

CUADERNOS DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

DE LA

ASOCIACIÓN JUDICIAL

FRANCISCO DE VITORIA

Director:

GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN

Coordinador:

ALFONSO ALIAGA CASANOVA

www.ajfv.es

ISSN: 2605-2660

Síguenos en:



EXTRAORDINARIO

DICIEMBRE 2018

ALFONSO ALIAGA

EDITORIAL

El derecho de familia es, sin duda, una de las materias más cercana a los ciudadanos, que afecta a aspectos muy sensibles de su vida personal y que refleja de manera especial los cambios que experimenta la sociedad.

AJFV, consciente de ello, quiere dedicar especial atención a la materia con un número extraordinario, colofón del fin de año, que analice las cuestiones más relevantes tratadas en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal y del TJUE.

El examen de dicha jurisprudencia permite ver la necesidad de afrontar nuevas realidades sociales, como las familias reconstituidas.

Los comentarios de diez colaboradores se complementan, en este número especial, con un listado por materias de las sentencias citadas, con extractos y debidamente indexado para su fácil consulta.

Esperamos que sea útil a todos aquellos que se acercan a esta materia tan relevante para la sociedad.

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

1.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE EL AÑO 2018 EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA, por María Luz Losada Vime, Magistrada

2.- ÚLTIMA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DE VISITAS, por Ana Vega Pons-Fuster Olivera, Magistrada

3.- RESEÑAS SOBRE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO EN MATERIA DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA, por Juan José Oliver Barnés, Magistrado

4.- LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE NUESTRO ALTO TRIBUNAL, por María del Carmen Ramis Alario, Magistrada

5.- LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: FUNDAMENTO, JUICIO PROSPECTIVO Y TEMPORALIDAD, por Pablo G. Avellán Caro, Abogado

6.- BREVES NOTAS SOBRE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, por Concepción Monerri Guillén, Doctora en Derecho.

7.- LA FILIACIÓN Y LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN 2018, por M^a Teresa Pedrós Torrecilla, Fiscal Sustituta.

8.- COMENTARIO A LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TJUE EN DERECHO DE FAMILIA, por Raquel Manuel Sánchez, Letrada de la Administración de Justicia.

9.- COMENTARIOS SOBRE CUESTIONES PROCESALES Y GENERALES A RAÍZ DE TRES RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN PROCESOS DE FAMILIA, por Elena Román García

10.- LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL AÑO 2018 EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD, ACOGIMIENTO FAMILIAR/GUARDIA DE HECHO Y LIQUIDACION SOCIEDAD DE GANANCIALES, María del Carmen Broceño Plaza, Doctora en Derecho, Juez Sustituta

11.- LISTADO Y EXTRACTO DE SENTENCIAS POR MATERIAS

1	CUSTODIA.....	43
1.1	Distancia geográfica	43
1.2	Edad del menor	45
1.3	Relaciones entre los progenitores.....	45
1.4	Relevancia de la sentencia de nulidad eclesiástica.....	46
1.5	Mantenimiento del status quo	46
1.6	Importancia de informe psicosocial.....	47
1.7	Voluntad del menor.....	48
1.8	Traslado de menor y arraigo social.....	50
1.9	Violencia de género	53
1.10	Interés del menor	53
1.11	Períodos no homogéneos.....	55
2	VISITAS.....	56
2.1	Abuelos	56
2.2	Contribución cargas.....	58
2.3	Falta de relación previa con el progenitor	59
3	USO DE LA VIVIENDA.....	60
3.1	Limitación temporal.....	60
3.2	Parejas de hecho con hijos.....	61
3.3	Existencia de hijos de dos relaciones diferentes	62
3.4	Interés del menor y otros intereses legítimos.....	62
3.5	En situaciones de acogimiento familiar	64
3.6	Convivencia con tercera persona.....	65
4	ALIMENTOS.....	68
4.1	Prohibición de compensación.....	68

4.2	Retroactividad	69
4.3	Nacimiento de un nuevo hijo	70
4.4	Efectos de la extinción de la pensión compensatoria y discapacidad	71
4.5	Cargas del matrimonio/préstamo hipotecario	72
4.6	Extinción por límite de edad.....	72
4.7	Extinción por cambio de convivencia con progenitor.....	74
4.8	Ausencia de convivencia/legitimidad.....	75
4.9	Eficacia del pacto en convenio regulador, no aprobado judicialmente.....	75
5	PENSIÓN COMPENSATORIA.....	76
5.1	Temporalidad/juicio prospectivo.....	76
5.2	Uniones de Hecho.....	82
5.3	Extinción por desaparición del equilibrio tras liquidación de la sociedad de gananciales.	84
5.4	Alteraciones de circunstancias por voluntad del interesado	85
5.5	Extinción pensión de pago único	87
5.6	Desequilibrio	87
5.7	Pactos prematrimoniales	89
5.8	Pago a cargo de terceros.....	89
5.9	Extinción por convivencia marital con otra persona.....	90
5.10	Modificación de circunstancias por recepción de una herencia	91
6	CAPACIDAD	92
6.1	Eficacia contractual y de otros negocios jurídicos.....	92
6.2	Institución tutelar adecuada.....	97
6.3	Requisito de persistencia.....	101
6.4	Prórroga de la patria potestad.....	101
7	FILIACIÓN.....	102
7.1	Orden de los apellidos /supresión apellidos.....	102
7.2	Conflicto internacional de leyes	106
7.3	Posesión de estado.....	108
7.4	Plazo de ejercicio en caso de ausencia posesión de estado	109
8	DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	110
8.1	Reconocimiento de resolución extranjera	110
8.2	Derecho de visitas de abuelos	111
8.3	Residencia habitual de los lactantes.....	111
8.4	Matrimonio entre personas del mismo sexo.....	113

