reputada como representante legal del menor (art. 154.2.º CC).



Sobre Ejecución de resoluciones judiciales. Sobre el incumplimiento reiterado e injustificado de lo pactado en el convenio regulador de las medidas en relación con las estancias de la mascota de la familia con la esposa.

En el presente procedimiento y por Auto de fecha 02/07/202 se despachó ejecución contra D.... requiriéndole para el efectivo cumplimiento del régimen de visitas establecidas a favor de la ejecutante con la perra XXX en los términos contenidos en el convenio ya aprobado por auto de fecha de 05-04-2021, bajo apercibimiento de imposición de multas coercitivas mensuales en caso de persistir en el incumplimiento (reiterado e injustificado desde hace más de un año).

Se ampara el ejecutado en su defensa, y en relación con su incumplimiento de los términos del Convenio suscrito en relación a las estancias de la mascota de la familia con la esposa, motivos de salud de la perra. Pero lo anterior no resulta acreditado en modo alguno, ya que según los informes de la veterinaria que han sido aportados al procedimiento durante el mes de febrero de 2021 la perra presentaba un proceso gastrointestinal (diarrea y vómitos) en tratamiento, lo cual no debía impedir que fuera entregada a D^a informándola debidamente de la pauta alimenticia y la medicación prescrita por la veterinaria. D. ... no acredita a sensu contrario ninguna situación de negligencia o falta de cuidado por parte de la esposa hacia la perra que perjudique el bienestar y la protección del animal, criterio rector para regular los derechos y facultades sobre los animales conforme establece la exposición de motivos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil sobre el régimen jurídico de los animales que aunque ha entrado en vigor con posterioridad a la situación de incumplimiento enjuiciada viene a plasmar los principios que ya eran de aplicación para regular las relaciones y el ejercicio de los derechos sobre los animales domésticos.

En este concreto supuesto, el hecho de devolverla un día mojada porque estaba lloviendo, puesto que según declaró D^a en la vista esa fecha coincidió con las fuertes borrascas que se sucedieron a principios del año pasado, no supone un comportamiento negligente ni consta que fuera la causa de las molestias gastrointestinales que presentaba la perra y que motivaron las visitas al veterinario. Lo que no resulta de ningún modo justificable es que desde aquella fecha la esposa y el hijo común no hayan podido disfrutar juntos de la compañía de la mascota tal y como se pactó por las partes en el convenio regulador de las medidas provisionales.

FALLA la Sentencia “En consecuencia por todo lo expuesto, procede requerir al ejecutado para el inmediato cumplimiento de lo establecido en el convenio regulador en cuanto a las estancias de la perra el primer fin de semana que el hijo menor vaya a pasar en compañía de la madre, con el apercibimiento de incurrir en la imposición de multas coercitivas para el caso de que persista en su incumplimiento, además de la condena en costas del procedimiento a la parte ejecutada.



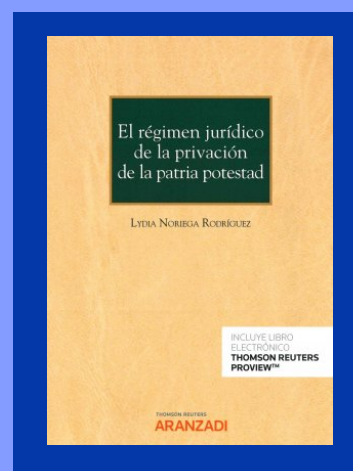
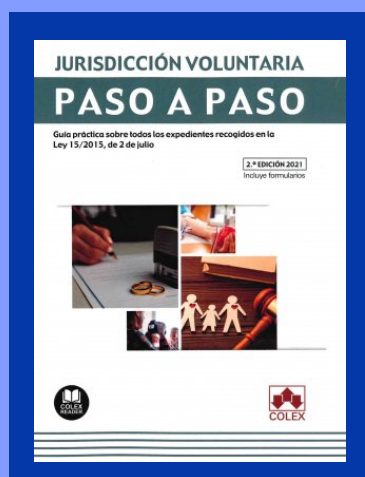
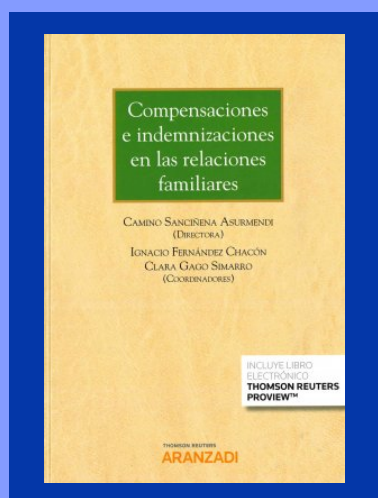
Sobre protección del interés superior del nacido mediante gestación por sustitución. La gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Posibilidad de adopción del niño por la comitente con la que convive y conforma una familia de facto.

