

EN FAMILIA

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

ÍNDICE

Indemnización por el uso de la vivienda en la LSG.- pag.1

Matrimonio gitano y pensión de viudedad.- pag 7

Detectives en proceso de familia.- pag 10

Momento de aportar informe de detectives.- Pag.11

La posesión de estado en la impugnación de filiación por complacencia.- Pag 15

El Divorcio y la capacidad modificada.- Pag. 17

Formación.- Pag 23

Repartiendo que es gerundio.- Pag 30

Cachitos e Hierro y Cromo II. Los Gastos Extraordinarios. Pag 35

Reembolso de Gastos del inmueble común en la L.S.L.G.- Pag .44

Novedades adquiridas por la biblioteca del ICAO.- pag. 46

Refuerzos de Equipos Psicosociales.- Pag. 47



Indemnización por el uso de la vivienda en LSG

Por Borja Alvarez Iglesias Col. 4056

Resulta extraño, en vía de principio, que un/a abogadx de publicidad a una Sentencia que le quita la razón, pero lo cierto es que cuando esa Sentencia, como es el caso, innova de tal modo la jurisprudencia que puede dar lugar a nuevas vías de actuación o puede servir al resto de lxs compañerxs a la hora de afrontar otros casos que tengan en el despacho, parece buena idea no sólo publicarla sino incluso comentarla.

Se trata de la reciente Sentencia de la Secc. 6ª de la AP de Oviedo nº 62/2021 de fecha 16 de febrero de 2021, ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Cutiérrez García y resulta interesante el planteamiento sobre la inclusión y exclusión de diversas partidas del inventario de una sociedad de gananciales.

El supuesto de hecho es el siguiente: matrimonio en sociedad de gananciales, el esposo fallece en 1977 y la esposa en 2013; en el procedimiento se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales conjunta con la división de la herencia. La Sentencia recaída en la vista de la formación de inventario se recurre por la apelante en base a cuatro motivos, uno de ellos carece de especial interés por versar sobre la valoración concreta de la prueba; pero los otros tres pueden resultar, creo, que gran interés por cuanto fijan en algún caso y modifican en otros la doctrina jurisprudencial hasta ahora mantenida:

1º.- “(...) vulneración del plazo para incluir partidas en el inventario con posterioridad a la demanda, sin que exista motivación de su inclusión en la resolución, por cuanto las partidas del pasivo que el actor atribuye en su solicitud inicial en la herencia pretende transmutarlas en partidas del pasivo de la sociedad de gananciales en la comparecencia de inventario”.

En este punto la Audiencia no estima el motivo de recurso y mantiene su posición jurisprudencial sobre el momento preclusivo de la inclusión de bienes establecido por el art. 809 LEC: el momento de la comparecencia para la formación de inventario ante el LAJ del Juzgado. Parte la Audiencia en su razonamiento de una explicación didáctica del procedimiento: “el procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial, viene estructurado en la vigente L.E.C, como así resulta de la regulación contenida en sus arts. 809 y 810, distinguiendo dos fases bien diferenciadas, independientes y preclusivas entre sí.



Una primera de formación de inventario, fase en la que debe cerrarse el debate sobre el carácter ganancial o no de los bienes, créditos y deudas que han de integrarse en el mismo, pues para debatir sobre el carácter ganancial o no de un bien o deuda basta con describirlos de modo que no exista duda acerca de aquel que se pretende incluir siendo su valor irrelevante y, ello con la única excepción de los derechos de crédito, que muy al contrario que los bienes, deben ser cuantificados en la primera fase de inventario pues la inclusión como tales de meras expectativas carentes de concreta cuantificación y que se ignora si se van o no a materializar y por qué cuantías, pugna abiertamente con el principio de claridad y precisión que el art. 399 de la L.E.C, exige a toda pretensión, ya difícilmente puede discreparse sobre la procedencia o no de un crédito del que se desconoce si se va no a generar y sobre manera cuál es su valor, así como con la prohibición de pronunciamientos indeterminados contenida en el art. 219 de la L.E.Civil.

La segunda fase es la liquidatoria o propiamente divisoria, en la que los arts. 784.2 y 786 de la LEC sitúan la de avalúo, fase esta que exige como requisito de procedibilidad que esté concluida la de inventario”.

Y acaba reiterando su doctrina jurisprudencial: “el momento preclusivo para la inclusión de todos aquellos bienes y/o créditos cuya existencia fuera conocida en la fecha de su formalización, es el de las correspondientes propuestas realizadas ante el Letrado de la Administración de Justicia en la comparecencia regulada en el art. 808 de la L.E.Civil, momento en que ha de estimarse queda trabada la litis a estos efectos”.

2º.- “(...) exclusión también dentro del activo de un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales formada por uno de los herederos por el uso exclusivo y excluyente del inmueble, bien ganancial, desde el fallecimiento de la esposa”.

En este caso uno de los herederos de la sociedad ganancial se mantiene, por acuerdo previo con el otro (en contrato firmado y a cambio de una contraprestación: el abono de los gastos de residencia de la esposa), en el uso “exclusivo y excluyente” de la vivienda ganancial que en el procedimiento trata de dividirse, siendo así que tras el fallecimiento de la esposa el otro coheredo le requiere a fin de que cese en dicho uso o, en su caso, le indemnice por tal uso y disfrute.

“el momento preclusivo para la inclusión de todos aquellos bienes y/o créditos cuya existencia fuera conocida en la fecha de su formalización, es el de las correspondientes propuestas realizadas ante el Letrado de la Administración de Justicia en la comparecencia regulada en el art. 808 de la L.E.Civil, momento en que ha de estimarse queda trabada la litis a estos efectos”.

En este caso la Audiencia Provincial decide, desde mi punto de vista, reinterpretar la doctrina jurisprudencial e “incluir este derecho de crédito, por aplicación de las normas sobre comunidad hereditaria que declara ilegítimo el uso exclusivo y excluyente de la vivienda por parte de uno de los comuneros (...)” y ello en base al siguiente razonamiento:

“Una vez producida, la disolución de la sociedad legal de gananciales, nace una comunidad postganancial (...) una vez producida la expresada disolución, los bienes que hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, los herederos) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma.

Es cierto y así lo tiene dicho esta sala en la sentencia de 10 de julio de 2019, rollo 213/2019 citado por el recurrente respecto a una situación como la presente de uso exclusivo y excluyente de un inmueble común, y que como en el actual se reclama una indemnización de daños y perjuicios por ese uso exclusivo.

Y como en la citada sentencia se recoge es doctrina absolutamente mayoritaria de las Audiencias, que encuentra pleno apoyo en la jurisprudencia del TS, recogida con amplia cita de precedentes en su sentencia de fecha 19 de febrero de 2016, la que viene admitiendo la procedencia de tal indemnización de daños y perjuicios.

La STS de 19 de febrero de 2016, en la que admite la procedencia de tal indemnización, fija su doctrina acerca del significado del artículo 394 CC, y su relación con el artículo 398 del mismo cuerpo legal, razonando al respecto que “Si bien el artículo 394 CC no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los copartícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre, cuando, como en el caso a que se refiere este recurso, se trate de vivienda o chalé, pues el uso indiscriminado y promiscuo por todos los condueños



(que además están enemistados), aunque sea con carácter temporal hasta que se lleve a efecto la disolución de la comunidad, supondría la creación de una previsible fuente de conflictos y discordias”, para concluir en base a ello que “Hay que sostener, en fin que a falta de acuerdo válido de reglamentación específica del uso de la cosa común, no incumbe al comunero imponerse a sí mismo el límite del que su uso «no perjudique el interés de la comunidad». Con la consecuencia de que, “si el partícipe viene usando más que los demás, aunque tal uso fuera incompatible con el de los otros, eso por sí solo no lo convierte en un uso sin causa, sin justificación e ilícito, de modo que pueda dar lugar a una acción de enriquecimiento o de resarcimiento del daño. Para ello parece necesario infringir una reglamentación específica del uso, o un requerimiento -caso de no existir aquella- del comunero lesionado por uso incompatible con su derecho”

De la misma resulta que si bien un uso exclusivo derivado normalmente de una situación anterior legítima, como es el caso aquí enjuiciado, no comporta la condena automática al pago de esa compensación o indemnización, sí surge ese derecho cuando la posesión continúa contra la oposición expresa del otro copartícipe. No se trata por ello, de aplicar una indemnización automática por el citado no uso del otro comunero que se opone al uso exclusivo y excluyente por parte del otro, sino que una vez justificado que el uso exclusivo del inmueble se mantiene pese a la voluntad contraria del otro copropietario con idéntica cuota, (...).

Esa oposición expresa a la continuidad del uso sin contraprestación, debe estimarse da derecho a pretender una indemnización por los perjuicios causados.

uEn definitiva el art. 394 CCivil no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño más que a que dicho uso no impida a los copartícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, supone un uso solidario, de forma que cuando como aquí sucede por la propia naturaleza de la cosa común, este no es posible, esa facultad que ostenta todo copropietario de servirse de la cosa común conforme a su destino, no puede utilizarse en perjuicio de la comunidad o resto de los partícipes, de modo que ha de estimarse que el uso exclusivo y excluyente en este caso por su propia naturaleza de la vivienda común tiene una indudable relevancia económica para el copartícipe excluido del mismo al verse privado también de la obtención de frutos, de forma que una vez este último muestre su disconformidad con ese uso exclusivo incompatible con su derecho y que le perjudica, que en el presente caso se manifestó con el requerimiento de cese realizado en el mes de julio de 2015, desde ese momento cesa la presunción de consentimiento tácito a la misma, surgiendo el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, que en este caso debe coincidir con la cantidad fijada en el acuerdo previo de 400 euros, hasta el momento en que se produzca el cese de tal ocupación”n subtítulo

Esa oposición expresa a la continuidad del uso sin contraprestación, debe estimarse da derecho a pretender una indemnización por los perjuicios causados.

Es decir, resumidamente, una vez disuelta la sociedad de gananciales se forma una sociedad postganancial que se regirá por las normas de la comunidad de bienes, las cuales impiden el uso exclusivo y excluyente de uno de los comuneros por considerar que se realizaría en perjuicio de los demás. Partiendo de esa base, y de la jurisprudencia que regula las comunidades de bienes, la Sentencia entiende que dicho uso, si es ilegítimo, hace nacer el derecho a una indemnización de daños y perjuicios a favor del resto de comuneros. Con tal razonamiento la Sentencia declara la existencia de dicho derecho de indemnización de daños y perjuicios, lo cuantifica y, además, lo incluye como partida del activo dentro del inventario de la sociedad de gananciales.

Y ante tal razonamiento la pregunta que ahora podemos plantearnos es: ¿podemos convertir un uso legítimo en ilegítimo con la sola reclamación y, de ese modo, hacer surgir un derecho económico liquidable para incluir dentro del activo de la sociedad de gananciales? Porque vista la jurisprudencia analizada e interpretada por la sentencia uno piensa en el típico supuesto en el que el uso y disfrute de la vivienda familiar decae (ese supuesto que tantos quebraderos de cabeza nos genera a quienes nos dedicamos al derecho de familia); si en ese momento reclamamos el cese del uso exclusivo y excluyente o, en su defecto, el pago de una indemnización ¿podremos incluir dicha indemnización como activo del inventario de la sociedad de gananciales?

La pregunta queda abierta y la posible solución al problema pendiente de aquellos y aquellas compañeros/as que decidan probar la vía basándose en esta Sentencia.

3º.- La recurrente por último recurre la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de una partida relativa al pago de las cuotas ordinarias de comunidad de propietarios por el heredero que usó de la vivienda.

En este caso la Sentencia, basándose en el hecho del uso exclusivo y excluyente disfrutado por uno de los coherederos, decide excluir dicho gasto de la sociedad de gananciales por “estimar que aun cuando las cuotas de comunidad podrían ser calificados como gastos necesarios y en consecuencia estarían incluidos



en la obligación que a todo copropietario impone de contribuir a los mismo el art. 395 del CCivil, lo cierto es que en supuestos como el de autos en que el inmueble en copropiedad ha sido disfrutado en forma exclusiva y excluyente por uno de los partícipes como es el caso, su abono ha de corresponder al citado también en exclusiva, pues en otro caso se produciría un evidente enriquecimiento injusto en perjuicio del resto”; basando tal decisión en jurisprudencia del TS del año 2015 y anterior (STS 11/06/2015, STS 29/06/2001 Y STS 04/04/2000).

Sin embargo parece olvidar en su razonamiento la STS 25/05/2005, la STS 25/09/2014 dictada en interés casacional por el Pleno de la Secc. 1ª y seguida y sobre todas la STS 27/06/2018 que claramente afirma que: “En relación con los gastos derivados de la PROPIEDAD, como son los de la COMUNIDAD y el IBI, que tienen carácter «proter rem», corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble...En cuanto a los GASTOS DE COMUNIDAD, esta Sala ha considerado en sentencia de 25.05.2005 que la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios. Salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas, los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quien se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial.”. La Sentencia ahora analizada parece desprenderse de dicha doctrina jurisprudencial (toda la que la desarrolla incluso de la propia Audiencia Provincial que ahora la dicta), por considerar, de nuevo, que el uso legítimo se ha convertido en ilegítimo y perjudicial para el resto de los copropietarios desde la reclamación y que tal situación les exime del pago de la comunidad de propietarios.

Por lo tanto volvemos a la misma cuestión: ¿puede la reclamación para el cese del uso exclusivo y excluyente justificar la imposición al cónyuge que usa el bien de la obligación del pago de las cuotas de comunidad? ¿Modifica esta Sentencia lo acordado por el TS y su interpretación del artículo LPH?