9	CUESTIONES PROCESALES y DE CARÁCTER GENERAL.....	114
9.1	Competencia funcional y pensión compensatoria.....	114
9.2	Procedimiento para reclamar indemnización art. 1438 Ccivil.....	114
9.3	Eficacia de convenio regulador no ratificado.....	115
10	OTRAS CUESTIONES: PATRIA POTESTAD, ACOGIMIENTO FAMILIAR, GUARDA DE HECHO, LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES	116
10.1	Patria potestad	116
10.2	Acogimiento familiar.....	117
10.3	Guarda de hecho	117
10.4	Liquidación de la sociedad de gananciales	119

AJFV

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE EL AÑO 2018 EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

María Luz Losada Vime

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 4

Torrejón de Ardoz (Madrid)

RESUMEN: *Se analiza por la autora la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida concluyendo que se mantiene el régimen de custodia compartida como el preferente y ordinario, atendiendo en todo caso al interés del menor y remarcando la relevancia dada por el Tribunal a la opinión de los menores, así como el carácter privilegiado de los informes de los equipos psicosociales; a la ausencia de relación entre los progenitores, que no excluye por sí misma la custodia compartida y a la importante distancia entre domicilios de los progenitores, que en cuanto afecta al bienestar de los menores, limita o excluye la posibilidad de custodia compartida.*

VOCES: *custodia compartida, interés del menor, malas relaciones entre progenitores, distancia geográfica, edad del menor, voluntad del menor*

COMENTARIO

Durante el presente año nuestro alto Tribunal ha venido a confirmar lo que ya indicaba en sentencias anteriores respecto del régimen de guarda y custodia. Como recuerdan las sentencias 283/2016, de 3 de mayo y 296/2017, de 12 de mayo, entre otras: «La Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016 y 9 de marzo de 2016, entre las recientes) ya que con dicho sistema (SSTS 25 de noviembre de 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre 2015 y 17 de marzo de 2016, entre otras):se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia,se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia».El Tribunal Supremo viene a reiterar la consideración del sistema de guarda y custodia como el sistema normal y preferente y ello atendiendo siempre al beneficio del menor que se configura como el elemento esencial a la hora de valorar la procedencia de un régimen de custodia compartida.

El Tribunal Supremo pondera este interés del menor tanto en supuestos en los que se resuelve inicialmente sobre guarda y custodia

como en su caso, en los supuestos en los que se pretende la modificación del régimen de custodia establecido. En relación con los procedimientos de modificación de medidas nuestro Tribunal señala que no es necesario un cambio sustancial de las circunstancias de los padres, sino que cabe atender a otra serie de elementos como la evolución de la relación de los progenitores con los menores, la edad de los menores etc. Como se indica, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre del 2018, la modificación del régimen de custodia no se basa en un cambio sustancial, pero si cierto de las circunstancias.

En este afán de atender al interés de los menores, el Tribunal Supremo concede un valor especial a la voluntad de los mismos y a sus deseos, si bien teniendo en cuenta además el resto de circunstancias y valorando especialmente la prueba del equipo psicosocial para evitar manipulaciones por parte de alguno de los progenitores, como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril del 2018. Los menores, en la medida de lo posible, deben ser escuchados y valorados, preferentemente por un equipo de expertos y sus deseos podrán ser tenidos en cuenta, siempre que no impliquen un perjuicio para los mismos y no conste que se encuentran manipulados o influidos por las decisiones de alguno de los progenitores.

El Tribunal Supremo ha analizado algunos elementos que podrían afectar al régimen ordinario de custodia compartida. Así en primer lugar las malas relaciones entre los progenitores. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero del 2018 señala que «La búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en si misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores». Igualmente la sentencia de 4 de abril del 2018 indica que el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014, de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio; 409/2015, de 17 de julio y 296/2017, de 12 de mayo). En definitiva, la mala relación entre los progenitores no excluye per se la custodia compartida, siempre que ello no redunde en perjuicio de los menores.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha valorado el tema de la distancia entre los lugares de residencia de los progenitores a la hora de determinar la procedencia de un régimen de custodia compartida. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril del 2018 se denegó el régimen de custodia compartida por periodos anuales con progenitores que residían en Pamplona y Tokio, concediendo la custodia a la madre que residía en Tokio, y ello atendiendo a la distancia existente entre ambos domicilios que no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida

de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia. Pero ello es aplicable no sólo en supuestos donde la distancia es muy grande, sino también en aquellos casos en que la distancia es menor. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero del 2018 deniega la custodia compartida en un caso donde la distancia era de 100 km. Señala que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada.

Por otro lado, nuestro Tribunal atiende al criterio de la edad del menor. Así en la sentencia de 11 de enero del 2018 se estima el recurso revocando la sentencia que atribuía la guarda y custodia exclusiva a la madre atendiendo a la corta edad del menor, cuatro años. El Tribunal Supremo señala que se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores. Y lo que es más grave, la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior.

En definitiva, para el Tribunal Supremo el sistema de custodia compartida debe ser el preferente, atendiendo en todo caso al interés de los menores. Como indica la sentencia de nuestro alto Tribunal de 10 de octubre del 2018, la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche (sentencia 554/2017, de 17 de octubre).

ÚLTIMA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DE VISITAS

Ana Vega Pons-Fuster Olivera

Magistrada del Juzgado de familia nº 9

Valencia

RESUMEN: *La autora analiza en este artículo la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre derecho de visitas en el año 2018, analizando la finalidad de tal derecho y la necesidad de atender al interés del menor, en el caso de las relaciones con los abuelos, en supuestos de aparición súbita del padre biológico, en casos de acogimiento familiar o de arraigo tras traslado de domicilio sin consentimiento del otro progenitor.*

VOCES: **derecho de visita, interés del menor, abuelos, aparición repentina padre biológico, traslado de domicilio, acogimiento familiar**

ACOGIMIENTO FAMILIAR

Cuando se habla del derecho de visitas , no sólo se hace referencia a la regulación de la relación entre el progenitor no custodio y los hijos sometidos a potestad, aunque sean las más frecuentes y habituales sino también al derecho que el Código Civil reconoce expresamente (art 160 reformado por la Ley 26/2015) respecto de los abuelos , entre hermanos y otros parientes y allegados .