Recientísima e interesante Sentencia del Pleno donde la Sala Primera ha resuelto en esta sentencia un RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia que había declarado la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica de un niño nacido de una gestación por sustitución, sin aportar material genético propio, llevada a cabo en Méjico mediante un contrato en el que intervino una agencia mediadora. Se hace mención y desarrolla lo ya declarado también en su Sentencia de Pleno 835/2013 que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. Estos contratos son nulos de pleno derecho conforme al art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello porque el contrato de gestación por sustitución del caso enjuiciado entraña un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables (...).

- Os dejamos TODO EL COMENTARIO Y DESARROLLO DE ESTA SENTENCIA en el ARTÍCULO que para este Boletín (pág. 23) nos hace nuestra compañera MARTA TAMARGO.

NOVEDADES ADQUIRIDAS ESTE TRIMESTRE POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO

Este trimestre aprovechamos para recordaros que podéis hacer sugerencias en la biblioteca sobre libros que podrían interesar.



FORMACION

FORMATO 20x20

NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

PONENTE DOÑA PILAR JIMENEZ BLANCO
CATEDRATICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO FACULTAD DE
DERECHO DE OVIEDO

La evolución que existe desde la mitad del siglo XX en el mundo se ve plasmada en el Derecho, la globalización ha llevado a que el Derecho de Familia se internacionalice, las familias se han internacionalizado por diferentes motivos, bien sean laborales, asilo político, jubilación, y cuando se plantea un divorcio u otro litigio familiar tenemos que ver que Estado es competente judicialmente.

Las guerras, la inmigración han hecho que los diferentes Estados busquen una solución mediante los Tratados Internacionales, Convenios de Cooperación. España desde su entrada en la Unión Europea se ha visto inmersa en una diversidad legislativa que regula diferentes aspectos para los ciudadanos de los Estados miembros.

Hemos tenido en el Colegio a la Catedrática Dña. Pilar Jiménez Blanco que nos ha dado respuesta a diferentes preguntas y dudas que se nos plantean en el despacho cuando nos encontramos con un matrimonio de diferente nacionalidad, menores extranjeros, refugiados o inmigrantes sin permiso de residencia en el que tenemos que tener en cuenta el Derecho Internacional Privado para darles solución a sus problemas. Estas son las cuestiones que han planteado los compañeros a nuestra ponente:



1ª.- EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO DE DOS CÓNYUGES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA RESIDENTES EN EL EXTRANJERO (P. EJ. LONDRES) QUE ADEMÁS NO HAN TENIDO HIJOS, SENTADA LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR APLICACIÓN DEL ART. 3.1 B) DEL REGLAMENTO DE “BRUSELAS II BIS”, EL PROBLEMA QUE SE PLANTEA SERÍA EL DETERMINAR EL TRIBUNAL ESPAÑOL TERRITORIALMENTE COMPETENTE SI LOS CÓNYUGES NUNCA HAN RESIDIDO EN ESPAÑA, Y ADEMÁS EL DE CUAL SERÍA LA LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO SEGÚN LOS CRITERIOS DEL REGLAMENTO “ROMA III”.

RESP.: Tribunales españoles con competencia internacional (Bruselas II Bis) y próximo Bruselas II Ter (verano 2022))

Pero si no ha habido domicilio en España debemos buscar una cláusula de cierre, como la sumisión tácita, bien por comparecencia del demandante, bien por rebeldía del demandado. Si el demandado impugna la competencia, dando al traste con la sumisión tácita del demandante, deberíamos buscar alguna conexión con la “Vecindad Civil”, basada históricamente en domicilios previos (del demandante, por ejemplo). Los Tribunales Españoles si serán competentes, si o si.