Vuelvo a dejar abiertos los interrogantes para la valoración de mis, seguro más ilustradxs e ilustres que yo, compañerxs; en vuestras manos está usar o no esta doctrina jurisprudencial. Pero en todo caso, antes de hacerlo, os recomiendo leer detenidamente la Sentencia nº 177/2016 de la Secc. 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña dictada en fecha 11 de mayo de 2016 en el recurso Nº188/2016; en ella el Ponente, el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg (actualmente magistrado de la Secc. 1ª del Tribunal Supremo) ante un caso prácticamente igual llega a una conclusión radicalmente distinta.

MATRIMONIO GITANO Y PENSION DE VIUEDAD

POR MARTA TAMARGO

Hoy os voy a comentar una sentencia que me ha parecido interesante sobre la pensión de viudedad, por la relación que tiene con el tema matrimonial y por la importancia de conocer los problemas que podemos tener para cobrar una futura pensión de viudedad cuando tenemos una relación de pareja sin estar casados.

En 2.014 Joaquina solicitó una pensión de viudedad tras el fallecimiento de la persona con la que convivía.

El juzgado de lo Social de Jaén desestimó la demanda porque consideró que no se habían inscrito como pareja de hecho al menos dos años antes del fallecimiento.

Joaquina se había casado por el rito gitano con el que era su pareja el 18 de mayo de 1.994 y convivió con él durante al menos los quince años anteriores al fallecimiento. Nunca se inscribieron como pareja de hecho y tuvieron cinco hijos, apareciendo los padres como solteros en las inscripciones de nacimiento. Uno de los hijos aparecía como "hijo natural" declarando al mismo tiempo que tenían capacidad para contraer matrimonio; otra hija aparecía como hija extramatrimonial y en otra que el matrimonio no existía pero lo padre la reconocía como hija suya.



El juzgado, fundándose en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos asunto Muñoz Díaz c. España de 8 de diciembre de 2.009 y entendiendo que este caso es muy diferente, considera que no puede apreciarse buena fe en la validez y eficacia del matrimonio contraído por el rito gitano, porque las autoridades españolas nunca le reconocieron validez, dado que tanto en el libro de familia como en los certificados de nacimiento ella y el padre de sus hijos aparecen como solteros y todos los hijos nacidos fuera del matrimonio.

En relación con la convivencia sin matrimonio, para el cobro de la pensión de viudedad tras la reforma de la Ley 40/2007 es necesario que estén inscritos como pareja de hecho en un Registro de parejas de hecho o se haya constituido como pareja de hecho en un documento público (artículo 174.3 L.G.S.S.).

En el asunto Muñoz Díaz c. España la negativa al reconocimiento del derecho de aquella demandante a percibir pensión de viudedad constituía una diferencia de trato en relación con el ofrecido por la ley o la jurisprudencia a otras situaciones equivalentes en cuanto a la buena fe, como aquellos en los que existe un convencimiento de la existencia de un matrimonio nulo o como el analizado en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico.



En este caso, sin embargo, no se puede apreciar buena fe en cuanto a la validez del matrimonio contraído por el rito gitano, pues las autoridades españolas nunca reconocieron la validez o apariencia de validez de dicho matrimonio y en la documental aportada ambos aparecen siempre como solteros y los hijos nacidos fuera del matrimonio.

D^a Joaquina recurrió al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que revocó la sentencia del juzgado y sí le reconoció el derecho a pensión de viudedad. Para la Sala aunque en el libro de familia figuren como solteros, este dato no es suficiente para entender que no había buena fe respecto a la validez de su matrimonio y que, además, habían convivido como matrimonio al menos durante quince años, teniendo además cinco hijos en común

El tema llegó al Supremo y el Pleno del Tribunal anuló la sentencia anterior.

El Tribunal Supremo considera que el artículo 174.3 L.G.S.S. no ofrece la claridad deseable en cualquier disposición legal

pero muestra la voluntad del legislador de exigir una prueba tasada sobre cómo se constituye una pareja estable que es, o bien estar inscrita en el Registro de parejas de hecho o bien otorgar escritura pública. Entienden que el libro de familia acredita el matrimonio si existe y la filiación pero no la existencia de una pareja de hecho. Tribunal Supremo considera que ha de respetarse la unión por el rito gitano pero esto no supone equipararlo a la inscripción en el registro de parejas de hecho o al reconocimiento en escritura pública de una pareja de hecho, también entiende que la ley es neutral desde la perspectiva racial y que, por tanto, no es discriminatoria.

Es importante resaltar que esta sentencia cuenta con el voto particular de dos magistradas que sí encuentran analogía entre este supuesto y el analizado por el TEDH en el asunto ya indicado.

D^a Joaquina recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional porque entiende que la sentencia vulnera el derecho a no sufrir discriminación racial/étnica (artículo 14 de la Constitución española).

D^a Joaquina entendía que ella y el difunto habían contraído matrimonio por el rito gitano, de buena fe y creyendo que su matrimonio tenía plena validez, por lo que debía considerársele casada. Subsidiariamente, pedía que si no se estimaba que tenía derecho a cobrar pensión de viudedad por esa razón, tenía igualmente el mismo derecho a pensión por haberse acreditado su convivencia análoga al matrimonio con el fallecido, consolidada a lo largo de los años, de forma pública por más de diez años. Cree D^a Joaquina que la ley es discriminatoria con el colectivo gitano debido a las particulares características de sus tradiciones. Considera que para la pareja gitana la “ley gitana” les convierte en una unidad matrimonial a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida.

El Tribunal Constitucional entiende que la ley ha querido que existan dos regímenes: el matrimonio o la convivencia con carácter análogo al matrimonio y entre estos dos las personas pueden elegir. La pensión de viudedad solo puede limitarse a las formas matrimoniales legalmente establecidas y el matrimonio gitano no ha sido reconocido por la ley como una forma válida de contraer matrimonio.

Tampoco se puede considerar que haya existido discriminación al no considerarse que el matrimonio por el rito gitano pueda equivaler a una unión de hecho debidamente formalizada, porque la ley exige que la inscripción en el registro o la formalización en escritura pública sea el requisito exigido para constituirse como pareja de hecho y poder acceder a una pensión de viudedad.

En definitiva, no existe discriminación.

El tema de la convivencia como pareja de hecho sin estar inscritos en el registro da lugar a muchos problemas en el cobro de la pensión de viudedad y es un tema interesante sobre el que conviene asesorarse previamente para evitar sorpresas. Como abogados de familia también es conveniente advertir al cliente de las consecuencias que pueden derivar de su concreta situación para evitar que tenga unas expectativas que luego no se cumplan.

¿Qué podemos aportar los detectives privados a los abogados de familia?

POR MANUEL NAVARRO

www.maximadetectors.com

En el contexto actual, que desgraciadamente los valores morales como la honestidad están en desuso, la figura del Detective Privado es fundamental a la hora de desvelar la verdadera esencia de las personas a investigar, somos "notarios" del comportamiento humano.

Los hechos ocurridos serán los verdaderos a todas luces debido a que tenemos que fundamentar nuestro trabajo con imágenes y defender nuestra honestidad a la hora de la ratificación judicial del informe.

El Detective constata hechos objetivos y para el Abogado de Familia esto es fundamental porque sabe que lo que le diga el Detective se ha producido "tal cual" se lo ha manifestado y eso al abogado le ayuda muy mucho como punto de partida de una estrategia, el saber fehacientemente que algo ha ocurrido así y no como argumenta la parte contraria y además hay un profesional que lo va a demostrar con vídeos, o fotografías además de la testifical, es fundamental para conseguir la victoria en sala.

A lo largo de los años he visto multitud de temas de familia en los que he podido apoyar al abogado con mi trabajo, como el/la progenitor que no pasa pensión porque no tiene ingresos y no es cierto, el/la progenitor que no se ocupa del menor y se ocupan los abuelos, la mujer (habitualmente) que está siendo acosada y no tiene pruebas, el ex cónyuge que convive con su nueva pareja en el domicilio antes conyugal... y muchas situaciones más.

De ahí que el resumen es que lo principal que podemos aportar al Abogado de Familia son soluciones, soluciones para ir con la seguridad que proporciona nuestra documental y la testifical que contrasta con el mero testimonio de la parte contraria en que obviamente lo niega todo, eso sí, hasta que se presenta la prueba y entonces...

La contratación del Detective es rentable a todas luces en la mayoría de los casos porque con esa inversión obtenemos SOLUCIONES Y SEGURIDAD de cara al procedimiento abierto o por abrir.



MOMENTO DE APORTAR UN INFORME DE DETECTIVES EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA EN EL QUE SE VEAN AFECTADOS MENORES

María Villanueva Ordoñez
Colegiada 2922

La El informe de detectives es una prueba documental que puede verse completada mediante la testifical del autor del informe en caso de que la parte contraria manifiesta su oposición a los hechos consignados en el mismo



A diferencia de la regulación contenida en la antigua LEC y de la jurisprudencia que la interpretaba que consideraba a los informes de detectives como una prueba testifical “documentada”, la vigente LEC en su art 265.5 califica estos informes como prueba documental al incluirlos entre los que necesariamente se han de aportar en el momento de presentar la demanda o la contestación. Esta prueba, puede verse completada mediante la testifical del profesional autor del informe en el caso de que la parte perjudicada manifieste oposición a los hechos consignados en el mismo.

Además, según el Tribunal Supremo, el detective privado es considerado testigo privilegiado en un proceso judicial, siendo medio de prueba dotado de exclusividad por su condición de profesional legalmente habilitado por el Ministerio del Interior (figura recogida en la Ley de Seguridad Privada) y porque su testimonio viene respaldado por hechos e informaciones observados y/o escuchados por él mismo y verificados. Por lo tanto, no se trata de un testigo casual.

Por otra parte, la LEC en su artículo 380.1 regula el interrogatorio del detective en el proceso judicial y limita las preguntas que se le pueden formular únicamente a los hechos reflejados en el informe (a diferencia de otros testigos, a los que se les podrá preguntar sobre hechos anteriores o posteriores a la cosa juzgada para tratar de desacreditar su credibilidad e imparcialidad). Además, apunta explícitamente que el detective deberá acreditar su habilitación profesional.

El objeto de este artículo es cuestionarnos en qué momento podemos aportar este informe al margen de la demanda o la contestación.



Como primera consideración al ser clara su naturaleza documental debería presentarse con la demanda o la contestación. Pero hay excepciones, que inicialmente se contienen en el artículo 270 de la LEC. Este precepto contiene tres supuestos. La primera es que se trate de un documento de fecha posterior a los escritos de demanda y contestación. La segunda que se trate de documentos que aun siendo anteriores se justifique que no pudo aportarlos anteriormente. Por último, que no se hubieran podido obtener antes por causas no imputables, pero de los que se hubiera hecho previa designación o anuncio en la demanda o contestación, del archivo, protocolo o lugar en que se encuentren (que no sea público ya que en ese caso se puede pedir y obtener una copia fehaciente).



I
En este sentido se ha venido manifestando la Jurisprudencia:

AP Cádiz, Sección 5ª, S de 30 de enero de 2017

"Por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, hemos de tener en cuenta que, desaparecidas las causas de separación y divorcio, la finalidad de este medio probatorio suele consistir, como nos lo demuestra la práctica diaria, en aportar indicios relativos a la situación económica real del cónyuge, o incluso a su forma de vida. El apartado quinto del apartado 1 del artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite la presentación de informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que las partes apoyen sus pretensiones. El informe será pues una prueba documental, más, no obstante, si los hechos sobre los que versa no son reconocidos como ciertos, el detective que lo haya elaborado deberá ser llamado a la vista con el fin de someter a contradicción las afirmaciones recogidas en dicho informe, teniendo valor de prueba testifical. Estos informes han de ser presentados con la demanda o con la contestación si bien podrían presentarse en un momento posterior siempre que se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."



AP Asturias, Sección 6ª, S de 6 de Julio de 2015

Cuarto.- En el presente caso, no cabe duda concurren en el informe de seguimiento de detective, -que no tiene naturaleza de prueba pericial y al que no le es aplicable, por ello, el requisito de anuncio previo de su solicitud, a que se refiere el Art. 337 de la L.E. Civil -, sino de prueba documental, así como en el resto de los adjuntados al escrito de interposición, a que se refieren los antecedentes de hecho de esta resolución, las circunstancias previstas en el número 1 del artículo 270 antes citado, pues el informe de seguimiento alcanza a periodo posterior a la contestación, y se elabora también en fecha posterior a la misma, de ahí que se reputa improcedente su inadmisión en el acto del juicio. No era necesario el anuncio previo de tal encargo en la contestación, que por otra parte no se escapa seria del todo ilógico, por la pérdida del factor sorpresa, que podría condicionar su resultado.

La admisión del/del documento/s para surtir efectos probatorios en esta segunda instancia, no hace necesaria, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 464 de la L.E.C., la celebración de vista. Tampoco se reputa necesaria la ratificación de su contenido vía prueba testifical, sobre todo cuando la única causa de impugnación de la contraparte lo fue la extemporaneidad de su aportación, que no se comparte.

HAY ALGUNA SENTENCIA QUE VA MÁS ALLÁ RESPECTO A SU ADMISIÓN EN EL ACTO DE LA VISTA AFIRMANDO QUE SI SE TRATA DE MATERIAS QUE AFECTAN A MENORES ESTARÍAN SUJETAS AL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN.

AP Ourense, Sec. 1.ª, 457/2020, de 6 de noviembre

La alegación no puede ser atendida. Los procesos sobre cuestiones afectantes a menores, en razón al interés público inherente a su objeto, no se hallan sujetos a los principios de preclusión o dispositivo que rigen como norma general en el proceso civil. El artículo 752.1 dispone que los procesos a que se refiere el título en que se ubica (entre ellos los relativos a menores) "se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes".



Por último, transcribo reciente sentencia de Tribunal Constitucional que abre la puerta a que se aporte cualquier prueba en el momento de la vista, a flexibilizar el procedimiento excluyendo la preclusión. Me parece una sentencia que va a dar mucho que hablar sobre todo en los Juzgados no especializado en Familia que, ya de por sí, niegan cualquier flexibilidad procedimental.