Ese derecho, con el que se pretende preservar los vínculos familiares del menor viene informado por el principio del *favor filii*, que según una línea bien doctrinal bien consolidada (sentencia n.º 748/2014 de 11 de diciembre , sentencia n.º 566/2017 de 19 de octubre, sentencia n.º 550/2017 de 11 de octubre; sentencia n.º 961/2011 de 10 de enero, sentencia n.º 529/2017 de 27 de septiembre . sentencia n.º 579/2017 de fecha 25 de octubre), es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares,

materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.

Y en la indagación de qué es lo más conveniente , el menor normalmente, si tiene 12 años o más o muestra madurez debe ser oído sobre los asuntos que le afectan , aunque la STS 15-1-2018 también se plantea que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la exploración en aras al interés del menor, resolviéndolo de forma motivada, ya sea por la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor pudiendo realizarse con la ayuda de un especialista o evitando preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables para el menor .

A) Visitas con el progenitor no custodio

En algunos casos excepcionalmente podrán no fijarse visitas con el progenitor, como en el supuesto contemplado en la STS 25-4-2018 en la que puede leerse *“la sentencia de primera instancia estimó la demanda de medidas paternofiliales instada por la madre y le atribuyó la patria potestad exclusiva sobre los menores sin régimen de visitas . Apelada la sentencia por el padre, la Audiencia la revoca en parte y fija un régimen de comunicación telefónica del padre con los hijos de un máximo de diez minutos dos días por semana considerando que podía resultar eficaz la fin de que los hijos pudieran empezar a relacionarse con el padre. Recurrida en casación por la madre el TS estima el recurso al considerar que apenas existen vínculos entre el padre y los hijos y que estos no se van a restablecer con unas llamadas telefónicas; añade que no se ha valorado adecuadamente el interés de los menores y que la aparición repentina en sus vidas del padre biológico a través del teléfono, en nada garantiza su interés, protección y estabilidad emocional”*

Pero, en la mayoría de los supuestos, como se dice en la mencionada lo normal será garantizar la presencia paterna o materna en la vida del menor .

Así, respecto del régimen de visitas de los hijos con los progenitores hay que decir que el contenido de esta medida se ha ensanchado , como es fácilmente apreciable en los convenios en los que ya viene siendo habitual que sea la cláusula más prolijamente regulada, en la que se fijan con detalle el derecho a relacionarse con el hijos no sólo en su modalidad ordinaria, sino también en determinadas fechas como cumpleaños de los hijos y los padres, festividades locales ... Por no hablar de la complejidad del “traje a medida” que supone en ocasiones la elaboración de sistemas de visitas progresivos en menores de tres años, especialmente si son lactantes , o cuando , como es cada vez más

frecuente el derecho a relacionarse con el menor se complica como consecuencia de vivir ambos progenitores en poblaciones diferentes que pueden ser muy distantes, introduciéndose un nuevo factor de conflicto como es el coste de los desplazamientos.

La STS de 21-3-18 al estudiar los criterios para determinar quién ha de ser el progenitor obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los padre, determina que ha de estarse al acuerdo de las partes en tanto no viole el interés del menor, en defecto de acuerdo, el sistema habitual será que cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio y el custodio lo retornará a su domicilio, subsidiariamente, si el sistema habitual no se ajusta a los principios de interés del menor y distribución equitativa de cargas, las partes o el juez (en decisión motivada) podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica. Las situaciones extraordinarias de desplazamiento a larga distancia exigirán ponderar las circunstancias concretas para singularizar las medidas a adoptar. En el caso estudiado, se consideró que el interés de los menores aconseja que sea el padre el que se desplace, lo que además se ha tuvo en cuenta al fijar una pensión de alimentos moderada.

La STS 23-7-18 modificó el régimen de vacaciones en atención a las molestias que sufre el menor derivadas de las residencias distantes de los progenitores. Acordó igualmente que los gastos de desplazamiento en caso de ingresos similares de ambos progenitores se repartan al cincuenta por ciento.

Es un hecho cierto que en la última década en que la custodia compartida se ha ido asentando como una realidad ya habitual, el régimen de visitas ordinario en la custodia monoparental también se ha expandido y se ha pasado de unas visitas con una pernocta de Sábados a fines de semana con tres noches, de Viernes a Lunes, aunque sobre el momento en que debe introducirse la pernocta con el progenitor no custodio las resoluciones son, como no podía ser de otra manera de lo más variadas, aunque se suele situar la franja en los tres años de edad del hijo.

La STS 1383 /18 de 18 de Abril declara que aunque el traslado de la madre sin autorización del padre es reprochable, no acuerda el retorno de la menor a su anterior localidad de residencia al estar consolidado, debiendo fijarse el régimen de visitas en ejecución de sentencia.

B) Derecho de visitas de los abuelos, la STS 968/15 ya analizaba la complejidad de las relaciones entre familiares que se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. La jurisprudencia se había manifestado a favor de estas relaciones partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de estos con los progenitores. Pero declara que rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor y en el supuesto examinado se denegaron las relaciones de la nieta con sus abuelos, al afectar a su estabilidad emocional.

En la misma línea, la STS 3377/18 de 27-9-18 examina la demanda en la que los abuelos paternos de dos menores solicitan un régimen de visitas, comunicación y estancia con sus nietas alegando que no pueden hacerlo pues lo obstaculizan los padres de las niñas. La sala parte de que ha quedado acreditada en el proceso la mala relación entre los abuelos y los padres de las menores, con reiteradas denuncias, condenas penales y alejamientos, así como la absoluta desvinculación de los abuelos para con sus nietas (a la mayor no la ven desde los cuatro años y a la pequeña ni la conocen); considera que las visitas de los abuelos, aunque restringidas, serían perjudiciales para las niñas por la evidente influencia de animadversión hacia sus padres y porque aquellos dejaron de asumir su papel de abuelos desde que cesaron la relación con las nietas, con el irreversible efecto que el transcurso del tiempo ha ocasionado en la vida familiar.