Derecho Aplicables: Roma III, Reglamento, podrían elegir su el Derecho aplicable al Divorcio, bien español, bien británico, si bien el 2º es principal por ser su lugar de residencia.

1ª.- EN CASO DE DIVORCIO CONTENCIOSO DE DOS CÓNYUGES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA RESIDENTES EN EL EXTRANJERO (P. EJ. LONDRES) QUE ADEMÁS NO HAN TENIDO HIJOS, SENTADA LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES POR APLICACIÓN DEL ART. 3.1 B) DEL REGLAMENTO DE “BRUSELAS II BIS”, EL PROBLEMA QUE SE PLANTEA SERÍA EL DETERMINAR EL TRIBUNAL ESPAÑOL TERRITORIALMENTE COMPETENTE SI LOS CÓNYUGES NUNCA HAN RESIDIDO EN ESPAÑA, Y ADEMÁS EL DE CUAL SERÍA LA LEY APLICABLE AL PROCEDIMIENTO SEGÚN LOS CRITERIOS DEL REGLAMENTO “ROMA III”.

RESP.: Tribunales españoles con competencia internacional (Bruselas II Bis) y próximo Bruselas II Ter (verano 2022))

Pero si no ha habido domicilio en España debemos buscar una cláusula de cierre, como la sumisión tácita, bien por comparecencia del demandante, bien por rebeldía del demandado. Si el demandado impugna la competencia, dando al traste con la sumisión tácita del demandante, deberíamos buscar alguna conexión con la “Vecindad Civil”, basada históricamente en domicilios previos (del demandante, por ejemplo). Los Tribunales Españoles si serán competentes, si o si.

Derecho Aplicables: Roma III, Reglamento, podrían elegir su el Derecho aplicable al Divorcio, bien español, bien británico, si bien el 2º es principal por ser su lugar de residencia.

2ª.- CUBANA QUE TIENE UN HIJO CON UN SUECO EN SUECIA, SE VIENE A VIVIR A ESPAÑA CON EL NIÑO. DESPUÉS DE DISTINTOS JUICIOS UN JUEZ DE OVIEDO DECLARA LA FILIACIÓN, ENTIENDO QUE LA OTRA PARTE ESTÁ ESPERANDO A QUE SE ANOTE EN EL REGISTRO CIVIL PARA SOLICITAR MEDIDAS PATERNO FILIALES PARA EL PADRE QUE VIVE EN SUECIA. AHORA LE OFRECEN UN TRABAJO EN EEUU ¿PUEDE LLEVARSE AL NIÑO ANTES DE QUE SE DICTEN LAS MEDIDAS PATERNOFILIALES?

RESP.: Efectivamente puede llevarse al menor, no hay resolución judicial, pero ojo con el Convenio de la Haya y la Sustracción Internacional de Menores. La salida del Territorio es aconsejable siempre que haya autorización judicial, dado que probablemente la extensión de su custodia por no tener medidas hacia el padre aun reconocidas, pueden ser limitadas.

3ª.- ESPAÑOL CASADO EN OVIEDO CON BRITÁNICA EN 1996, QUE FIJAN RESIDENCIA EN LONDRES Y, EN 1997, ADQUIEREN INMUEBLE EN ALICANTE CON INTENCIÓN DE FIJAR SU RESIDENCIA PERMANENTE. UNOS MESES ANTES DE SU DIVORCIO, SE EMPADRONAN EN ALICANTE Y DESVÍAN HACIA ALLÍ TODA SU CORRESPONDENCIA Y GESTIONES BANCARIAS. CUANDO ELLA PLANTEA EL DIVORCIO, EL ESPOSO SE MARCHA A AUSTRALIA A TRABAJAR Y NO FACILITA DIRECCIÓN O TELÉFONO DE CONTACTO ALGUNO. EL DIVORCIO CONTINUO SU TRAMITACIÓN HASTA SENTENCIA FIRME (1999) SOLO CON LA ESPOSA (EL EN REBELDÍA). AHORA EL ESPOSO QUIERE CASARSE EN ESPAÑA CON SU NUEVA PAREJA Y, PARA ELLO, PRECISA EL RECONOCIMIENTO DEL DIVORCIO DEL PRIMER MATRIMONIO. ¿ES NECESARIO RECURRIR AL EXEQUATUR?