Tribunal Constitucional en su Sentencia de 14 de diciembre de 2020

"el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2)"...
"Dicho de otro modo, en atención al papel que tiene encomendado el principio constitucionalmente impuesto a todos los poderes públicos de proveer a la protección del menor, no cabe duda de que su aplicación prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones.

LA POSESION DE ESTADO EN LA IMPUGNACION DE LA FILIACION POR COMPLACENCIA

Por M^a Paz Díaz Díaz Colegiada 3738

Uno de los principales problemas que se nos plantea a la hora de impugnar una filiación de las denominadas “de complacencia”, es decir aquellas filiaciones de carácter extramatrimonial en las que existe un reconocimiento voluntario, consciente y no viciado del hijo, sabiendo que no es el padre o madre biológicos del reconocido, es determinar si existe o no posesión de estado, puesto que en función de esa existencia, la legitimación activa y el plazo para ejercitar la acción varían y la conclusión de esa impugnación será distinta.

En este sentido, es muy interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6^a, de 24 de marzo de 2017, Recurso 60/2017, Sentencia 116/2017 en la que fue Ponente Marta MariaGutiérrez García, puesto que la misma reconoce la acción de impugnación de la filiación del art. 140 del C.C. en los llamados reconocimientos de complacencia y define claramente que debemos entender por posesión de estado.



Nos encontramos ante la heredera forzosa de un fallecido que impugna la filiación de complacencia realizada por su padre de una menor que no era hija biológica suya y a la que había reconocido en el Registro Civil, dándole sus apellidos, existiendo Libro de Familia, DNI, y constando como su beneficiaria en la Seguridad Social, pero sin existir ningún otro acto de reconocimiento público y sin que constara que en su entorno social y familiar la menor fuera tenida por su hija; alegando en su defensa la parte demandada, madre de la menor reconocida, por un lado la falta de legitimación activa de la demandante y por otro, la eficacia del reconocimiento realizado por el padre no biológico fallecido.

Recoge esta sentencia como la Doctrina viene aceptando la viabilidad de la acción de impugnación derivada del art. 140 Código Civil pese a que la filiación extramatrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente, no viciado, llamado de complacencia. Así, la STS de 29 de octubre de 2008 expresa que es posible impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, aun siendo de mera complacencia, por falta de correspondencia con la verdad biológica, con las condiciones de legitimación y plazo para el ejercicio de la acción establecidos en el art. 140 del CC.

Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta el reconocimiento de la viabilidad de la acción del art. 140 del C.C, lo que se debe determinar para saber si la demandante tiene o no legitimación activa y la efectividad de ese "reconocimiento de complacencia" es si existe la denominada posesión de estado, puesto que si no existe tal posesión, la filiación no matrimonial puede ser impugnada por aquellos a quien perjudique, sin plazo alguno; y al no tratarse de un hijo biológico ese reconocimiento no será válido, mientras que si existe esa posesión de estado la acción solo podrá ser ejercitada por quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos y dicha acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación goce de la posesión de esta correspondiente.

¿ Y qué debemos entender por posesión de estado? En esta sentencia se recoge la definición que la Doctrina Jurisprudencial realiza de la posesión de estado siendo aquella relación del hijo con el padre, o madre, o ambos, en concepto de tal hijo (nomen, tractus, fama), manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública, sin que se exija que los actos reveladores de la posesión de estado sean muy numerosos, ni publicados absolutamente con plena publicidad, posesión de estado que habrá de durar cierto tiempo, variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, no requiriendo, necesariamente, una existencia actual al momento de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado. Es decir, este concepto se forma por actos directos del mismo padre y su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo, manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública. En este sentido, es tradicional afirmar que la posesión de estado viene caracterizada por la concurrencia del *quot, nomen, tractatus, fama* *quot*. Es decir, se podrá hablar de posesión de estado de hijo: a) Cuando se llevan los apellidos del progenitor (nomen), lo que en cuestión de paternidad sólo se dará cuando libremente así lo haya consentido el padre ante el Registro Civil, o se haya reconocido en testamento; b) Cuando en el entorno social en el que se mueva la familia esa persona sea tenida como hijo de aquél a quien se atribuye la paternidad (fama).

En tal sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2003, 6 de mayo de 1997 y 2 de marzo de 1994, entre otras muchas. No se requiere que los actos que expresen la posesión de estado sean practicados con plena publicidad, ya que lo que importa es que se acrediten actos directos del padre (y, en su caso, por parte de su familia) demostrativos de una verdadera relación de padre a hijo y de un reconocimiento voluntario libre y espontáneo (STS de 25 de junio de 2003, y las que en ella se citan)".

La conclusión en este caso fue que el Juzgado de Primera Instancia entendió que no había posesión de estado y por lo tanto que la actora estaba legitimada activamente, que la acción no estaba caducada y que como el fallecido no era el padre biológico de la menor procedía estimar la acción de impugnación de la filiación planteada, lo que fue confirmado íntegramente por la Audiencia.

EL DIVORCIO Y LA CAPACIDAD MODIFICADA

Por Juana María Gómez Martín, colegiada 4.512

Estimados compañeros y compañeras, el artículo de este mes es sobre los grandes olvidados de nuestro ordenamiento jurídico, y para sorpresa mía, parece ser que también para el resto de los Estados de la Unión Europea. La única vez que el legislador en España abordó esta problemática fue en el art. 40 de la Ley del Divorcio de 2 de mayo de 1.932, que permitía expresamente al tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de familia. De la lectura de las Sentencias que paso a exponeros, se puede ver que estas sentencias han sido las que han abierto la puerta para proteger los derechos de los incapaces o personas con la capacidad modificada en el Derecho de Familia ante la omisión del legislador.

Curiosamente la Comunidad Autónoma en la que se inicia esta andadura de creación doctrinal y jurisprudencial es en el Principado de Asturias. Los hechos acontecen cuando la madre/tutora de la incapaz solicita autorización judicial para interponer demanda de separación, el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Oviedo concedió la autorización, y la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo rec. 10/1997 confirmó la autorización.

En su condición de tutora, la progenitora interpuso demanda de separación contra el esposo de su hija, el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Oviedo autos 580/1997 estimó la excepción de falta de legitimación activa, dictando sentencia absolutoria sin entrar a conocer el fondo del asunto, y la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, rollo 694/1997, confirmó la Sentencia, estimando igualmente que las facultades del tutor no alcanzan a poder ejercitar la acción de separación matrimonial al amparo del art. 267 CC dado el carácter personalísimo de la acción



Padres de mujer que se queda tetraplégica en un accidente y piden su divorcio

Esta sentencia fue recurrida por el Fiscal en Casación en interés de la ley, dando lugar a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1.999, recurso 1469/1998, dicho recurso fue desestimado.

Os invito a que leáis la Sentencia del Supremo, porque esta casuística pasó al Tribunal Constitucional, la tutora interpuso Recurso de Amparo, invocando los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia el 18 de diciembre de 2000 en la que razona que “...la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre desproporcionado por su rigorismo del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que privado el incapacitado, con carácter general del posible ejercicio de acciones, el ejercicio de separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a esta se le niega legitimación para ello, dicho cierre absoluto es si ineludible consecuencia”.

La sentencia reprocha a las resoluciones judiciales impugnadas (las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias) “...que no cumplen las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad, así como desembocan en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza.”

El Tribunal Constitucional da aire a esta laguna legal, pero no consigue que los juzgados y las Audiencias resuelvan y den solución, y seguían surgiendo las dudas de interpretación jurídica que lo único que hacían era dejar al incapaz en una situación de vulnerabilidad total.



Prueba de ello, y al hilo de esta sentencia, nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Pleno, de 21 de septiembre de 2.011, recurso 1491/2008, Ponente Encarnación Roca Trías, el supuesto de hecho es similar, pero la acción que se ejercita es la de divorcio, y es la sentencia que crea la doctrina para ejercitar la acción de divorcio por los tutores:

El matrimonio se celebra el 16 de mayo de 1998, no tienen hijos, y la esposa en el 2.000 en un accidente de tráfico queda tetrapléjica y en coma vigil. Se inicia proceso de incapacitación, que en primera instancia se nombra tutor al esposo, pero la Audiencia Provincial de Alava concede la tutela a los padres. Los padres interpusieron acción de separación en 2.004, que fue acordado por la Audiencia Provincial de Alava el 20 de diciembre de 2.004.

Los tutores posteriormente interpusieron demanda de divorcio dictando sentencia el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz estimó la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000 pero denegó el divorcio diciendo:

a) Que no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/200 del divorcio, porque esta significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial.

b) La prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona; en consecuencia, esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio

c) El ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de voluntad del propio cónyuge.

Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Alava, Sección 1ª, 5 de junio de 2.008, y dice:

a) El argumento de admitir la legitimación actica de los tutores, pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador

b) Si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad

c) No sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de los tutores

d) Finalmente añade: “no existe base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del art. 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado. .

La sentencia fue recurrida en casación por el esposo, siendo desestimado el mismo, confirmando la Sentencia de la Audiencia, y en esta sentencia nos encontramos con el planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción de divorcio por los representantes del incapaz, este planteamiento se desarrolla en el Fundamento de Derecho Quinto, en el que dice:

“A los efectos de la motivación de la presente sentencia, resulta indispensable el examen de la STC 311/2000, de 18 de diciembre, alegada por las partes a lo largo del presente procedimiento y en el propio recurso de casación.

La STC 311/200 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106 de 23 de febrero de 1998 dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias que habían negado la legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada.

El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La STC se planteó, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que “...la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando esta les resulta perjudicial, interés que puede residir en una situación de peligro físico, bien en una situación “patrimonial en supuesto fácilmente reconducibles de incumplimiento de estos deberes”.

Esta STC es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien este refiere a la acción de divorcio planteada por los padres/tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española actualmente en vigor y que ofrece algunos problemas propios, diferentes a los planteados en la STC 311/2000, especialmente importantes a raíz de la modificación del divorcio, efectuado por la ley 13/2005. La STC 311/2000 de 18 de diciembre plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado, pero se refiere al interés en la separación en un momento en el que el Código Civil exigía a alegación de causas y solo sería aplicable plenamente en la separación actual, porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales: 1º.- Derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado, el divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005, al no exigir la alegación de causas. 2º.- El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela siempre con autorización judicial que no se requerirá en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271.6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.



La ponente tuvo en cuenta el resto de los ordenamientos jurídicos para la resolución del Recurso de Casación (FD7), comprobando que había disparidad de regulación o incluso la ausencia de regulación. A modo de ejemplo en el Código Civil Francés no se admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos; en cambio, si admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso. El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia previo informe médico. Y por el contrario en Italia no hay regulación a este respecto.

La conclusión directa a la que llega la Ponente es que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de la persona incapacitada, siempre que, por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. El Código civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art.75 CC).

La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de la función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones:

1º.- Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Por ello el art. 271 exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2º.- El ejercicio de la acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó en una legislación distinta la STC 311/2000.

3º.- Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores o incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

Constituiría en engaño negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que, a partir de la reforma de 2005, no se exige alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esto no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente la acción, porque deben de justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que va a permitir actuar al tutor.

La conclusión a la que llego de todo lo expuesto, y de la doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal es que estaríamos ante el único caso de divorcio en el que si que hay que alegar una causa, con carácter previo y en la solicitud de la autorización judicial para ejercitar la acción de divorcio.

Ayer en los medios de comunicación salió la noticia de la nueva regulación sobre el sistema de protección de las personas con discapacidad o con la capacidad modificada, y se hacía mención de que habrá un articulado específico para regular las acciones de divorcio, separación, ect....

Todo ello es un gran avance legislativo, pero esto comenzó en Asturias a golpe de juzgado y por la labor de los letrados que llevaron el procedimiento, ese fue el impulso para iniciar el cambio



FORMACIÓN

Como sabeis, una de las cuestiones prioritarias para nuestra Comisión es la formación. Debido a la variada casuística del tema, junto con la continua evolución del concepto de familia, estamos obligados a formarnos y conocer la jurisprudencia día a día.

En este sentido el pasado trimestre iniciamos los nuevos formatos para la formación: **Familia 20x20** en la que se proponen al ponente 20 preguntas concretas, enviadas por los colegiados, sobre le tema a tratar. Y **Coloquio en familia**, en el que se propone a dos ponentes un tema y ambos exponen sus posturas.

Los temas abordados el pasado trimestre fueron:

Familia 20x20 - Gastos ordinarios y gastos extraordinarios

Mónica Casado Gobernado. Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia, nº 9 de Oviedo.

Coloquios en Familia - Posiciones y controversias del artículo 158 CC

Víctor L. Martín Llera, Magistrado del Juzgado de 1º Instancia de Avilés. Fernando Laserna Cocina. Fiscal Decano de la Sección Territorial de la Fiscalía de Langreo.

Familia 20x20 - La custodia compartida y su desarrollo práctico

Ángel Campo Izquierdo Magistrado de la Sección 24 de la A.P. de Madrid.

En las siguientes páginas un dejamos una muestra de la documentación facilitada a los compañeros que se inscribieron en las conferencias.

COMISION DE FAMILIA DEL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE OVIEDO

FORMATO 20X20
**"GASTOS
EXTRAORDINARIOS"**

CON MÓNICA CASADO GOBERNADO
MAGISTRADA DEL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N°9 DE OVIEDO

27 FEBRERO 2021



Este documento pretende ser un resumen de la conferencia impartida por la Magistrada Dña Mónica Casado Gobernado en el Colegio de Abogados de Oviedo en el estrenado formato "20 x 20". Tiene como finalidad que los compañeros podamos tener a mano unas notas con las que trabajar en nuestro día a día.