C) Finalmente diremos que el derecho de visitas también se puede referir a menores sometidos a medida de protección. Así la STS 2.206/18 de 15-7-2018 reconoce el derecho de contactos en favor de una abuela al decir “ *El art. 176 bis CC, introducido por la Ley 26/2015, recoge la figura de la guarda con fines adoptivos, que sustituye al antiguo acogimiento preadoptivo. Su fin es que el menor se integre en la que será su familia adoptiva y, por ello, produce la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen, salvo excepciones y, entre ellas, que convenga hacer lo contrario atendiendo al interés del menor. En el caso, ese interés de los menores es el que ha sido valorado por la sentencia recurrida para acoger tal excepción, teniendo en cuenta que la entidad pública se ha limitado a presentar un informe de seguimiento del*

que se colige que las relaciones de la abuela no son perjudiciales para sus nietos.”

Por el contrario, la Sentencia del TS núm. 78/2018 de fecha 14/02/2018 denegó las visitas de los padres con el hijo en acogimiento diciendo *“Frente a una argumentación tan precisa de la Juzgadora de primera instancia, que persigue evitar que los menores se coloquen en situación de riesgo, con medidas inciertas en sus frutos, cuando se encuentran estables y arraigados en su actual situación, la Audiencia, a pesar de insistir en el interés del menor, pone el foco de la ratio decidendi en los progenitores y en el interés de éstos, por encomiable que sea, por recuperar la proximidad de sus hijos, para ofrecerles a aquellos una oportunidad. En ningún momento se analiza qué repercusión negativa podría tener sobre los menores esa aproximación, y si alteraría su estabilidad emocional. Faltan informes precisos que provoquen una convicción suficiente de que la medida acordada no provocaría en los menores una desubicación de su actual entorno socio familiar y educativo, en el que se encuentran integrados de forma positiva, superando carencias que sufrieron y que motivaron la situación de desamparo...”*.

Esta última jurisprudencia está en línea con esa consolidada doctrina que favorece la relación del hijo con sus padres y familiares ,pero siempre supeditada a que sea beneficiosa y conveniente para el menor.

RESEÑAS SOBRE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO EN MATERIA DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

Juan José Oliver Barnés

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia (Familia) nº 9
Murcia (Familia)

RESUMEN: *El autor realiza un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el año 2018 en relación con la atribución del uso de la vivienda, ponderando los distintos supuestos tenidos en cuenta tales como la no necesidad de los hijos, su carácter no familiar o la irrupción en la convivencia de una tercera persona*

VOCES: **Domicilio familiar, uso, artículo 96 del Código Civil, excepciones, custodia compartida, carácter familiar.**

COMENTARIO

La atribución del uso del domicilio familiar como efecto patrimonial de la nulidad, separación y divorcio, se configura como uno de los mecanismos legales de amparo de la familia, en situaciones de crisis o ruptura, en dicción de la Sentencia del Tribunal Supremo, *como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque reglamentada ,pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos (STS 29-4-94) cuya protección general presenta rango constitucional , impuesta por el artículo 39.1º y 2º de la Constitución.*

Cuando se habla de la vivienda familiar como objeto de protección ello se reconoce no solo en nuestra Constitución sino también a nivel Europeo y así en el artículo 8 del CEDH se reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar , que ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de forma tal que no se limita tal artículo a la familia de derecho vinculada en exclusiva al matrimonio sino que se amplía a la vida familiar y a las relaciones entre sus miembros .

El problema en la actualidad, como no puede ser de otro modo, se centra en la determinación de cuál de los cónyuges permanecerá en el uso del domicilio familiar , para lo cual debe de acudir al artículo 96 del Código Civil que lo determina atribuyéndolo a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden , es decir desvinculándolo de la propiedad del inmueble lo que ha supuesto una problemática variada y compleja que ha exigido de los Tribunales soluciones novedosas tanto en el supuesto de existencia de hijos como de inexistencia de los mismos, teniendo que dar encaje a conceptos como el del interés de los hijos menores como el más necesitado de protección o el de por ejemplo si se ha de tener en cuenta el interés de los hijos mayores de edad a estos efectos.

La regla general, tal y como ha recogido en numerosas sentencias el Tribunal Supremo (entre otras de 5 de Diciembre de 2016 Rec 788/2016) ha tenido dos excepciones que han eliminado el rigor de la norma ; una, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida ,entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta, que el uso que se dé a la misma puede alterar su calificación por el incumplimiento por los cónyuges con el derecho y deber propio de la relación. La otra gran excepción es la no necesidad de la vivienda por los hijos que tengan cubierta esa necesidad por otros medios.

Por otro lado, el artículo 96 del Código Civil ha tenido que ser igualmente reinterpretado con la normalización de la atribución del régimen de guarda y custodia compartida así en STS de fecha 20 de Febrero de 2018 o en STS de fecha 9 de Mayo de 2018 , pone de manifiesto nuestro alto Tribunal la necesidad de *“ armonizar el interés del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado con los de los hijos a comunicarse con su madre en otra vivienda, para lo que es preciso una etapa de transición, según la doctrina citada, que la sentencia recurrida no ha respetado. (...) fijándose un plazo de tres años desde nuestra sentencia, la madre tendrá tiempo suficiente para buscar una vivienda digna, en atención a sus capacidades laborales, y los hijos tendrán una edad más propicia para que la madre concilie sus intereses laborales y familiares a la hora de atender los cuidados de ellos*

A falta de una mención expresa del artículo 96 del Código Civil a los supuestos de custodia compartida, el Tribunal Supremo , utiliza como criterio de interpretación entre otras en STS de 7 de Junio de 2018 el interés más necesitado de protección y el interés superior de los menores, debiendo ponderarse igualmente los demás intereses legítimos presentes y mantiene un criterio de atribución temporal y aplicación analógica del art 96.2 CC, atribuyendo a la madre el domicilio por un año (STS 11 de Febrero de 2016) *“... con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia , transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales “.*

Por último, y en relación con la STS de fecha 20 de Noviembre de 2018 , que ha tenido una repercusión pública importante, se centra la cuestión controvertida en la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso, estableciendo el Supremo que *“ El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre)” “La*

introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida", manteniéndose en la práctica como ya ocurría la cuestión de la prueba de la introducción de esa tercera persona.