¿AFECTA AL CASO EL BREXIT EN CUANTO A LA LEY APLICABLE?

¿AL HABER SIDO UN DIVORCIO CON ÉL EN REBELDÍA, DEBERÍA O SERÍA MÁS ACONSEJABLE INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN ESPAÑA?

¿QUÉ JUZGADO SERÍA COMPETENTE, OVIEDO O ALICANTE? EL RESIDE EN OVIEDO, PERO NUNCA MODIFICÓ EL EMPADRONAMIENTO EN ALICANTE.

RESP.: a) Exequatur. No es necesario, basta el reconocimiento automático del encargado del Registro Civil donde pretende celebrar el 2º matrimonio (expediente previo). Artículo 96 Ley Registro Civil

b) No afecta el Brexit a la ley aplicable

c) No tiene por qué. Lo importante de este caso, es saber, sin ficciones, donde si tenía la residencia “real” al tiempo del divorcio, de plantearse la demanda. Parece que Alicante fue pura ficción, que no desvirtuó el tema del domicilio de cara a la ley aplicable

d) Cuestión de prueba: probar la vecindad civil real o vecindad administrativa.

4ª.- DIVORCIO DE EXTRANJEROS REFUGIADOS CON ASILO POLÍTICO Y CUYO PAÍS NO SON PARTE DEL CONVENIO DE LA HAYA. NO TIENEN LA DOCUMENTACIÓN LEGALIZADA EN SU PAÍS DE ORIGEN PARA PODER INICIAR LOS TRÁMITES DE DIVORCIO, QUE OPCIONES PODEMOS DARLES.

RESP.: Asilo, Refugiados, los tribunales españoles serán competentes si o si.

Si no se puede obtener la documentación en el país de origen, toda la normativa internacional va en la línea de flexibilidad probatoria, son pro-divorcio. Se pueden arbitrar otras vías para probar las relaciones familiares, vínculos, ect.. en este sentido hay numerosas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Art. 12.2 Convención de Ginebra.

5ª.- ¿QUE COMPETENCIA TIENEN LOS NOTARIOS ESPAÑOLES PARA AUTORIZAR ESCRITURAS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO DE DOS CIUDADANOS EXTRANJEROS, CON MATRIMONIO CONTRAÍDO FUERA DE ESPAÑA, PERO QUE LLEVAN 5 AÑOS VIVIENDO AQUÍ Y DESEAN DIVORCIARSE VÍA NOTARIAL?

RESP.: Reglamentos Bruselas II bis y II Ter (entra en vigor en verano de 2.022). Los Notarios para estos efectos son órganos jurisdiccionales, y por tanto ir al Reglamento a comprobar su competencia.

Tienen plena competencia judicial internacional, por ser lugar de residencia. Su competencia territorial, Art. 54 Ley del Notariado, ultimo domicilio común o último domicilio del solicitante. Sobre la extensión de cuanto puede abarcar el divorcio, es decir, en que supuestos pueden o no pueden divorciar, aquí opera la extensión y límites del Derecho Español.

6ª.- MATRIMONIO FORMADO POR UN ESPAÑOL Y UNA COLOMBIANA, QUE CONTRAJERON MATRIMONIO EN COLOMBIA Y CUYA RESIDENCIA HABITUAL ES BURDEOS. ¿LOS JUZGADOS DE QUÉ PAÍS SERÍAN LOS COMPETENTES PARA CONOCER DEL DIVORCIO DE ESTAS DOS PERSONAS?

RESP.: La demandante puede plantear ante los Tribunales franceses (Bruselas II bis) art. 3 competencia judicial internacional. Luego a nivel de Juzgado Competente Territorialmente dependerá de la residencia o vecindad en la ciudad concreta francesa.

7ª.- RECONOCIMIENTO MUTUO DE PATERNIDAD A EFECTOS DE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL COLECTIVO LGTBI Y CONSECUENCIAS DE LA NEGATIVA A RECONOCER LA PATERNIDAD DE UN MENOR POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE.