Dña Mónica amablemente nos facilitó la transcripción del Auto que utilizar para ilustrar sus declaraciones de gasto extraordinario:

"El Auto de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 04 de noviembre de 2011 (ROJ: AAP O 438/2011 - ECLI:ES:APO:2011:438A) Auto 105/2011, Recurso: 283/2011, Ponente: RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE, resume la doctrina jurisprudencial en la materia: "(...) como decíamos en Auto de 3 de diciembre de 2.009 (Rec. nº 400/2009), « Viene declarando reiteradamente éste Tribunal que el concepto de "gastos extraordinarios", que no aparece en los arts. 90 a 106 del Código Civil , forma parte de los que doctrinalmente se configuran como "en blanco", cuya dimensión puede variar en función de los pactos que las partes puedan establecer en el Convenio Regulador (Autos de la Sección 6ª de ésta Audiencia Provincial de Asturias, de 6 de mayo y 11 de julio de 2.008 , y de esta Sección 7ª, de 29 de enero y 5 de junio de 2.009), si bien, cuando el Convenio (o la Sentencia firme) no definen con claridad lo que deban entenderse por gastos extraordinarios, ésta Audiencia viene entendiendo que los gastos extraordinarios son los que tienen la condición de necesarios e imprevisibles, y han de ser consentidos y en su defecto autorizados judicialmente (Sentencias de 22 de septiembre de 2.006 , 19 de octubre y 21 de diciembre de 2.007 y 18 de julio de 2.008 , 20 de julio de 2.009 , y Auto de 16 de noviembre de 2.009, de esta Sección 7ª, 20 de diciembre de 2.007, de la Sección 6ª, y 9 de octubre de 2.007 , de la Sección 5ª). En el citado Auto de 5 de junio de 2.009 , con cita de la Sentencia de 21 de diciembre de 2.007 , decíamos que cuando ni el Convenio Regulador ni la resolución judicial establecen lo que haya de entenderse por gastos extraordinarios, solo podrán considerarse como tales aquéllos que tengan cierta importancia económica y que tengan la condición de excepcionales, imprevisibles o inhabituales y que, en principio, el concepto de gastos extraordinarios, hay que relacionarlo con la obligación de alimentos, y debe venir definido por exclusión, de modo que, salvo que en el Convenio Regulador o en la Sentencia se diga otra cosa, serán extraordinarios todos aquellos gastos realizados o que vayan a realizarse en interés del menor, que no vengán comprendidos en la obligación de prestar alimentos, y que, precisamente por ello, han de ser conocidos y consentidos por el progenitor al que se le exige que contribuya a sufragarlos, y solo en caso de que éste no consienta, y se consideren necesarios, podrá ser compelido a hacerlo por decisión judicial. El artículo 142 del Código Civil establece el contenido de la obligación de alimentos, que comprende los gastos que sean indispensables para el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, pero también, mientras el alimentista sea menor de edad o no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, los gastos de educación e instrucción. En consecuencia, los gastos que se inviertan en el sustento, la habitación, el vestido, la formación o la salud del menor serán extraordinarios, y no estarán comprendidos en la obligación alimenticia, sólo en la medida en que, por ser esporádicos e imprevisibles, no puedan ser incluidos en dicha prestación ordinaria por el mecanismo de la actualización o el incremento del importe de la pensión (artículo 147 del Código Civil , en relación con el artículo 91, "in fine", del mismo Texto Legal) ».

PREGUNTA 1ª

TIPO DE PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA DECLARACIÓN DE UN GASTO COMO EXTRAORDINARIO, INICIADO UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y DESPACHADA LA EJECUCIÓN POR FALTA DE PAGO DE ALIMENTOS

Partimos de el concepto de gasto extraordinario dada la relevancia de la definición de ese gasto en el título que nos ocupe, bien sea una sentencia en un procedimiento contencioso o el propio convenio aprobado por la sentencia en el mutuo acuerdo.

Lo que diga ese título nos va a decir qué podemos reclamar como gasto extraordinario y cómo hacerlo.

Considerando que nos indique que es extraordinario todo el que no sea ordinario, que no sea previsible (en sus resoluciones hace mención a algunos que se repiten y evitan discusiones, como son los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social) Si el título prevé que ese gasto es extraordinario no es preciso acudir al procedimiento de declaración de gasto extraordinario, podemos presentar una demanda ejecutiva y pedir el despacho de ejecución. Si hay alguna oposición, porque sea no sea necesario, sea excesivo o muy oneroso para el otro progenitor, se puede sustanciar en el incidente de oposición a la ejecución.

En cuanto al incidente de determinación de gasto extraordinario del art. 776 LEC hace referencia al auto de Sr García Gutiérrez de la Sección 6ª de nuestra Audiencia Provincial 13 de Julio de 2020.

Lógicamente, cuanto más se concrete en la sentencia o en el convenio mucho mejor.

El incidente tiene un trámite sencillo. Se presenta la solicitud indicando todos los antecedentes de comunicación del gasto. Después si no hay oposición y está acreditado el gasto se dicta auto sin más. En caso de que haya oposición vamos a la vista con trámite del verbal.

Se presenta demanda ejecutiva reclamando atrasos de alimentos y gastos extraordinarios. Si en el título ejecutivo no están previstos los gastos reclamados como extraordinarios se denegará y remitirá al ejecutante al incidente de declaración del gasto como extraordinario despachándose ejecución sólo por los atrasos; en el caso de que sí están previstos en el título ejecutivo se despachará por todo lo reclamado.

PREGUNTA 2ª

MENOR QUE ACUDE A COLEGIO PRIVADO, CLASES EXTRAESCOLARES... MEDIDAS TENIDAS EN CUENTA PARA FIJAR ALIMENTOS, HABIDA CUENTA DE LA DIFERENCIA DE INGRESOS ENTRE LAS PARTES, ADEMÁS DE UNA CUSTODIA COMPARTIDA, UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE 350.- Y GASTOS EXTRAORDINARIOS AL 70%-30%.

DESPUÉS DE SENTENCIA, PARA PAGAR EL COLEGIO PRIVADO (QUE ASCIENDE A 150.-) LA MADRE LE PIDE AL PADRE LA MITAD, YA QUE AL TENER UNA CUSTODIA COMPARTIDA EXPONE QUE DEBEN PAGARLO A MEDIAS. EL PADRE SE OPONE A DICHO REQUERIMIENTO EXPONIENDO QUE YA LE ABONA 350 DE PENSIÓN DE ALIMENTOS. ¿SE CONSIDERA INCLUIDO EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EL PAGO DEL COLEGIO?

Es un caso muy concreto y entiende que en el caso hay desequilibrio de ingresos entre lo progenitores.

Dice que sería interesante ver cómo se reguló esa pensión de alimentos cuando se acordó la custodia compartida. Si se reguló se acude a la sentencia o al convenio que lo regule.

En caso de que no se regule la regla general es que la manutención se sufrague por ambos progenitores, y considera que el colegio y los gastos de educación son ordinarios como regla general ya que son predecible y cuantificables y así lo tiene declarado el T.S, incluidos los del inicio del curso escolar. No tiene problema en que en un convenio se llamen extraordinarios por los cónyuges y se distribuyan en los porcentajes que estimen oportuno y entonces así se entiendan, en virtud de la autonomía de la voluntad.



EL NASCITURUS

1.- SE PUEDE Y DEBE FIJAR MEDIDAS EN RELACIÓN AL NASCITURUS. ART 29 C.C. “ AL CONCEBIDO NO NACIDO, SE LE TENDRÁ POR NACIDO A TODOS LOS EFECTOS QUE LE SEAN FAVORABLES”

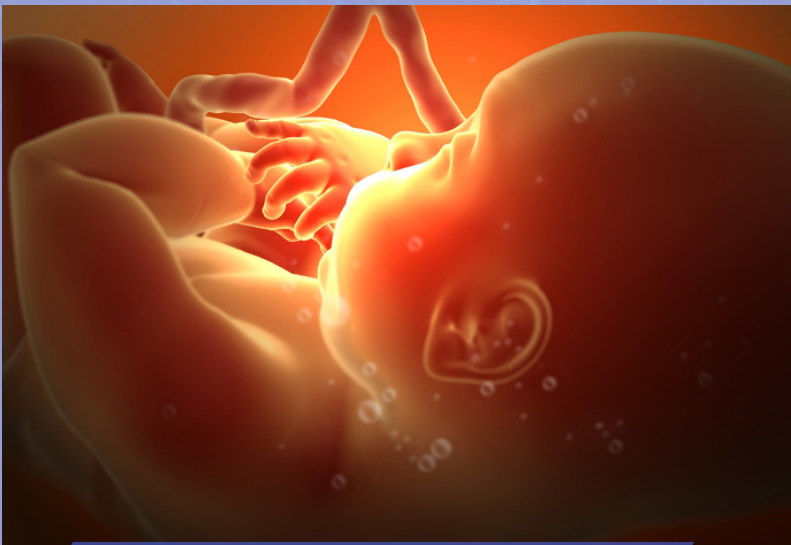
2.- SON MEDIDAS CUYA EFICACIA QUEDA EN SUSPENSO Y SUPEDITADAS AL NACIMIENTO

3.- NO ES CONVENIENTE FIJAR DE ANTEMANO UNA CUSTODIA COMPARTIDA DIRECTAMENTE, MAS BIEN SERÁ BUENO UN SISTEMA PROGRESIVO

4.- RECONCILIACIÓN (LEGAL O DE HECHO), DURANTE LA CUAL NACE OTRO HIJO. ¿IR A UN NUEVO VERBAL DE FAMILIA O A UNA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS?. DEPENDERA DE SI HABLAMOS DE SEPARACION O DIVORCIO, Y SI HA HABIDO UNA EFECTIVA RECONCILIACION O DE FACTO.

EN ESTE ULTIMO CASO, ENTIENDO QUE SE DEBE IR A UNA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS POR CAMBIO CIERTO, SINO HABRÍA QUE HACER UN VERBAL DE FAMILIA Y UNA MODIFICACIÓN, QUE SE PODRÍAN ACUMULAR, PUES LAS MEDIDAS INICIALES SE VERÁN AFECTADAS POR ESE NUEVO NACIMIENTO

SI HAY DIVORCIO, NO CABE RECONCILIACIÓN. SI HUBO SEPARACIÓN, Y HAY RECONCILIACIÓN FORMAL, HABRIA QUE INICIAR OTRO PROCESO JUDICIAL DE SEPARACION/DIVORCIO.



Extracto de la presentación
facilitada por D. Angel Campo

JURISPRUDENCIA.

- 1.- SAP BARCELONA, sec 18 7/12/18
- 2.-SAP VICAYA sec 4 19/4/18
- 3.- SAP BARCELONA 30/6/06, 24/05/05, 30/3/06
- 4.- SAP MADRID 22/11/02, 21/5/03, 6/2/10, 17/12/09
- 5.- SAP MURCIA 26/4/12
- 6.- SAP LAS PALMAS 2/6/04
- 7.- PONTEVEDRA 29/2/00
- 8.- SAP ALICANTE 27/10/05 y 6/10/05
- 9.- SAP CORDOBA 26/2/16

COLOQUIO SOBRE LAS MEDIDAS DEL ART. 158 CC

El pasado mes de febrero la Comisión de familia del ICAO organizó un coloquio entre el Magistrado D. Víctor Luis Martín Llera, actual titular del Juzgado de primera instancia e instrucción n.º 3 de Avilés (en adelante V.M) y el fiscal Decano de la Sección territorial de Langreo Fernando Laserna Cocina (en adelante F.L.) respecto a las medidas del artículo 158 C.C.

Este es un resumen del animado coloquio:

Debe existir urgencia, pues es un procedimiento menos garantista para el demandado. Su utilización debe ser excepcional y no ha de acudirse a él como regla general. Siempre hemos de tener un principio de prueba.

¿En qué basamos la urgencia? Hay que pensar siempre en el menor. Si afecta a la integridad física del menor hay que ir a la vía penal porque es más rápida y eficaz. Se entiende que es urgente aquello que no puede esperar. Debemos evitar la vía de hecho.

Las medidas del artículo 158 del Código Civil según la Audiencia provincial de Barcelona (sentencias de 1 de febrero de 2018 y 15 de marzo de 2018 podrían presentarse con carácter temporal o provisional condicionadas a la presentación posterior de una demanda de modificación de medidas.

¿Las medidas del artículo 158 C.C. se rigen por el principio de justicia rogada o puede el juez adoptar otras medidas adicionales e incluso distintas?

Para V.M. es posible acordar otras medidas distintas, dado que el principio del interés superior del menor es prioritario, siempre que esté justificado, que sea esté motivado y sea una medida proporcionada.

F.L. está de acuerdo con lo anterior. Debe existir necesidad y ser favorable para el interés del menor.

¿Cabe utilizar el artículo 158 C.C. en asuntos de violencia de género?

V.M lo ha utilizado en muchas ocasiones.

Cabe acordar la orden de protección y no acordar visitas a favor del padre del menor, bien por la vía del artículo 158 o bien por no reunir las condiciones para decidir oportunamente las visitas (por ejemplo por carecer de domicilio).

Según F.L. los artículos 61 a 66 de la Ley integral contra la violencia de género recogen muchas medidas cubiertas también en el artículo 158 C.C.



¿Podría acudirse al 158 C.C. en asunto de violencia de género sin concesión de orden de protección?



Según V.M no se le ha dado y es reacio a ello, pero entiende que sí cabe.

Para F.L. deben pedirse siempre en la orden de protección, se adopte o no ésta. Deben aportarse los datos necesarios para que pueda motivarse la resolución que las adopte o no.

¿Puede el menor pedir sus propias medidas del 158 C.C.? F.L. afirma que sí y V.L. comparte dicha opinión (artículo 87 de la Ley de Jurisdicción voluntaria).

Artículo 158.2 C.C. (perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda). El cambio de titularidad de la potestad de guarda necesariamente requiere de una modificación de la medida si no existe una perturbación dañosa (por ejemplo llevarse al hijo lejos). Para V.M este apartado, sobra.