AJFV

LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE NUESTRO ALTO TRIBUNAL

María del Carmen Ramis Alario

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 1

Denia (Alicante)

RESUMEN: *La autora realiza un minucioso desglose de las sentencias dictadas en materia de pensión de alimentos, desgradando las soluciones ofrecidas a circunstancias tales como el límite de edad máximo para percibirla, la existencia de discapacidad de los hijos o el pacto entre los cónyuges no aprobado judicialmente.*

VOCES: **pensión de alimentos, límite de edad máxima, retroactividad, pacto no aprobado judicialmente, orden público, extinción, cargas del matrimonio, discapacidad**

COMENTARIO

En materia de alimentos pocas concreciones pueden efectuarse una vez la jurisprudencia ha ido determinando como se han de trasladar los principios y criterios de la obligación alimenticia general prevista en los artículos 142 ss, a la pensión alimenticia prevista en el artículo 93 del CC.

Mantiene el TS que se ha de atender a la regla de proporcionalidad entre los recursos y necesidades de alimentante y alimentista, atendiendo así mismo a se trate de hijos mayores o menores de edad, se formulan modulaciones a las reglas generales, en atención a las especialidades de la obligación alimenticia en sede de familia.

Sobre la proporcionalidad y como se ha de valorar en los procesos de familia podemos acudir a las precisiones que se contienen en el fundamento de derecho sexto de la STS Roj 2826/18. Precisamente en aplicación de estos principios se mantiene el criterio establecido en la STS Roj 359/2016 en virtud del cual se establece que el sistema de guarda y custodia compartida no es incompatible con la fijación de

pensión alimenticia a cargo de uno de los progenitores por cuanto la estancia paritaria de los menores en el domicilio de cada progenitor no exime del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges (principios de igualdad y proporcionalidad) .

Las sentencias dictadas en el presente año 2018 por el Tribunal Supremo, efectúan algunas precisiones sobre la modulación a la que nos referimos en el párrafo previo, que resultan de aplicación con carácter general y con independencia de los concretos supuestos de hecho enjuiciados, entre las que cabe destacar las siguientes:

1) Diferente naturaleza de, la pensión alimenticia a favor de los hijos, en los términos previstos en el artículo 93 del CC, y la pensión compensatoria a la que se refiere el artículo 97 del CC.

Esta diferente naturaleza determina conforme precisa la STS Roj 213/2018, que no proceda compensación entre las deudas derivadas de una y otra pensión, en aplicación de lo previsto en el artículo 151 del CC

* no solo con relación al crédito que ostente el cónyuge que tiene derecho a percibir la pensión compensatoria y el crédito que ostente el otro progenitor como administrador de la pensión alimenticia de los hijos comunes,

* sino que tampoco procede tomar en cuenta para determinar la pensión alimenticia de un menor o mayor que con uno de los progenitores conviva, la cuantía de la cantidad que al progenitor administrador de la referida pensión se le reconozca como pensión compensatoria, en resumen que no cabe subordinar económicamente una a la otra, sin perjuicio de que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad al que se ha de atender para la determinación de los alimentos, se valore el hecho de que la extinción de la pensión compensatoria determinará mayores posibilidades económicas del obligado a abonar la pensión alimenticia. Si bien en mi opinión se ha de añadir como cuestión no señalada en la referida sentencia que se deberá además valorar las condiciones económicas en que queda tras la extinción de la pensión compensatoria, la otra obligada a contribuir en la alimentación del hijo común, por cuanto en virtud de tal extinción puede haber visto reducidas sus posibilidades económicas.

* ni con otras pensiones alimenticias cuyos prestatarios sean los mismos, pero no sean coincidentes los perceptores

2) Se mantiene la no fijación de un límite de edad máxima con relación a los hijos mayores de edad que conviven en el hogar con uno de los progenitores y la obligación de prestarles alimentos, a la que se refiere

el artículo 93.2 CC, así en la STS Roj STS 1878/2018 cuyos hechos vienen referidos a un hijo que cuenta con treinta años de edad; se mantiene el criterio de la necesidad de convivencia, en la STS Roj 2494/2018 se acuerda que se extingue la pensión alimenticia de una hija que cuenta con 25 años de edad, bajo el fundamento de que ha dejado de convivir con el progenitor durante la tramitación del procedimiento, excluyendo que las consecuencias se deriven como señalaba la Audiencia Provincial, a la renuncia de la pretensión por el progenitor con el que convivía, por último en la STS Roj 3683/2018 el hijo cuenta con 27 años de edad, sentencia esta última en la que se mantiene la jurisprudencia dictada sobre la eficacia de las resoluciones que bien extinguen o bien modifican la cuantía de la pensión alimenticia, en este último caso tanto al alza como a la baja, estableciendo que la eficacia de la modificación lo será al de la fecha de la sentencia en que así lo establezca salvo excepciones para evitar un supuesto de doble pago