RESP.: Cada Estado es soberano sobre materia de Derecho Civil. En la Unión Europea hay muchos países muy combativos con la homosexualidad, la Unión Europea dice que, si en un país de la Unión se adquiere un estatus jurídico, también familiar, independientemente de tu vinculación sexual por principio de reconocimiento mutuo debe de tener el mismo estatus en otro país de la Unión Europea. Otra cuestión que también protege la Unión Europea es el Derecho de los Niños, el Estatuto de los Niños.

8ª.- REGULACIÓN PATERNO FILIALES MUTUO ACUERDO. MADRE CUBANA NACIONALIZADA ESPAÑOLA, RESIDENTE EN ESPAÑA HACE 9 AÑOS. NO CASADOS. PADRE FRANCÉS RESIDE ACTUALMENTE EN FRANCIA. NO ESTÁN CASADOS. TIENEN UNA NIÑA DE 1 AÑOS Y MEDIO RESIDENTE EN ESPAÑA, PERO NACIDA EN FRANCIA. ¿PUEDE INTERPONERSE DEMANDA DE MUTUO ACUERDO EN ESPAÑA?

RESP.: Los Tribunales españoles son competentes, no importa la nacionalidad de la menor, importa el Foro de Residencia, da igual que sea contencioso o de mutuo acuerdo.

9ª.- EN QUE SUPUESTOS SON APLICABLES LOS REGLAMENTOS DE LA UE 2016/1103 Y 2016/1104.

RESP.: Los Reglamentos de la Unión Europea 2016/1103 y 2016/1104, sobre régimen económico matrimonial y son aplicables para la competencia judicial internacional de forma exclusiva.

El 29 de enero de 2019 es una fecha crítica que marca la diferencia, conforme a esta se debe de conocer la fecha de celebración de matrimonio. La residencia habitual al momento de celebración del matrimonio es la clausula de cierre, la que vincula, desde dicha fecha 29 de enero de 2019, por tanto, la nacionalidad común antes si era aplicable, ahora ya no es operativa. Por lo tanto con españoles que residen en otro país de la Unión Europea y quieran contraer matrimonio allí, lo importante es que hagan CAPITULACIONES MATRIMONIALES y que OPTEN POR LA LEY APLICABLE.

10ª.- MATRIMONIO CONTRAÍDO EN ESPAÑA, CÓNYUGES DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y NACIONALIZA SUIZA. DIVORCIO EN SUIZA, EN LA SENTENCIA SE ACUERDA EL DIVORCIO Y ADEMÁS SE FIJA QUE EL PISO SITO EN ESPAÑA SE LO ADJUDICA EL ESPOSO COMPENSANDO A LA ESPOSA ECONÓMICAMENTE.

En España no se ha inscrito el divorcio, ni tampoco en el Registro de la Propiedad se ha modificado la titularidad del bien, figurando a nombre de ambos esposos.

Fallece el esposo en España, hijos de doble nacionalidad residiendo en Suiza. Se procede a la adjudicación de la herencia, pero previamente hay que inscribir el divorcio de los padres y modificar la titularidad del bien.

¿Con el exequatur se solucionaría esta problemática? ¿Sería inscribible la sentencia del exequatur en el registro de la propiedad?

RESP.: Existe Convenio Bilateral con Suiza. Hay que ir directamente al RECONOCIMIENTO AUTOMATICO, sin exequatur, art. 59 de Cooperación Jurídica Internacional. El reconocimiento automático del encargado del Registro Civil es título suficiente para que luego se pueda inscribir en el Registro de la Propiedad la adjudicación del bien.

11ª.- SENTENCIA QUE FIJA PENSIÓN DE ALIMENTOS CON AUTO POSTERIOR DESPACHANDO EJECUCIÓN. ALIMENTANTE QUE TRABAJA EN EL EXTRANJERO PARA EMPRESA EXTRANJERA. ¿COMO CONSEGUIR RETENCIÓN DE SU SALARIO Y EMBARGO DE SALDOS DE CUENTAS BANCARIAS?

RESP.: El despacho de ejecución debe de hacerse en el país donde reside el ejecutado. El juez español no puede decretar un embargo sobre cuentas de otro país. Hay una limitación a la competencia.