Artículo 158.3 C.C. ¿No se podría solucionar con el artículo 156 C.c.?

Para F.L. depende, para las vías de hecho es mejor el 158 C.C.

La STS de 18 de abril de 2.018 reconoce la consolidación de cambio de residencia de la menor porque como se tardó en resolver, se consolidó la situación por el paso del tiempo (se había planteado por el 156 C.C. en lugar de por el 158 C.C.).

V.L. entiende que el riesgo estaba en la sustracción de la menor más que en el cambio del domicilio.

La STS de 27 de septiembre de 2.019 recoge la posibilidad de pedir modificación de medidas y, de forma simultánea, las medidas del 158 C.C. Se trata de un supuesto en el que el menor no quiere volver, tras las vacaciones, con el titular de la guarda y custodia. Se suspende cautelarmente la guarda y dos años después se revoca la suspensión por no haber explorado a la menor.

Los presupuestos para acordar las medidas del 158 C.C. son: la urgencia, la necesidad y el perjuicio irreparable. El artículo 156 y el 158 no son excluyentes

V.M. a veces utiliza ambos a la vez.

Para F.L. el 156 es para desencuentros que entorpecen la patria potestad y el 158 para cuestiones urgentes e irreversibles, con peligro inmediato para el menor.

F.L. entiende que no se puede desestimar una petición por equivocar el procedimiento, porque siempre está el interés superior del menor y hay que vehicular la petición al procedimiento adecuado

En cuanto al apartado 6 del artículo 158 C.C. ¿cabe todo?

Según F.L. no cabe todo, tiene importantes limitaciones en cuanto a la prueba, por eso hay que ir con cuidado con este apartado.

Concluyendo, según V.L. el artículo 158 C.C. se utiliza demasiado y no siempre bien.

REPARTIENDO, QUE ES GERUNDIO

Por Gema García Rivero Col.3669



Cuando nuestros clientes se enfrentan a una liquidación de su sociedad de gananciales suelen considerar que todo lo que han adquirido durante el matrimonio, es de ambos y que le corresponde siempre la mitad de todo lo que tienen a cada uno de ellos pero ¿se presumen gananciales todos los bienes que se han adquirido durante la vigencia del matrimonio, o no?

Al contrario de lo que sucede con las deudas contraídas por un cónyuge vigente el régimen de gananciales, las cuales salvo lo dispuesto en los artículos 1362 y siguientes del Código Civil, no se presumen gananciales, la respuesta a dicha pregunta nos obliga a considerar los múltiples matices existentes para poder afirmar, sin lugar a dudas, la ganancialidad de los bienes.

Por ello, siendo la casuística variada, voy a intentar exponer algunos de los múltiples casos a los que nos enfrentamos en nuestro trabajo, así como las distintas soluciones dadas a cada uno de ellos por el Tribunal Supremo.

En consecuencia, considerando que el matrimonio se contrajo en régimen de gananciales y que dicho régimen no ha sido modificado en ningún momento, podemos encontrarnos con los siguientes supuestos:

1.- COMPRAMOS UN INMUEBLE ANTES DEL MATRIMONIO, O DURANTE EL MISMO PERO CON FONDOS PRIVATIVOS, Y LO PAGAMOS A PLAZOS CON FONDOS GANANCIALES DURANTE LA VIGENCIA DE ESE MATRIMONIO.-

El primer paso es distinguir si el destino del inmueble es o no vivienda familiar.

Cuando el destino no es ser la vivienda familiar, el inmueble adquirido por un cónyuge antes del matrimonio o durante el mismo, con fondos privativos pero terminado de pagar con fondos gananciales, sigue siendo privativo sin perjuicio del derecho de reembolso por la cantidad del metálico que le corresponda en la liquidación de gananciales. Ello es en virtud de lo dispuesto en los artículos 1356 y 1358 del Código Civil; es decir, aquí la ganancialidad no se presume sino que prevalece el principio de subrogación real (artículos 1346.3, 1347.3 y 1354 del Código Civil) conforme al cual, los bienes tienen el mismo carácter que tuviera el precio o contraprestación entregado a cambio. Ahora bien, este principio de subrogación real, no es de aplicación absoluta sino que en ocasiones el legislador utiliza otros criterios

para calificar los bienes como privativos: artículos 1346.4º, 5º, 7º y 8º, 1347.4, 1352, 1356, 1357 y 1359 del Código Civil.

Cuando la vivienda familiar es adquirida por uno de los cónyuges antes del matrimonio, pero es pagada constante el matrimonio, entonces este inmueble tiene doble condición toda vez que es privativo de quien lo adquiere antes del matrimonio, y ganancial de ambos cónyuges en la misma proporción que tengan sobre el valor del bien al tiempo de la liquidación. Es decir, se distingue entre la parte del precio total satisfecho antes y después del inicio de la sociedad de gananciales.

¿Qué ocurre si la vivienda se adquiere en proindiviso antes del matrimonio pero es pagada con una hipoteca suscrita durante la vigencia del mismo? En este caso, nos encontraremos con una vivienda que será de ambos en régimen de copropiedad (por la parte adquirida en estado de solteros) y de la sociedad de gananciales en la proporción en que se haya satisfecho pero, en este caso, únicamente la proporción o el porcentaje que sea ganancial, quedará sujeto al proceso de liquidación de gananciales propiamente dicho. El resto de la proporción o porcentaje que sea copropiedad de ambos cónyuges, se tendrá que liquidar conforme a lo dispuesto para la extinción del proindiviso: artículo 400 Código Civil en relación con los artículos 392 y concordantes del mismo.

2.- COMPRAMOS UN INMUEBLE DURANTE EL MATRIMONIO, LO INSCRIBIMOS EN EL REGISTRO COMO GANANCIAL, PERO LO PAGAMOS CON FONDOS PRIVATIVOS.-

En este caso, esos fondos privativos pueden provenir bien de dinero privativo de uno de los cónyuges invertido en la adquisición de ese inmueble, bien de la venta de otros bienes privativos.

A partir de la Sentencia de 13 de septiembre de 2017 (Rec. 1295/2015), el Tribunal Supremo considera que, en la liquidación de la sociedad ganancial, se ha de reconocer un crédito del aportante de esos fondos acreditadamente privativos contra la sociedad de gananciales por el importe actualizado de los mismos, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1398.3 del Código Civil, según el cual, integrará el pasivo de la sociedad de gananciales “el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad”.

Llegando a reconocer el Alto Tribunal que, el aportante, conserva un derecho de crédito frente a la sociedad de gananciales por el importe actualizado a incluir en el pasivo, es decir, le reconoce un derecho de reembolso (art. 1358 Código Civil), aunque no haya hecho reserva alguna en el momento de la adquisición pues, en nuestro ordenamiento jurídico, la donación no se presume y, aunque se atribuya carácter ganancial a un determinado bien, ello no muda en ganancial el dinero privativo que se ha aplicado en su adquisición.

En este sentido han de tenerse en cuenta las Sentencias del Tribunal Supremo nº 498/2017 de 13 de septiembre, nº 295/2019 (Pleno), de 27 de mayo, nº 415/2019, de 11 de julio, nº 87/2020 de 6 de febrero, nº 394/2020 de 12 de febrero y 138/2020 de 2 de marzo.

En concreto, la Sentencia nº 295/2019 de 27 de mayo, dictada por el Pleno, unifica la doctrina existente sobre la materia, fundamentada en dos ideas esenciales:

1) Se presumen gananciales los bienes obtenidos conjuntamente por el matrimonio si consta la conformidad de ambos en otorgar carácter ganancial al bien adquirido. No obstante, si se acredita que para su adquisición se emplearon fondos privativos, entonces el titular de esos fondos privativos tiene derecho a su reintegro aunque no se haya hecho reserva ni sobre la procedencia u origen de ese dinero, ni sobre ese derecho de reembolso: “Si los cónyuges atribuyen de común acuerdo carácter ganancial a bienes adquiridos con dinero privativo de uno de ellos o en parte privativo y ganancial, la prueba del carácter privativo del dinero no es irrelevante, pues determina un derecho de reembolso a favor del aportante (FJ 3).”

2) No es suficiente la imputación que haga uno de los cónyuges de la condición ganancial de un determinado bien aunque eso beneficie al otro pues, si se prueba el carácter privativo de los fondos empleados, el bien será privativo. Es decir, el consentimiento ha de ser expreso y por parte de ambos cónyuges, puesto que los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (artículos 1346.3 y 1355 del Código Civil)

3.- ¿QUÉ NOS DICE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO RESPECTO DE LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD?

Encontraremos la respuesta en los artículos 93 a 95 del Reglamento Hipotecario, aprobado mediante Decreto de 14 de febrero de 1947.

El artículo 93.1 del RH establece la inscripción con carácter ganancial de los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad, o cuando les atribuyan tal condición de común acuerdo, o cuando se adquieran de forma conjunta y sin atribución de cuotas. Por su parte, el apartado 4 del citado precepto dispone que se inscriben como gananciales a nombre del cónyuge adquirente, los bienes que han sido adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales, sin que para ello se requiera demostrar que, los fondos empleados en su adquisición, son gananciales.

El artículo 94.1 del RH estima que, los bienes que se adquieren a título oneroso por uno solo de los cónyuges, pero sin expresar que los adquiere para su sociedad ganancial, se inscriben a nombre de ese adquirente con carácter presuntivamente ganancial. Si la consideración como privativo de un bien se hace exclusivamente por confesión del consorte, ha de constar así en la inscripción y, ésta, se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga tal confesión. Si esa confesión se refiere solo a una parte del precio, tal inscripción se practicará a favor de ese mismo cónyuge, en la participación indivisa que se indique en el título y, a favor de la sociedad ganancial en la participación indivisa restante del bien adquirido.

En consecuencia, en el ámbito registral, la ganancialidad se presume cuando tal condición se fundamenta en la declaración exclusiva del cónyuge adquirente; es decir, tal declaración admite prueba en contrario y, la inscripción de un bien como privativo exige además de la confesión, que se acredite el carácter privativo de los fondos o medios empleados en su adquisición, por lo que también admite prueba en contrario.

eroso por uno solo de los cónyuges, pero sin expresar que los adquiere para su sociedad ganancial, se inscriben a nombre de ese adquirente con carácter presuntivamente ganancial.

Por su parte, el artículo 95 del RH determina las pautas concretas a seguir respecto de las adquisiciones con fondos privativos durante la vigencia de la sociedad de gananciales; en concreto:

1.- Se inscriben como privativos del cónyuge que los adquiere, los bienes obtenidos durante la sociedad ganancial que, legalmente, tengan tal carácter debiendo justificarse mediante documento público suficiente el carácter privativo de los fondos empleados en su adquisición.



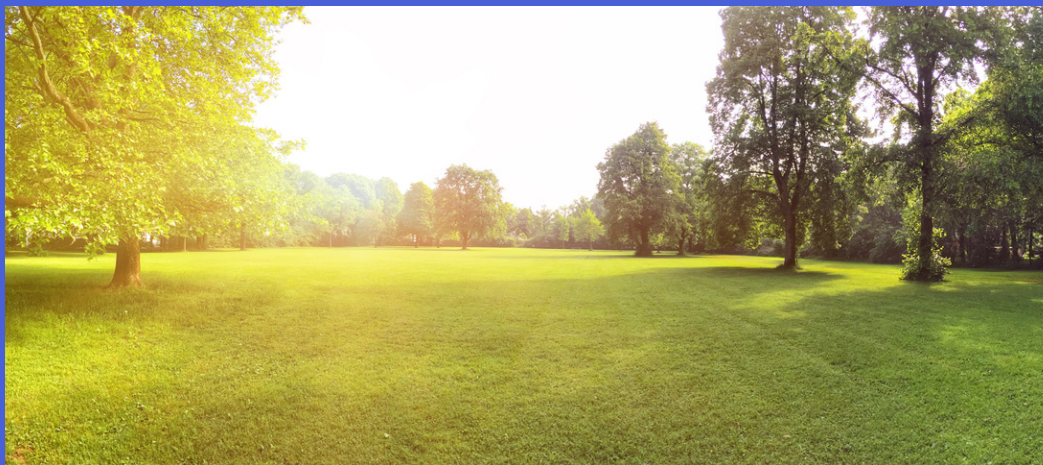
2.- Si la consideración como privativo de un bien se hace exclusivamente por confesión del consorte, ha de constar así en la inscripción y, ésta, se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga tal confesión. Si esa confesión se refiere solo a una parte del precio, tal inscripción se practicará a favor de ese mismo cónyuge, en la participación indivisa que se indique en el título y, a favor de la sociedad ganancial en la participación indivisa restante del bien adquirido.

En consecuencia, en el ámbito registral, la ganancialidad se presume cuando tal condición se fundamenta en la declaración exclusiva del cónyuge adquirente; es decir, tal declaración admite prueba en contrario y, la inscripción de un bien como privativo exige además de la confesión, que se acredite el carácter privativo de los fondos o medios empleados en su adquisición, por lo que también admite prueba en contrario.

4- CONSTRUIMOS UNA VIVIENDA CON FONDOS GANANCIALES PERO EN SUELO PRIVATIVO.-

La Jurisprudencia aplica el artículo 1359 del Código Civil y, en virtud del principio de accesión directa, lo que se ha construido con fondos gananciales sobre un suelo que es privativo, resultará privativo de quien es el dueño de ese suelo.

No obstante, si se procede a liquidar la sociedad ganancial, entonces ésta dispondrá de un crédito a su favor contra el titular del suelo por el incremento del valor que experimenten los bienes a consecuencia de lo invertido o gastado en la construcción, mejoras, etc. Ahora bien, si ese suelo pertenece en parte a uno de los cónyuges y en parte a la sociedad ganancial, entonces la vivienda allí construida será copropiedad de ese cónyuge y de tal sociedad en las proporciones que correspondan, pero la sociedad de gananciales ostentará un derecho de crédito frente a ese cónyuge copropietario por el valor actualizado del coste del porcentaje de la edificación que es de su propiedad exclusiva; es decir, en este caso, no estaríamos ante un supuesto de accesión invertida de los artículos 361 y siguientes del Código Civil.