3) Tras la última precisión señalada en el punto anterior, destacar que se establece en la STS Roj 1165/2018, el la retroactividad de la obligación de abonar alimentos, no a la fecha del dictado de la sentencia como en los supuestos de modificación que tienen su fundamento en el artículo 106 del CC y el artículo 774.5 de la LEC, sino al de la fecha de interposición de la demanda, por cuanto se establece en la sentencia un cambio del obligado al pago de la misma, resultando probado que el hijo de hecho al momento de interponer la demanda ya convivía con el padre que no tenía atribuida su guarda. Si bien esta fecha, que como se indica, más que de retroacción de los efectos de la sentencia, es de efectividad de la obligación de abonar alimentos, se modula en la STS Roj 2826/2018 en cuanto establece que la fecha de inicio de la obligación de prestar los alimentos no la de la demanda en que los establece, como se indicaba en la otra sentencia, sino la fecha en que la menor cambió de hecho el sistema de guarda, atendido que existía un pacto alcanzado entre los progenitores, en virtud del cual ambos durante la tramitación del procedimiento, mostraban su conformidad al cambio de custodia

4) Con relación a la obligación de alimentos referida a hijos mayores en los que concurre alguna discapacidad, la STS Roj 1166/2018 tras determina la diferencia que en materia de atribución del uso de la que fue la vivienda familiar concurre entre hijos menores de edad y mayores con alguna discapacidad, procede asumiendo las funciones de instancia señala los criterios a tomar en cuenta para cuantificar la pensión alimenticia con relación a hijos con discapacidad concretando que se tomará en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso entre las que se ha de atender al grado de discapacidad y en el supuesto concreto

el hecho de que el obligado a abonarla ve incrementadas sus posibilidades económicas al extinguirse la obligación de abonar pensión compensatoria al otro cónyuge y una pensión alimenticia a otro hijo

5) Posibilidad de tomar en cuenta al determinar las obligaciones alimenticias de los progenitores la situación creada por el hecho de que la carga del abono de las cuotas del préstamo hipotecario recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges -propietario de la vivienda- mientras no puede hacer uso de la misma por haber sido reconocido éste a favor del hijo menor y de la madre a la que se atribuye la guarda y custodia conforme con la STS Roj STS 1479/2018

6) El momento en que deja de estar obligado a prestar alimentos aquel progenitor que tras el dictado de una sentencia se concluye no es el progenitor biológico, se determina en la STS Roj 3700/18 al estudiar la prescripción de la acción concreta ejercitada, y tomando en cuenta lo previsto en el artículo 112 del CC puesto en relación con el artículo 1968.2 del mismo cuerpo legal que lo será el momento en el que cesa la presunción de paternidad por la sentencia en que así lo establece

7) La STS Roj 1165/2018 trata sobre la relevancia que se ha de conceder a la opinión manifestada por un menor con relación a sus deseos de convivir con uno u otro progenitor, valorando como afecta en dicha opinión la discapacidad del menor

8) Se ratifica el principio de no aplicación del criterio de justicia rogada en materia de alimentos referida a hijos menores, al tratarse de una cuestión de orden público, distinguiendo el TS en su STS Roj 213/2018 en atención al interés superior del menor, que se trate de supuestos en que su aplicación determina efectos positivos para el menor, en la que se admite la posibilidad de establecerlos en mayor cuantía que los solicitados por los progenitores, y aquellos en que sin que ninguna parte lo haya solicitado se procede a rebajar la pensión alimenticia del menor, lo que se concluye no puede efectuarse por cuanto ello perjudica al menor

9) Por último haré referencia a la validez y efectos que se otorga al pacto alcanzado entre los progenitores, no aprobado judicialmente, en materia de obligación de pago de alimentos al hijo menor de edad, en la STS Roj 3485/2018 se determina que dicho pacto será válido y exigible siempre y cuando proteja adecuadamente el interés superior del menor, no vulnere los límites establecidos en el artículo 1814 del CC, y la exigibilidad de su abono no puede hacerse depender del cumplimiento o incumplimiento del resto de pactos incluidos en el convenio ajenos a dicha obligación.

LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: FUNDAMENTO, JUICIO PROSPECTIVO Y TEMPORALIDAD

Pablo G. Avellán Caro

Abogado. Socio Director de Atticus Abogados

RESUMEN: *Este año 2018 se han dictado por el Tribunal Supremo interesantes Sentencias relativas a la pensión compensatoria, algunas que vienen a reiterar el fundamento jurídico clásico de la misma y la necesidad de reequilibrar oportunidades, otras que ahondan en la necesidad de un juicio prospectivo y prudente para su fijación, así como las que establecen soluciones nuevas para problemas modernos; a continuación, realizamos un breve resumen por materias y destacamos las más relevantes.*

VOCES: **pensión compensatoria, temporalidad, juicio prospectivo, uniones de hecho, extinción, diez a quo.**

COMENTARIO

- En general, se recuerda por el T.S. que la ley concibe la pensión compensatoria como un medio para evitar el desequilibrio económico que origina el fin de la vida en común a uno de los cónyuges, pero se recuerda que *“no es un medio para lograr la igualación entre los cónyuges”* (STS 17 Octubre 2018).

- La STS de 15 de enero de 2018 recuerda que *“debe excluirse la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia de parejas de hecho”*, cuyo fundamento no se encuentra, por ello, en la compensación del desequilibrio del Artículo 97 C.C., sino en la doctrina del enriquecimiento injusto.

- Resulta de vital importancia la doctrina jurisprudencial reiterada que, a efectos del establecimiento de la pensión compensatoria, de su cuantía y de su fijación temporal o indefinida, establece la necesidad de que la misma parta de un **juicio prospectivo** realizado bajo criterios de prudencia, ponderación y certidumbre, (STS 21 Junio 2018).