Es muy útil la Orden Europea de retención de cuentas, Reglamento 655/2014. Solicitar al Tribunal Español que emita una orden de retención de cuentas, es una retención preventiva para la que si es competente el Tribunal español. O bien, acudir ante la autoridad competente del país donde se debe de ejecutar. La ejecución forzosa no está unificada en la Unión europea, siempre va a ir por el Derecho del Estado de la Ejecución, Reglamento 4/2009.

12ª.- "PAREJA DE HECHO DE NACIONALIDAD PARAGUAYA, CON HIJA MENOR, RESIDENTES MADRE E HIJA EN ESPAÑA DESDE EL AÑO 2017, PADRE EN PARAGUAY, Y QUE HA DESTENDIDO COMPLETAMENTE TODAS SUS OBLIGACIONES CON LA MENOR. SE INICIA POR LA MADRE PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS PATERNOFIALES ANTE LOS JUZGADOS DE OVIEDO, POR COMPETENCIA TERRITORIAL DE DOMICILIO DE LA MENOR. EL PROCESO SE DILATA DURANTE TRES AÑOS, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE NOTIFICACIÓN DE DEMANDA Y RESTO RESOLUCIONES DEL PROCEDIMIENTO AL PADRE, POR ESTAR EN PARAGUAY. TODAS LAS NOTIFICACIONES INSTADAS A TRAVÉS DE LAS COMISIONES ROGATORIAS Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL NO SURTEN NINGÚN EFECTO EN PARAGUAY, NI SIQUIERA CONSTA AL JUZGADO SU RECEPCIÓN, POR LO QUE FINALMENTE ES DICTADA SENTENCIA, EN REBELDÍA DEL PROGENITOR".

ANTE LA NECESIDAD DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PARA RECLAMAR ALIMENTOS QUE NUNCA HAN SIDO ABONADOS, Y ANTE EL "FALLO" APARENTE DE ESTA COOPERACIÓN INTERNACIONAL CON PARAGUAY ¿QUÉ CAUCE O CAUCES, PRINCIPAL O SUBSIDIARIO, DEBERÁ INSTARSE PARA LLEGAR A NOTIFICAR Y FINALMENTE EJECUTAR Y EMBARGAR LOS BIENES DEL DEUDOR EN PARAGUAY? ¿CUÁL SERÁ LA NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE?

RESP.: Paraguay no es parte en casi ningún Convenio o Tratado Internacional. Convención Interamericana del 75, Convenio de Cooperación. La ejecución sería según el Derecho Paraguayo.

La vía más internacional es el sistema "Iber Red" del cual, si es parte Paraguay, y se debe de hacer a través del Ministerio de Justicia.

Otra opción es utilizar el Fondo de Garantía de Alimentos que hay aquí en España, y que este reclame con posterioridad al deudor en Paraguay.

13ª.- ESPAÑOL CONDENADO POR SENTENCIA FIRME POR VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA QUE, ADEMÁS DE LA PENA CORRESPONDIENTE, LE IMPONEN COMO ACCESORIA UNA ORDEN DE ALEJAMIENTO Y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN, SU PAREJA, Y VÍCTIMA, TIENE NACIONALIDAD GUATEMALTECA Y PERMISO DE RESIDENCIA EN ESPAÑA. VIGENTE LA ACCESORIA DE ALEJAMIENTO TENEMOS CONOCIMIENTO DE QUE AMBOS COINCIDIRÁN EN GUATEMALA, ÉL TIENE UN TRABAJO ALLÍ Y ELLA TIENE PREVISTO EN LAS MISMAS FECHAS VIAJAR A VISITAR A LA FAMILIA. CUESTIONES: VIGENCIA Y ALCANCE DE LA MEDIDA IMPUESTA EN GUATEMALA, EN CASO DE ENCUENTRO ¿ELLA PUEDE ESGRIMIR LA SENTENCIA ESPAÑOLA A FIN DE PROCURAR SU APLICACIÓN? EN CASO DE ENCUENTRO EN GUATEMALA ¿SE PUEDE, A POSTERIORI, INTERPONER DENUNCIA EN ESPAÑA POR EL QUEBRANTAMIENTO?

RESP.: Reglamento 606/2013 en materias civiles y su reconocimiento. Recoge las ordenes de alejamiento. Muy importante en la Unión Europea, es un instrumento muy útil para el reconocimiento en la Unión Europea. En Guatemala, hay que instar la ejecución, va a resultar difícil.