5.- NUESTRA VIVIENDA ES DE PROTECCIÓN OFICIAL ¿CÓMO LA VALORAMOS EN LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES?.-

La duda que siempre se nos presenta es si la valoramos a precio de mercado o al precio oficial de venta.

Para conocer la respuesta tenemos que plantearnos primero si esa liquidación la haremos de mutuo acuerdo o de forma contenciosa:

1.- Mutuo acuerdo:

1.1.- Podemos optar entre atribuirle un valor de mercado o bien el precio oficial de venta.

1.2.- Si se la adjudica uno de los cónyuges, no es preciso solicitar autorización alguna.

1.3.- Si se acuerda la venta a un tercero, hay que solicitar y obtener la correspondiente autorización mientras la vivienda siga siendo de protección oficial.

1.4.- Mientras siga estando calificada como de protección oficial y se hayan obtenido subvenciones o ayudas para su adquisición, quien transmita o venda su participación, las tiene que devolver en su totalidad más los intereses causados

2.- Contenciosa:

2.1.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2008 considera determinante para proceder a valorar una VPO en la liquidación de gananciales, la posibilidad de que en un plazo determinado de tiempo, esa vivienda deje de tener la condición de vivienda protegida y, por tanto, pueda ser descalificada y entre en el mercado libre.

2.2.- Si la vivienda no es descalificable, tendrá que ser valorada conforme al valor oficial.

2.3.- Si la vivienda es descalificable, se aplicará el valor de mercado en el momento de la extinción del régimen económico matrimonial, pero rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que le falte para la extinción del régimen de protección. El cónyuge que alegue esa reducción del valor será quien tenga que acreditar esa disminución (artículo 217 LEC) pues, si no lo acredita, entonces se tomará como valor de la vivienda el que corresponda en el mercado libre, resultando por tanto fundamental que esa reducción alegada la realice un perito tasador inmobiliario.

Estas son algunas de las cuestiones a las que nos tendremos que enfrentar cuando tengamos que liquidar una sociedad de gananciales y, en consecuencia, podremos defender a quién pertenece un determinado bien, si a uno u otro cónyuge, a los dos, o si hay copropiedad en función de las situaciones que se nos presenten en cada momento y el derecho de reembolso.



"CACHITOS DE HIERRO Y CROMO II"

Por Ana Gloria González Suárez Colegiada 3.872

LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

Como continuación y para este segundo Boletín, aquí os dejo otro puñado de "cachitos", esperando os puedan resultar de utilidad. Hoy abordamos, a modo de resumen y reseñas jurisprudenciales, los gastos extraordinarios. Su casuística es abundantísima, la doctrina y su jurisprudencia en continua evolución, y destacables muchos de los estudios al respecto, como los realizados por nuestro Magistrado Juez de Familia D. Ángel Luís Campo Izquierdo. Sobre esta misma cuestión y muy recientemente, tuvimos además la suerte de contar en el ICAO para nuestra jornada del "20x20", con la Magistrada Juez del Juzgado nº 9 (Familia) de Oviedo, Dña. Mónica Casado Gobernado, quien de forma muy didáctica nos ilustró sobre la materia.

Así que comenzaremos por el principio, que no podrá ser otro que dando una definición, y que de forma sencilla pero lo más completa posible podría ser la de comprender "aquéllos gastos, que siendo necesarios para la crianza y educación de los hijos, no resultan sin embargo previsibles ni, por tanto, cuantificables a priori en su establecimiento; y por su propia naturaleza resultan indeterminados, inespecíficos, y para cuya determinación será necesario conocer y valorar el caso concreto así como las propias circunstancias de la familia". Se trata pues de partidas complementarias a la pensión alimenticia, y que precisamente por su imprevisibilidad, ni en su nacimiento u origen, ni en su montante, no quedarían incluidos en la cuantía de alimentos ordinarios, por lo que los progenitores deberán hacer una aportación extraordinaria para sufragarlos.

El gasto extraordinario deberá cumplir por tanto los siguientes **requisitos**:

- ☒ Ser necesario, dirigido a la atención, cuidado, desarrollo y formación del alimentista, y en clara contraposición a todo cuanto resulte innecesario, superfluo o secundario.

- ☒ No tiene una periodicidad prefijada, ni ésta previamente establecida, por lo que responde a sucesos y circunstancias futuras de difícil o imposible previsión.

- ☒ Es por tanto imprevisible o de muy difícil determinación inicial.

- ☒ Deben ser ponderados y asumibles económicamente por quien debe restarlos/alimentante.

- ☒ No quedarían cubiertos bajo el concepto de los alimentos ni gastos ordinarios.

Destacaríamos es este sentido dos Resoluciones judiciales muy significativas: la Sentencia TS de fecha 13 de septiembre de 2017, dictada por la Sala de lo Civil, que viene a reiterar la doctrina sentada por la citada Sala mediante Sentencia, de fecha 15 de octubre de 2014 y el Auto de la Sección 7ª de nuestra AP Asturias, de fecha 4 de Noviembre 2011 (ROJ AAP O 438/2011) Ponente Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente, y que resume de manera magnífica la jurisprudencia en la materia. Con carácter general, su establecimiento y copago (entendido éste como pago a repartir mutuamente, sea en la proporción que sea), exigirá un conocimiento certero, transparente, y sobre las bases del mutuo consentimiento y buena fe debida; debiendo solicitarse, si no es posible lo anterior, o ha pretendido “forzadamente omitirse”, la correspondiente autorización judicial, salvo casos de urgencia.

Tratándose de hijos menores de edad, resultará una medida de derecho necesario o “ius cogens” que aun cuando no fueran solicitados por los progenitores en sus escritos, podrán ser fijados de oficio por el Juez, y así lo señalan distintas sentencias que destacamos AP Barcelona de 14 de mayo de 2010 - EDJ 2010/153916, AP Málaga de 16 de septiembre de 2009- EDJ 2009/357988, y de AP Girona de 3 de septiembre de 2008 EDJ 2008/267409 etc.

En relación con los hijos mayores de edad (art. 93.2 CC) los gastos extraordinarios pueden interpretarse de forma mucho más restrictiva, más limitada, tal y como lo hacen las Sentencias de AP Barcelona de 26 de noviembre de 2010 -EDJ 2010/328976 y de AP Cuenca de 30 de septiembre de 2011- EDJ 2011/228457. Particularmente y respecto de éstos, el gasto de matrícula de la Universidad ha sido interpretado por el Tribunal Supremo y recogida su posición en varias sentencias como gasto un gasto ordinario con carácter general, si bien ha relacionado la condición de ordinario o extraordinario “con la existencia de acuerdo entre los padres y con el nivel económico de la familia, y ha venido considerando el gasto de Universidad privada como gasto extraordinario cuando los gastos por tales estudios rebasan los que se podrían considerar normales o habituales dentro del nivel económico de la familia”. No obstante, completando o matizando lo anterior, resulta igualmente relevante la de la AP de Barcelona en su Sentencia 768/2018 de 12 de noviembre de 2018, que en el caso de las cursarse estudios en una Universidad privada, con costes más elevados, lo catalogó como un gasto extraordinario. Igualmente y en atención a las peculiaridades del caso AAP, 6ª Vigo 295/2010, o sobre la previsibilidad al pactar o establecer la pensión alimenticia AAP, 2ª Córdoba 14/5/2008; AAP, 24ª Madrid, 8/11/2001 y 26/9/2002.

Una de las cuestiones que en esta materia general multitud de pleitos y por extensión enorme discusión en los juzgados es la reclamación que un progenitor hace al otro para que éste abone su participación en esta clase de gastos; y de igual forma Cuándo ¿? Y Cómo ¿? plantear en esta reclamación. Sabemos que siempre y en beneficio e interés del menor, cualquiera de los progenitores puede hacer aquellos gastos que considere oportunos. No obstante, a fin de poder ejercer el derecho de repetición frente al otro progenitor, la reclamación de la parte que corresponde a éste de ese gasto, es necesario que se den una serie de requisitos:

1º.- El primero y fundamental **es que ese gasto se haga con conocimiento y consentimiento del progenitor a quien se reclama** ese pago parcial o, en su defecto, se haga con autorización judicial, salvo en casos de urgencia (Sentencias de AP Madrid de 4 de abril de 2008; EDJ 2008/80277, de AP Barcelona de 14 de octubre de 2010; EDJ 2010/236004, y de 8 de octubre de 2010; EDJ 2010/235999). No obstante, existe una línea jurisprudencial (Sentencia de AP Valencia de 20 de julio de 2011- EDJ 2011/200750, y Auto de AP Valencia de 13 de abril de 2011- EDJ 2011/117885, entre otras), que considera que ese consentimiento mutuo o autorización judicial previa es bueno y conveniente, pero que, en caso de que no exista, no se puede castigar al cónyuge que ha hecho ese gasto en beneficio del menor, siempre y cuando se acredite que era un gasto realmente extraordinario y necesario. Sobre el consentimiento, puede ser éste expreso o tácito, y así lo refiere, aun no siendo su debate principal, nuestra AP Asturias por Auto Secc. 1º de fecha 22 de mayo 2009 donde se recoge la doctrina del “asentimiento y/u actos propios”. Por el contrario, según la Sentencia de AP Madrid de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/183122) no puede considerarse como consentimiento tácito el pago de los primeros meses de guardería, si siempre manifestó el padre/madre su oposición a ese pago. También es relevante la Sentencia de AP Soria de 18 de octubre de 2010 (EDJ 2010/244967) donde diferencia entre unos gastos extraordinarios necesarios y otros no, a la hora de exigir el consentimiento o no del otro progenitor; aunque en ambos casos sí es necesario que este progenitor tenga conocimiento previo del gasto. Criterio que sigue la AP Valencia de 20 de julio de 2011 (EDJ 2011/200750), que no exige el acuerdo para los gastos extraordinarios necesarios y sí para los no necesarios como los extraescolares.



2º.- **Que ese gasto se pueda llevar a cabo en función de los ingresos económicos de uno y otro progenitor.**

3º.- **Que ese gasto no esté cubierto por otras vías (seguros privados, becas etc.)**

En cuanto a su planteamiento procedimental, debemos señalar que hasta la última reforma del art. 776 LEC, la cuestión para determinar a través de qué procedimiento se podría hacer la reclamación de los mismos era discutida. A día de hoy es pacífica la postura que considera, conforme lo establecido en el actual art. 776.4 LEC, que “... deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración...”, que se debe hacerse en el proceso principal y antes de dictar la orden general de ejecución mediante auto, previa vista que se sustancia forme a lo establecido en el art. 440 LEC...”.

En materia de Hechos y Prueba, debemos tener en cuenta la importante “flexibilidad” que nos permiten los procesos de familia; ése “traje a medida” en favor del justiciable que debe ser tenido en cuenta. Por tanto la introducción de hechos nuevos o prueba para el debate, estarían amparados por lo establecido en los Art. 286 y 752 LEC y así nos lo recoge, como sentencia ilustrativa, la STS 19 de Octubre 2017, N° de resolución 566/2017 siendo su Ponente D. Francisco Javier Arroyo Fiestas: Esta sala ha declarado en sentencia 409/2015, de 17 de julio que el artículo 752 de la LEC altera el principio procesal de aportación de parte, pudiendo el Tribunal acordar de oficio las pruebas que tenga por conveniente, pues se trata de alcanzar en estos procesos la verdad real frente a la formal, más propia de los procesos civiles regidos por un principio dispositivo puro. Tal facultad no solo es predicable para el órgano judicial de la primera instancia sino que se extiende de acuerdo con lo dispuesto en el art. 752.3 de la LEC , a la segunda instancia, con amplia libertad de aportación de pruebas. Como recoge la STS 749/2012, de 4 de diciembre. Constituye doctrina consolidada (SSTS de 2 de noviembre de 2011, RC n.º 1003/2010 ; 5 de octubre de 2011, RC n.º 185/2009 ; 13 de junio de 2011 , RCIP n.º 1255/2009 y 25 de abril de 2011, RC n.º 646/2008) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia (como las recogidas en los artículos 271.1 LEC y 460 LEC) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1 LEC contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes».

A la hora de fijar su establecimiento: ¿se puede, se debe..., es conveniente hacer una enumeración de cuáles son los gastos extraordinarios, bien en la Sentencia, bien ya desde el propio Convenio Regulador?. En este sentido existen ciertamente posturas jurisprudenciales bastante diversas tanto en J. Instancia como en nuestras Audiencias Provinciales, las cuales se mueven entre la postura de lista abierta y por tanto enumeración y/o relación de gastos desde el Convenio, y/o Sentencias en los procesos contenciosos; o aquéllas que sin embargo son reacias a esta práctica, siendo así que en ocasiones, nos lleguen a solicitar la “supresión” en el propio convenio regulador, de cualquier listado detallado o pormenorizado en relación con la determinación de los anteriores; aun cuando es la voluntad pacífica inter partes su detalle y establecimiento. Apelando al refranero popular, entiendo que lo que abunda, no daña, máxime en un tema tan “debatible” como el que nos ocupa y cuya problemática interpretativa posterior puede ser abundante y fácilmente evitable.

Sobre su cuantía, existen dos posturas principales:

1.- La que consideran que se debe aplicar esa regla de la proporcionalidad, del mismo modo en que haya podido tenerse en cuenta el establecimiento de la pensión ordinaria de alimentos y bajo distinto porcentaje o cuantía de aportación: STS de 11 de marzo de 2010 (EDJ 2010/16360), AP Madrid de 11 de febrero de 2011 (EDJ 2011/53869), 16 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/227595) y 18 de junio de 2010 (EDJ 2010/157327), AP Cáceres de 6 de abril de 2010 (EDJ 2010/73952), de AP Sevilla de 18 de marzo de 2010 (EDJ 2010/217649), AP Valencia de 28 de enero de 2010 (EDJ 2010/60018), AP Huelva de 1 de octubre de 2009 (EDJ 2009/333440) etc.