Bajo estos criterios, se estableció como indefinida la pensión compensatoria favorable a una demandante de 60 años, ante la falta de perspectiva en un futuro incierto que permitiera la superación del desequilibrio, (STS 15 de marzo de 2018). De igual modo se fijó para otra demandante de 50 años cuyas circunstancias personales y profesionales no permitían vislumbrar la mejora de su situación, por lo que el TS (STS 21 junio 2018) entendió que el derecho debía ser indefinido, sin perjuicio de que ello no puede significar ni ser entendido como *“un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios”*.

- En cuanto a las causas de extinción de la pensión compensatoria, la STS de 18 de julio de 2018, resulta de interés por establecer la fecha de la interpelación judicial como *dies a quo* para la extinción del derecho, por haber contraído nuevo matrimonio, distinguiendo los efectos de las Sentencias de modificación de medidas relativas a las pensiones de alimentos – que surten efectos desde su dictado-, del régimen de las pensiones compensatorias, en especial en este caso relativo a una pareja de hecho que mantenía convivencia desde 10 años antes de contraer matrimonio y de la propia demanda de modificación de medidas. Se significa la importancia decisiva al efecto de la nueva “*comunidad de disfrute*”.

- Como en otras cuestiones civiles referentes a la libertad contractual, está siendo importado del Derecho estadounidense, el uso de los pactos prematrimoniales, razón por la cual la STS de 30 de Mayo de 2018 analiza la renuncia a la pensión compensatoria prevista en un acuerdo prenupcial, afirmando la validez del mismo habida cuenta las circunstancias – la preparación de la demandante -, y básicamente, por estar a salvo el respeto de la libertad, la dignidad y la igualdad de los cónyuges como principios constitucionales a preservar.

Asimismo, la STS de 14 de Marzo de 2018 distingue la fijación de una pensión compensatoria respecto del acuerdo entre las partes consistente en la fijación de una prestación única –no conceptuada como compensatoria-, para pago de la vivienda que serviría de domicilio a esposa e hijas, válido según el Artículo 1.255 C.C., pero ajeno al régimen de modificación y extinción de los Artículos 101 y 100 C.C. y a la variación de las circunstancias posteriores.

- Por su parte, la sorprendente STS de 9 de Octubre de 2018 ha establecido una pensión compensatoria para la esposa casada en segundas nupcias con 61 años y divorciada con 63, imponiéndola con carácter de indefinida, pues la demandante de no haberse casado, no habría perdido la pensión compensatoria previa que abonaba su primer marido ni la expectativa de derecho a pensión de viudedad que le habría correspondido por la futura muerte de su primer marido.

- Por último, la STS de 21 de Junio de 2018, revocó la imposición a la sociedad unipersonal del esposo, de la cual era administrador único, del pago de la pensión compensatoria a su esposa, que había acordado la Sentencia de la A.P. Valencia, estableciendo, en su lugar, la obligación del esposo, al haber firmado el convenio regulador éste, en su propio nombre y como administrador de la sociedad, conciliándose así en Casación la Justicia material y la legitimación pasiva de la parte deudora.

BREVES NOTAS SOBRE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Concepción Monerri Guillén

Doctora en Derecho. Universidad Politécnica de Cartagena (Murcia)

RESUMEN: *La jurisprudencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en 2018, en materia de modificación judicial de la capacidad, contribuye a consolidar en nuestro ordenamiento jurídico lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español, mostrando como el Alto Tribunal, en esta materia, ha sabido acercarse a una realidad social que no resulta sencilla de entender, dejando patente que el incapaz pueda necesitar distintos grados de protección, siendo la curatela la medida que mejor acomodo encuentra con la Convención¹.*

No obstante, se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley de reforma del derecho civil en materia de discapacidad, con el fin de eliminar la incapacitación judicial de las personas con discapacidad intelectual, que prevé la reforma del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, la del Registro Civil y la ley de Jurisdicción Voluntaria.

VOCES: Tutor, curador, discapacidad, matrimonio, testamento, herencia, capacidad, otorgamiento, informe forense, ministerio fiscal, autorización judicial, derecho de sufragio

COMENTARIO

Entrando en el fondo de la cuestión, la antigua sentencia del TS-1^a, de fecha 5 marzo 1947, ya admitió la posibilidad de graduar el sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación, finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE².

Resultará necesario en el procedimiento de incapacitación, que se garantice y respeten los derechos inherentes al ser humano, por lo que resulta imprescindible la aportación de datos y pruebas para evaluar correctamente la situación de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica y mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta³, decantándose el TS, como ya se ha manifestado, por la curatela, al establecerla como una limitación parcial del alcance de la capacidad, y en ningún caso como una situación de discapacidad total que justificaría el

¹ STS-1^a, Pleno, de fecha 29/04/2009.

² JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “Novedades sustantivas en materia de estado civil...”. *Cuadernos Digitales de Formación* 55 – 2016, Plan Estatal de Formación Continua 2016, CGPJ, Madrid, pág. 30.

³ STS-1^a, de fecha 07/03/2018 (Roj: STS 732/2018 - ECLI: ES:TS:2018:732).

sometimiento a la tutela⁴. Si el grado de discapacidad, resulta excesivo y desproporcionado, es posible adaptar este sistema de guarda legal a la curatela, con el que el incapaz va estar más protegido especialmente en lo referente a la herencia de su padre⁵.

Por otra parte, no se limita por el Alto Tribunal la capacidad para contraer matrimonio, ya que ni estar incapacitado ni padecer discapacidad intelectual excluyen por sí mismos dicha capacidad⁶, ni la limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador comprende los actos de disposición mortis causa y para apreciar su validez debe estarse a la capacidad del testador en el momento del otorgamiento⁷, lo que viene a traducirse en que en el Código Civil, la curatela no se circunscribe a la asistencia en la esfera patrimonial al ser el testamento un acto personalísimo⁸.