En España sería un quebrantamiento, art. 23.4 I) LOPJ si es posible presentar denuncia

14ª.- ¿ES NECESARIO EL RECONOCIMIENTO PREVIO DEL AUTO DESPACHANDO EJECUCIÓN Y DECRETO DE EMBARGO (INCLUSO DE LA SENTENCIA) POR UN TRIBUNAL DEL PAÍS EXTRANJERO?

RESP.: La ejecución la tendrá que instar en el país del ejecutado Reglamento 4/2009

15ª.- ¿QUÉ POSIBILIDAD HAY DE ACCEDER A LA INFORMACIÓN PATRIMONIAL DE UN RESIDENTE EN PAÍS EXTRANJERO A TRAVÉS DE UN JUZGADO ESPAÑOL DONDE SE TRAMITA LA EJECUCIÓN?

RESP.: Depende del país (Unión Europea 655/2014 art 24 Reglamento de Colaboración Europea, Reglamento 4/2009 sobre alimentos.

16ª.- UNA PAREJA DEL MISMO SEXO DE NACIONALIDAD POLACA, O CUALQUIER NACIONALIDAD QUE DECIDEN CASARSE EN ESPAÑA, PERO EN SU PAÍS NO ESTÁ RECONOCIDO EL MATRIMONIO DE AMBOS SEXOS. SI DECIDEN ADQUIRIR PROPIEDADES EN SU PAÍS, COMO SE INSCRIBEN LAS PROPIEDADES EN EL CORRESPONDIENTE REGISTRO, O SI ADQUIEREN PROPIEDADES EN PAÍSES QUE NO ESTÁ RECONOCIDO EL MATRIMONIO DE PAREJAS DE AMBOS SEXOS.

RESP.: ACUERDOS PREMATRIMONIALES. EL DERECHO REGISTRAL NO ESTÁ UNIFICADO EN LA UNIÓN EUROPEA, POR TANTO, RIGE EL DERECHO DEL PAÍS DONDE SE ADQUIERE LA PROPIEDAD. SE ADQUIRIRÁ EN PROINDIVISO.

POR JUANA MARIA GOMEZ MARTIN
COLEGIADA 4.512

COLOQUIOS EN FAMILIA

LA PERICIAL EN PROCESOS DE FAMILIA Y DIVISION DE PATRIMONIOS. ASPECTOS PRACTICOS.

El pasado 15 de febrero en una nueva edición de nuestros Coloquios en Familia, estuvimos acompañados de D. Rafael Martín del Peso, Presidente de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, y de Dª Paz Fernandez-Rivera González, Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Oviedo y Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de Oviedo, que nos hablaron de la importancia de la prueba pericial tanto en los procesos de familia como en las divisiones de patrimonio.



Por lo que respecta a las periciales del equipo psicosocial, se resaltó la importancia de dicha prueba; la necesidad de entrevistarse con ambos progenitores y sus hijos, y centrarse en lo que es el objeto del procedimiento. Se aportan en ocasiones, ante los retrasos que sufren los distintos Equipos Psicosociales, periciales privadas, que suelen adolecer del defecto de analizar la situación de uno solo de los progenitores, el que la presenta, siendo necesario, que estos informes se centren en ambos progenitores. La Sección 7ª, que preside Rafael del Peso, siempre pide de oficio un informe de estos equipos. Como jurisprudencia relativa a este tema se mencionó la STS de 16 de junio de 2020, Sentencia de 18 de octubre de 2021 de la Sección Sexta o la de 30 de septiembre de 2021 de la Sección Séptima.

En cuanto a las periciales de carácter económico es importante tener en cuenta que los procesos de familia no son procesos destinados a probar exhaustivamente los ingresos de las partes como ocurre en los procesos societarios, por ello se permite en los informes periciales aportar datos indiciarios o estimativos, normalmente elaborados por economistas. Así se mencionaron la Sentencia de la Sección 1ª de fecha 10 de noviembre de 2020 o la del 13 de enero de 2017 de la Sección 6ª.