2.- O las que se decantan por el estricto criterio del 50 %/mitad, como las Sentencias: AP Cáceres de 10 de enero de 2012 (EDJ 2012/1389), de AP Valencia de 7 de febrero de 2011 (EDJ 2011/65109), de 28 de abril de 2010 (EDJ 2010/138955) y de 23 de julio de 2008 (EDJ 2008/380839), de AP Barcelona de 6 de julio de 2006 (EDJ 2006/377508) y de 15 de febrero de 2007 (EDJ 2007/29735), de AP Asturias de 29 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/311152), de AP Girona de 25 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/336914) etc. y entre otras.

Casuística Jurisprudencial (Vg.Audiencias Provinciales).

Ilustrativa y a modo de resumen recopilatorio, la Sentencia AP ALICANTE de 3 de Diciembre 2018 - N° de Recurso: 660/2018 N° de Resolución: 562/2018. Id Cendoj: 03065370092018100586.

☒ Sobre Libros y material escolar:

1.- No se deben considerar como gastos extraordinarios: AP Barcelona de 15 de febrero de 2011 (EDJ 2011/89130), de AP Sevilla de 17 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/324740) y de 19 de junio de 2008 (EDJ 2008/249955), de AP Madrid de 16 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/227595) y de 9 de abril de 2010 (EDJ 2010/107622), de AP Burgos de 9 de marzo de 2010 (EDJ 2010/56041), de AP León de 24 de febrero de 2010 (EDJ 2010/57290), de AP Vizcaya de 3 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/337461), entre otras.

2.- Sí son gastos extraordinarios: auto de AP Cáceres de 25 de octubre de 2010 (EDJ 2010/291063) y de AP Girona de 3 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/267409).

☒ **Sobre el uniforme:** No se deben considerar como gastos extraordinarios, y por tanto la jurisprudencia mayoritariamente entiende que quedan integrados dentro de los derivados de la educación del menor, y por tanto, englobados en el montante correspondiente a la pensión de alimentos ordinaria: SAP de Badajoz de 16 de mayo de 2007, SAP de Burgos de 3 de mayo de 2006, SAP Asturias Sección 5ª de 17 de enero 2013 n° 12 o Auto n° 9/2012 AP Albacete, Sección 1ª de 17 de febrero de 2012.

☒ Sobre actividades extraescolares, campamentos y excursiones:

1.- No son gastos extraordinarios: AP Zaragoza de 8 de abril de 2010 (EDJ 2010/111674), de AP Las Palmas de 10 de diciembre de 2009 (EDJ 2009/372067), de AP Guipúzcoa de 8 de julio de 2009 (EDJ 2009/285195), de AP Guadalajara de 23 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/306377), de AP Sevilla de 19 de junio de 2008 (EDJ 2008/249955), de AP Madrid de 12 de julio de 2007 (EDJ 2007/171060) y de AP Barcelona de 7 de junio de 2007 (EDJ 2007/153950).

2.- Sí son gastos extraordinarios: AP Cáceres de 25 de octubre de 2010 (EDJ 2010/291063), de AP Madrid de 9 de abril de 2010 (EDJ 2010/107622) y de 22 de marzo de 2007 (EDJ 2007/170836), de AP Valencia de 1 de octubre de 2009 (EDJ 2009/344159) y de 31 de octubre de 2007 (EDJ 2007/307062), y de AP Girona de 3 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/267409).

Sobre matrícula y gastos de universidad:

1.- No se considera gasto extraordinario la matrícula en una universidad pública, y sí en cambio la matrícula en una universidad privada: AP Barcelona de 11 de mayo de 2010 (EDJ 2010/151362). Tampoco lo considera extraordinario la AP Toledo de 19 de enero de 2010 (EDJ 2010/29792) y la AP Valladolid de 26 de mayo de 2006 (EDJ 2006/102130). En este punto, la AP Madrid en Auto de 10 de enero de 2012 (EDJ 2012/10006) dice que no son extraordinarios, sino más bien alimentos ordinarios que se deben reclamar en su caso a través de la pertinente modificación de medidas.

2.- Sí se consideran como extraordinarios los gastos derivados de los estudios universitarios y estancia en residencias o colegios mayores, realizados en otra provincia: AP Cáceres de 15 de enero de 2010 (EDJ 2010/14630) y de AP León de 24 de julio de 2009 (EDJ 2009/167282).

☒ Sobre el gasto de guardería

No se considera como gasto extraordinario y en el caso de que suponga un gasto excesivo en relación a la pensión de alimentos fijada, se debe acudir a la modificación de medidas: AP Madrid de 22 de abril de 2010 (EDJ 2010/183122), AP Baleares de 1 de febrero de 2010 (EDJ 2010/38028) y AP Barcelona de 16 de mayo de 2007 (EDJ 2007/120010)

Sobre la asistencia a terapia familiar, psicólogo, psiquiatra, pedagogo, logopeda etc.: Sí es gasto extraordinario, por ser imprevisible, transitorio y excepcional: AP Pontevedra de 9 de abril de 2010 (EDJ 2010/90451), AP Burgos de 26 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/315177), y AP Cáceres de 11 de febrero de 2010 (EDJ 2010/38233), y AP Asturias SECCION N. 7 GIJON nº 365/2017.

☒ **Sobre cursos en el extranjero:**

1.- Se considera extraordinario por la AP Valencia de 1 de octubre de 2009 (EDJ 2009/344159) y la AP Asturias de 31 de mayo de 2007 (EDJ 2007/164293).

2.- En relación al tema de los estudios, vía beca Erasmus, deberá tenerse en cuenta los mismos conllevan gastos necesarios (traslados al inicio y final de curso, material didáctico, alojamiento y manutención; y otros que no son necesarios, como son viajes de retorno a casa por vacaciones, otros viajes en la zona donde se hace el Erasmus, ocio, etc.). Por tanto y para ser considerados extraordinarios, solo hablaríamos de los necesarios, y no otros que pudieran ser superfluos.

Como cuestión por tanto de prueba será determinar cuáles son esos gastos y en qué medida se cubren o no los mismos con la pensión ordinaria y la beca: AP León de 21 de marzo de 2011 (EDJ 2011/70934), AP Valencia de 1 de octubre de 2009 (EDJ 2009/344159), AP Guipúzcoa de 8 de julio de 2009 (EDJ 2009/285195), AP Asturias de 24 de abril de 2008 (EDJ 2008/157858) y de 31 de mayo de 2007 (EDJ 2007/164293), AP Barcelona de 3 de abril de 2008 (EDJ 2008/75666) y de 28 de junio de 2007 (EDJ 2007/153463) y AP Las Palmas de 8 de mayo de 2006 (EDJ 2006/107894).

☒ **Sobre el gasto de Primera Comunión:** Se suelen considera como extraordinarios los gastos de ropa, no así los del banquete, que suele organizar cada progenitor por separado: AP Granada de 21 de septiembre de 2007 (EDJ 2007/254781) y AP Sevilla de 4 de marzo de 2011 (EDJ 2011/206815).

☒ **Sobre el Carnet de conducir:** Lo consideran como gasto extraordinario la AP Albacete de 23 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/338116), AP Cáceres de 27 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/239777), AP Valencia de 29 de septiembre de 2011 (EDJ 2011/279143) y de 1 de octubre de 2009 (EDJ 2009/344279), AP Girona de 30 de abril de 2009 (EDJ 2009/208463), entre otras. En contra, la AP Barcelona de 27 de mayo de 2011 (EDJ 2011/138279). Por su parte, la Sentencia AP Madrid de 4 de diciembre de 2009 admite que es un gasto extraordinario, pero no estima la reclamación que realiza uno de los padres porque el gasto se hizo sin el conocimiento ni consentimiento del otro progenitor.

Sobre Vacunas: En principio la doctrina jurisprudencial se encuentra bastante asentada, y se asemeja a los gastos médicos generales, en que diferencia entre sanidad pública y privada para proceder a su consideración como gasto extraordinario o no. Auto de la AP Bizkaia Sección 4ª de 4 de abril de 2006 que considera como extraordinarios los gastos derivados de las vacunas aplicadas a los hijos que no se encuentren cubiertas por la Seguridad Social. Audiencia Provincial Asturias Sección 5ª de OVIEDO de fecha 23/04/2018. Recurso de apelación 182 /2018

☒ **Sobre adquisición de equipos informáticos orientados al estudio:**

1.- Sí gasto extraordinario: AP Valencia de 12 de julio de 2011 (EDJ 2011/200777) y de 15 de octubre de 2009 (EDJ 2009/344171). Lo considera gasto necesario pero lo excluye de su consideración de extraordinario debido a la reducida economía de la ejecutada que le impide afrontar el gasto la AP Zaragoza de 1 de julio de 2008 (EDJ 2008/272204).

2.- No lo considera así, por entender su falta de necesidad "por haber otro ordenador y no ser necesario su cambio" la AP Girona de 7 de marzo de 2011 (EDJ 2011/139622). Tampoco lo considera como gasto extraordinario la AP Pontevedra de 17 de marzo de 2010 (EDJ 2010/76577), AP Madrid de 29 de junio de 2004 (EDJ 2004/189840) y AP Sevilla de 30 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/281368), AP Albacete de 23 de diciembre de 2011 (EDJ 2011/338116) por cuanto no puede acreditarse que sea utilizado en exclusiva por el hijo/a.

JURISPRUDENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS.-

Audiencia Provincial de Asturias, Secc.1ª de fecha 17/01/2017, Auto Número Recurso 252/2016. Ponente: Javier Anto n Guijarro: Distincio n ordinario/extraordinarios. Clases particulares de refuerzo o extraescolares balonmano. Estimacio n parcial. Previsibilidad o imprevisibilidad del gasto y establecimiento previo a la ruptura: "F. SEGUNDO.- El recurso de apelación presentado por Don Evelio deberá decaer por cuanto, aun siendo cierto que no medió previa comunicación por parte de la Sra. Estela , los gastos correspondientes a las clases particulares durante el verano para recuperar las asignaturas en las que había obtenido suspenso se revelan como indispensables para la formación académica del menor,".

Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 7ª de fecha 12/12/2014. Número Sentencia: 398/2014. Número Recurso: 441/2014. "F. CUARTO: Solicita, por último, el apelante, que se incluyan dentro de los gastos extraordinarios los excluidos en la resolución recurrida, relativos a clases particulares de matemáticas, inglés, fútbol y la otra recibida (las impartidas en el Centro Jovellanos). Al respecto, como se ha sostenido por este Tribunal en Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2012, recurso 395/12 "El artículo 142 del Código Civil establece el contenido de la obligación de alimentos, que comprende los gastos que sean indispensables para el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, pero también, mientras el alimentista sea menor de edad o no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, los gastos de educación e instrucción (.....) que no puede entenderse que los gastos por clases particulares no estén comprendidos dentro de los alimentos, pues forman parte de la educación del menor y no son imprevisibles, salvo que se acredite que son estrictamente necesarios y su cuantía excede de lo que es habitual. Y conforme a tales criterios, los gastos generados por las actividades extraescolares de los menores, no pueden ser considerados como gastos extraordinarios, pues son gastos que se invierten en su formación, y no tienen el carácter de imprevisibles salvo que las partes se los reconociesen expresamente bien en Convenio, bien por sus propios actos, tal y como dijimos en Auto de fecha 3 de diciembre de 2.009". Criterio, seguido en la resolución recurrida, que se confirma por la Sala, con la consiguiente desestimación de lo pretendido por el apelante.

Audiencia Provincial de Asturias Sección 7ª de Fecha 04/11/2011. Tipo resolución: Auto. Número Recurso: 283/2011: Oposición ejecució gastos extraordinarios clases. Ejecución gastos extraordinarios clase de ingle s. Gastos extraordinarios clases particulares. Declaración gastos extraordinarios. Gastos extraordinarios necesarios: "si bien, cuando el Convenio (o la Sentencia firme) no definen con claridad lo que deban entenderse por gastos extraordinarios, ésta Audiencia viene entendiendo que los gastos extraordinarios son los que tienen la condición de necesarios e imprevisibles, y han de ser consentidos y en su defecto autorizados judicialmente (Sentencias de 22 de septiembre de 2.006 , 19 de octubre y 21 de diciembre de 2.007 y 18 de julio de 2.008 , 20 de julio de 2.009 , y Auto de 16 de noviembre de 2.009, de esta Sección 7ª, 20 de diciembre de 2.007, de la Sección 6ª, y 9 de octubre de 2.007 , de la Sección 5ª).

Audiencia Provincial de Asturias Secc. 4ª de fecha 04/12/2017 Auto. Número Sentencia: 128/2017, Número Recurso: 468/2017: "CUARTO.- Entrando a analizar los gastos reclamados como extraordinarios hay que diferenciar: 1º.- Gastos de estudio, clases particulares. Compartimos la consideración de la juzgadora de instancia. Son gastos ordinarios. Las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2.014 , 21 de septiembre de 2.016 y 13 de septiembre de 2.017 , entre otras, han venido declarando que los gastos de estudio son gastos ordinarios que deben valorarse y tener en cuenta a la hora de fijar la pensión de alimentos. Es cierto que esas sentencias se pronuncian en esos términos en relación con aquellos que acostumbra n a ocasionarse al inicio de cada curso escolar, tales como uniformes, libros de texto, material escolar, o similares, pero no hay razón para pensar que excluyan el acudir a clases particulares, más cuando como en el caso de autos hablamos de un gasto continuo, reiterado en el tiempo, pues se mantiene desde hace años ..."

Audiencia Provincial de Asturias Sección nº. 7, Auto 0075/2017, Recurso de Apelación 272/2017 Sobre pieza declaración de gasto extraordinario: F.D. CUARTO.- “ A los fines señalados y por lo que se refiere a los gastos relacionados con la práctica del deporte de béisbol, la Sala acoge al respecto los acertados fundamentos de la resolución impugnada, por cuanto con independencia de que se trate de una actividad extraescolar beneficiosa para el menor, con todo lo que la práctica de un deporte supone, sin embargo, no se trata de una actividad necesaria, o imprescindible, para el desarrollo o la educación del menor, y si se tiene en cuenta, además, que estamos ante una actividad que el menor ya desarrollaba antes de la suscripción del convenio, parece razonable considerar que las partes ya tuvieron presente los gastos que ello comportaba en el momento de la fijación de la pensión de alimentos a pagar (.....). F.D SEXTO.- En cuanto a los gastos por clases particulares hemos de distinguir, en primer lugar, los gastos por clases de inglés. Se pretende su exclusión por tratarse de una actividad que el menor ya desarrollaba con anterioridad a la suscripción del convenio, y en la resolución apelada se concluye que teniendo presente que no existe recomendación expresa del profesorado de la necesidad de las clases para superar la asignatura, ha de entenderse, como afirma el padre, que ya fueron tenidas en cuenta para cuantificar la pensión ordinaria alimenticia del hijo común (....). “... En segundo lugar, respecto de la reclamación efectuada por las clases de inglés de menor, debe señalarse, que, ambos progenitores, coinciden en el hecho de que ya se estaban percibiendo por el menor antes de la separación del matrimonio, con regularidad, todos los viernes, por decisión común, y teniendo presente que no existe, recomendación expresa del profesorado de la necesidad de las clases para superar la asignatura, ha de entenderse, como afirma el progenitor, que ya fueron tenidas en cuenta para cuantificar la pensión ordinaria alimenticia del hijo común, en el momento de redactar el convenio regulador, por lo que no pueden ser consideradas como extraordinarias. (....) Por lo tanto no pueden ser consideradas como gastos extraordinarios que deban ser exigidos al progenitor.

Audiencia Provincial Asturias Sección 7ª de Fecha 10/07/2017 N° de Recurso: 335/2017 N° de Resolución 365/2017. Sobre el valor de los pactos/acuerdos privados no homologados; sobre gastos extraordinarios, la Sentencia de instancia estima los correspondientes a las sesiones de tratamiento logopédico: F.D SEGUNDO Y TERCERO: “..... Se alega en primer término que si los progenitores firmaron un convenio regulador privado de 22 de agosto de 2013 que no fue objeto aprobación u homologación judicial por decisión libre y voluntaria, es por tanto necesario analizar el contenido del convenio privado y diferenciar de qué medidas trata a los efectos de determinar su eficacia, pues dependiendo de la naturaleza de las medidas convenidas unas tendrán eficacia y otras no, así aquellas relativas a cuestiones patrimoniales y que no afecten a hijos menores de edad tendrán valor de acuerdo privado y serán válidas al margen de que no se hayan homologado y podrán ser reclamadas judicialmente, puesto que son medidas sujetas la libre disposición de las partes y sobre las que no debe pronunciarse necesariamente el órgano judicial; mientras que aquellas relativas a cuestiones que afectan a hijos menores de edad, como es el caso del régimen de guarda y custodia y alimentos, deben contar con el correspondiente pronunciamiento judicial ya que se trata de una cuestión de orden público, sustraída al poder de disposición de las partes y sobre la que necesariamente debe pronunciarse el órgano judicial, y precisamente por ello la falta de ratificación del convenio ante el juez hace que este pierda toda su fuerza vinculante y que no puedan reclamarse hasta que queden establecidos en sentencia (....).

Estos acuerdos, auténtico negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC),.... Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, 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), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial"

Audiencia Provincial Asturias Sección 5ª de OVIEDO de fecha 23/04/2018. Recurso de apelación 182 /2018, Juzgado de procedencia Jdo. Primera Instancia n. 9 de Oviedo, procedimiento de origen. Jurisdicción voluntaria 0000785 /2017. Auto 46/18. Razonamiento sobre necesidad de consenso para la realización del gasto extraordinario, como deber inherente a la patria potestad; conocimiento expreso o tácito; determinación como gastos extraordinarios las clases particulares, fútbol e inglés, vacunas; si bien ya establecidas con anterioridad a producirse la ruptura matrimonial. Notas de excepcionalidad e imprevisibilidad como sobre la necesidad o excesiva onerosidad: F. D 2: "... En este sentido en el convenio regulador aprobado judicialmente se prevé (FD 4 de la recurrida) tanto el abono del gasto por uno de los progenitores sin contar con el consentimiento del otro, relegando a un momento posterior la decisión judicial sobre el carácter del gasto (ordinario o extraordinario y, en consecuencia, su derecho y régimen de reintegro), como que no exista consenso entre los progenitores sobre su contratación, sometiendo a la decisión de los Tribunales, si procede, su naturaleza y cuantía. En nuestro caso hemos de ponderar que el hijo común venía practicando el fútbol y recibiendo clases de inglés ya antes del divorcio y suponer que el progenitor no custodio conoció de los cambios del club deportivo y de centro de enseñanza sin mostrar desacuerdo, de forma y en consecuencia que consintió tácitamente en ello y por eso no puede ahora alegar que se ha menoscabado su ejercicio de la patria potestad, ni que los gastos litigiosos de fútbol y clases de inglés no fueron consentidos..."



¿QUE TE DEBO QUE!!!!!!???????

POR SONIA B. ARÉVALO PÍRIZ



Me da a mí que algún ex cónyuge se va a llevar un sustito (para satisfacción del otro) cuando se dispongan a liquidar su sociedad de gananciales y le digan que determinados gastos de los que se olvidó aquel día que salió de su casa tiene ahora que reintegrarlos al cincuenta por ciento.

Y es que uno de los conflictos que surgen en el proceso de liquidación de los gananciales tiene que ver con las cuotas ordinarias y extraordinarias de la comunidad de propietarios del inmueble que ha sido común cuando su uso se le atribuye a uno de ellos.

Parece que las derramas o cuotas extraordinarias no generan duda: se abonan por mitad. Y las cuotas ordinarias??Generan dudas?? Normalmente no: las asume quien se queda en el uso de la vivienda o no??. Pues efectivamente, podría ser que NO.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018 es clarísima:

»

Hemos de partir de la distinción entre gastos que se derivan del USO del inmueble y gastos correspondientes a la PROPIEDAD del inmueble.

Respecto de los PRIMEROS (como son los referidos a servicios de luz, agua, ...) lógicamente han de ser asumidos por el cónyuge usuario, si bien una parte proporcional habría de ser computada como gasto de los hijos a los efectos de la fijación de la pensión de alimentos.

En relación con los gastos derivados de la PROPIEDAD, como son los de la COMUNIDAD y el IBI, que tienen carácter «proter rem», corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble...

En cuanto a los GASTOS DE COMUNIDAD, esta Sala ha considerado en sentencia de 25.05.2005 que la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios,...

Salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas, los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quien se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial.»

Así que si liquidamos la sociedad de gananciales de un matrimonio en cuya sentencia de separación y/o divorcio nada se ha dicho al respecto, la regla general es que las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios deben ser asumidas por cada uno de ellos según el porcentaje de propiedad en dicho inmueble y en definitiva, nace un crédito a favor del ex cónyuge que ha venido asumiendo ese pago en el transcurso del tiempo.

Qué podemos hacer para evitarle el susto/disgusto al cliente deudor?? Al tiempo de la liquidación ya nada, pero en el proceso en que se atribuye ese uso del inmueble si debemos pedir que el juez se manifieste de manera expresa sobre quién ha de abonar esas cuotas ordinarias.

Veamos la Sentencia de la Sección 22ª (especializada en Derecho de Familia) de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 4 de diciembre de 2015

“

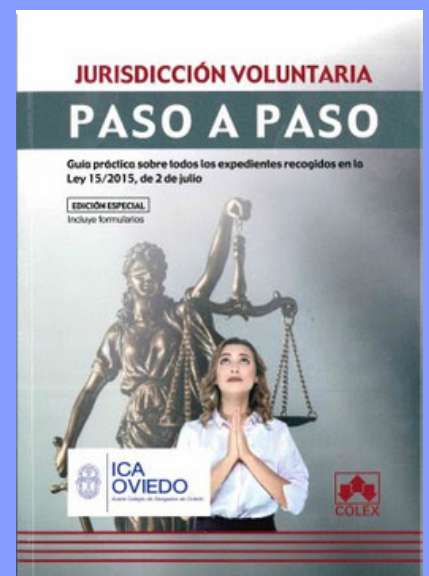
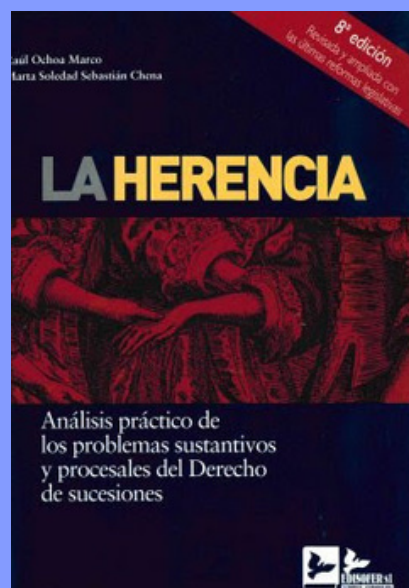
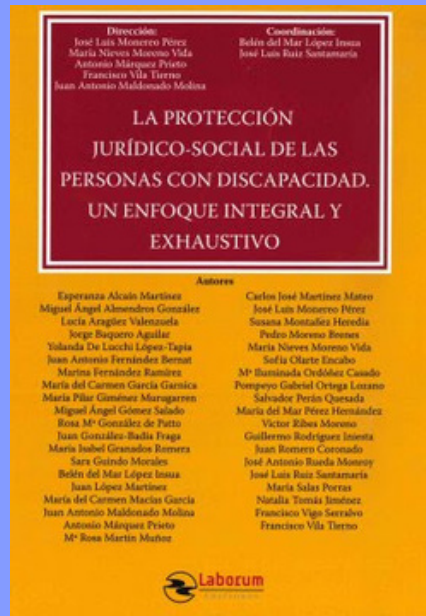
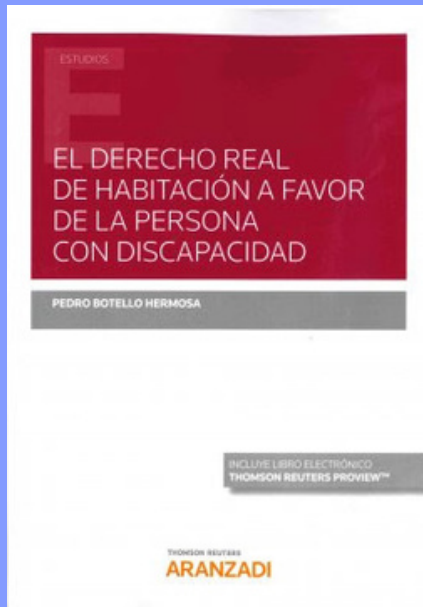
"Sin embargo, y como ya ha tenido múltiples ocasiones de pronunciarse esta Sala, no puede olvidarse que las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios, tales como los de portería, limpieza, luz o, en general, mantenimiento de zonas comunes que, en supuestos como el presente, tan sólo benefician de modo directo y personal a uno de los cotitulares, esto es aquél que ostenta el derecho, exclusivo y excluyente, de uso.

En lógica y justa correspondencia, según viene manteniendo de modo reiterado esta Sala, han de recaer sobre el beneficiario de tales servicios los gastos inherentes a la ocupación del inmueble, en cuanto originados por quienes moren en el mismo, redundando en su exclusivo beneficio.»

Depende pues de nosotros la expresa mención en la sentencia del procedimiento de ruptura para evitarnos sustos (o responsabilidades) futuras."



NOVEDADES ADQUIRIDAS POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO



DEBIDO AL INTERÉS DE LA COMISIÓN EN ESTE TEMA, OS TRANSCRIBIMOS LA NOTICIA PUBLICADA EN LA WEB DEL COLEGIO EL 26/3/2021

**El ICA Oviedo celebra el refuerzo de los equipos psicosociales
El Consejo de Gobierno ha dado hoy luz verde a la creación de cuatro plazas de personal para la Administración de justicia: dos de psicología para las unidades de valoración forense integral (UFVI) de Oviedo y Gijón y una de trabajo social para la UVFI de Gijón.**

26/03/2021.- El Consejo de Gobierno ha autorizado hoy la creación de cuatro plazas de personal para la Administración de justicia, en concreto, dos de psicología para las unidades de valoración forense integral (UFVI) de Oviedo y Gijón y una de trabajo social para la UVFI de Gijón.

De este modo, estas plazas, que ya funcionaban con personal temporal de refuerzo, se consolidan con carácter permanente en la relación de puestos de trabajo, según ha anunciado la portavoz del Gobierno, Melania Álvarez, en la rueda de prensa posterior a la reunión semanal del Ejecutivo asturiano.

Asimismo, se ha aprobado la creación de una plaza de coordinación de equipos psicosociales, con el fin de asegurar la adecuada organización del trabajo y prestación de este servicio.

Fue, precisamente, a instancias de la Comisión de Derecho de Familia del ICA Oviedo, concedora de los retrasos en la emisión de informes, por lo que el decano del Colegio, Luis Carlos Albo Aguirre, inició las gestiones con la viceconsejera de Justicia, Encarnación Vicente, para que pusiera solución a tal demora, reforzando los equipos psicosociales. Así pues, la noticia de esta mañana ha sido recibida con satisfacción, porque redundará en "garantía y agilización de los procesos de Familia".