Ante el debate de qué perito sería el idóneo para valorar bienes de carácter inmueble, Rafael Martín del Peso, como Presidente del Jurado Provincial de Expropiación apuntó la idoneidad de un arquitecto en ejercicio, sobre todo por su dominio de la ley del suelo y especialmente si en la valoración se usa el método residual, aunque también podría valer un agente de la propiedad inmobiliaria cuando lo que se usa es el método comparativo. En ambos casos es importante que el Letrado asesore al perito jurídicamente y centrarse en lo que es objeto de debate en el procedimiento. Como sentencias ilustrativas de los usos en los procedimientos de los métodos tanto comparativo como residual se destacaron la de la Sección 4ª de 3 de mayo de 2021; la de 6 de junio de 2016 de la Sección 4ª; la de 28 de septiembre de 2021 de la Sección 7ª o la de 25 de mayo de 2015 de la Sección 6ª.

Los bienes muebles que se valoran en un divorcio integran desde efectos personales, utensilios domésticos y de uso diario, muebles de uso particular y familiar, así como joyas, arte, electrodomésticos hasta acciones o participaciones de una empresa. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

Toda valoración de mobiliario, está sujeta a estos tres factores: vida útil, estado, depreciación y uso. La pérdida de valor que tienen en los primeros años de su uso equipo electrónicos, ordenadores y demás, no es la misma que puede tener el mueble de comedor donde se ubica el televisor (No es lo mismo valorar un sofá que valorar un televisor o una lavadora). Todo este tipo de aspectos son importantes a la hora de valorar el contenido de una vivienda. Pero es que además desde el momento del inicio de proceso de divorcio, hasta que se liquida la sociedad conyugal y por tanto los bienes comunes, ese mobiliario sufre un deterioro propio y normal, la llamada depreciación de los bienes.

Las titulaciones de los peritos que valoren estos bienes muebles deben de ser muy específicas y corresponde al Letrado decidir cuál va satisfacer mejor sus pretensiones, por lo que es importante partir de lo que se pretende jurídicamente.

Otra opción es establecer un porcentaje globalizado al valor total del mobiliario, en base a su valor, siempre que medie acuerdo amistoso entre las partes, estableciendo un 3% de acuerdo a lo estipulado en el impuesto de sucesiones. Como sentencias ilustrativas de la valoración de bienes muebles se mencionaron la de la Sección 6ª de 23 de diciembre de 2020 o la de 31 de enero de 2022 de la Sección 6ª.

Otra de las periciales comunes en los procesos de familia y división de patrimonio son los de los automóviles, que no serán igualmente valorados cuando solo se dedican al uso normal de la familia que cuando forman parte de una industria (taxis, furgonetas de empresa, camiones de transporte..). Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de julio de 2014, o la de 22 de febrero de 2019 de la Sección 6ª.

Se hizo mención también a varias sentencias de la Audiencia Provincial sobre valoración de patentes, maquinaria industrial, explotaciones ganaderas, participaciones empresariales y dividendos. Sentencia de la Sección 6ª de 7 de junio de 2019; Sentencia de la Sección 6ª de fecha 2 de febrero de 2015, Sentencia de la Sección 6ª de 13 de noviembre de 2018.

Como conclusión hay que destacar por un lado que la prueba pericial, es de capital importancia para determinados procedimientos y debe ser controlada y fiscalizada por la parte que la propone para que su desarrollo sea lo más completo y correcto posible. Además, debe recordarse a los peritos que la finalidad de su informe es CONVENCER AL JUEZ, no se trata de informes técnicos dirigidos a sus colegas, por lo que han de estar redactados con un lenguaje claro y comprensible y dotados de una adecuada motivación.

Como recomendación el abogado/a no ha de limitarse a recibir el informe que le remite su perito y enviarlo al Juzgado, sino que ha de efectuar una valoración crítica de su propio informe, ha de hacer de “abogado del diablo “ de su propio informe pericial aunque le favorezca (y precisamente por ello), reseñando los posibles defectos e incongruencias que pueda contener y reuniéndose con el perito para trasladar sus dudas y que se rehaga el informe en su caso en aras de que se presente ante el juzgado un dictamen exhaustivo y difícil de rebatir. Si la actuación pericial se emite en una materia regida por normas jurídicas, la crítica del abogado ha de ser más rigurosa, si cabe.

Por M^a Paz Díaz Díaz
Colegiada 3738