La STS-1^a, Sección 1^a, de fecha 21/06/2018,⁹ tiene en cuenta que la incapacidad puede modificarse¹⁰, lo que no viene siendo muy frecuente en nuestro ordenamiento jurídico, dando integró cumplimiento a la Convención y utilizando las instituciones de derecho interno, mostrando que la incapacitación no es una medida discriminatoria, dando así una única interpretación al art. 200 del CCivil:

En la sentencia citada, el juez a quo declaró incapacitado total a la Sra. Encarna para el gobierno de su persona y bienes, para cualquier acto de administración y de disposición y para el derecho de sufragio, quedando sujeta a tutela, entendiendo el informe médico forense obrante, que la incapacitada sufría un trastorno psicótico de tipo paranoide.

En apelación, la sentencia se revoca parcialmente y se declara, con nuevo informe médico forense, que únicamente se limitará la capacidad de la demandada para los actos previstos en el artículo 271 CCivil, para los que precisará la intervención del curador, a quien compete además el control del cumplimiento del tratamiento médico y psiquiátrico que se prescriba a la demandada e instar, en su caso, su internamiento, no

⁴ STS-1^a, de fecha 07/02/2018 (Roj: STS 310/2018 - ECLI: ES:TS:2018:310).

⁵ STS-1^a, de fecha 06/03/2018 (Roj: STS 709/2018 - ECLI: ES:TS:2018:709).

⁶ STS-1^a, de fecha 15/03/2018 (Roj: STS 846/2018 - ECLI: ES:TS:2018:846).

⁷ STS-1^a, Pleno, de fecha 15/03/2018 (Roj: STS 936/2018 - ECLI: ES:TS:2018:936).

⁸ STS-1^a, de fecha 15/06/2018 (Roj: STS 2191/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2191).

⁹ STS-1^a, de fecha 21/06/2018, N^o de Recurso 3394/2017, N^o de Resolución: 383/2018, Ponente: Antonio Salas Carceller (Roj: STS 2319/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2319, Id Cendoj: 28079110012018100365).

¹⁰ La STS-1^a de fecha 17/10/2008, determina que “una persona que padece una enfermedad de carácter psíquico irreversible e incurable no ha de ser sometida al régimen de guarda y, por tanto, ser incapacitada, si se prueba que las alteraciones mentales no repercuten en su capacidad de obrar, ostentado entendimiento y voluntad suficiente para gobernar su persona”.

pudiendo la misma conducir ni usar armas ni obtener las correspondientes licencias, pero sí votar¹¹.

El TS desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial, haciendo referencia al artículo 761 LECivil¹², lo que supone en la práctica, que podrían revisarse sentencias de incapacitación, que establecieran la curatela, cuando el demandado haya mejorado de sus patologías, pueda valerse por si mismo en determinados actos y se acredite debidamente en el nuevo procedimiento.

Y a modo de cierre, de este pequeño repaso a la materia, no está de más recordar que tanto el Juez como el Fiscal tienen algunas facultades de asesoramiento a los particulares recogida en la Disposición Adicional Tercera, Párrafo 1.º de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que establece: "Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos¹³...".

AJFV

¹¹ La STS-1ª, de fecha 24/06/2013, Nº recurso 1220/2012 estableció que el artículo 29 de la convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos la posibilidad de gozar de ellos y ejercer el derecho al voto. La Ley 5/85, de 19 de julio, del REG, declara que los incapaces quedarán privados del voto siempre que la sentencia judicial firme lo declare expresamente, por lo que la privación del derecho al voto no es automática.

¹² Resulta fundamental en la materia la STS-1º número 282/2009, de 29 de abril, Pte: Encarnación Roca Trías, que hace referencia asimismo al artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

¹³ SANTOS URBANEJA, F.: “Presente y futuro de la de la incapacitación y la figura jurídica del internamiento a los inicios del siglo XXII, Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva”. *Cuadernos Digitales de Formación* 60 – 2008, Madrid, pág. 8.

LA FILIACIÓN Y LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN 2018

M^a Teresa Pedrós Torrecilla

Fiscal Sustituta en la Región de Murcia

RESUMEN: *El cambio en el orden de los apellidos, exige que conste la existencia de un beneficio para el menor, sin que se pueda imponer al menor llevar los apellidos de uno solo de los progenitores, ni existiendo acuerdo entre ellos. Se resuelven las cuestiones que en materia de filiación plantea la nueva regulación operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.*

VOCES: Orden de los apellidos, interés del menor, Ley 26/2015.

COMENTARIO

Entre las sentencias dictadas por el Alto Tribunal en materia de filiación, ha sido reiteradamente tratado el orden de los apellidos, cuando no existe acuerdo entre los progenitores.

El común denominador de estas sentencias gira en torno, al beneficio que puede reportar para el menor, el cambio del orden de los apellidos. Este criterio se encuentra ya recogido en la sentencia de Pleno 659/2016, de 10 de noviembre, según el cual para alterar el primer apellido con el que el menor viene identificado, es preciso acreditar que el cambio es beneficioso para el mismo. Esta doctrina aparece recogida en numerosas sentencias, entre las que se encuentran las SSTS 1617/2018, de 9 de mayo de 2018 y 813/2018, de 7 de marzo.

Además, encontramos también aportaciones dignas de consideración, en otras sentencias dictadas sobre esta materia, en este mismo año.

Así, en la STS 47/2018, de 17 de enero, se mantiene el primer apellido materno, establecido en el momento de la inscripción faltando la determinación de la paternidad, al no apreciar que el interés del menor deba dar lugar al cambio. Así, se considera que el momento de la inscripción fija el orden de los apellidos paterno y materno, por lo que, determinada inicialmente solo la filiación materna, la posterior determinación de la filiación paterna a través de demanda de paternidad, no conlleva implícito un cambio del primer apellido del menor por el apellido paterno, pues ello además atentaría contra el principio de igualdad.

Atendiendo al contenido de la STS 568/2018, de 20 de febrero, determinada la filiación paterna en un posterior procedimiento de reclamación

de paternidad no matrimonial, atendiendo también al beneficio del menor, no procede mantener solo de los apellidos de la madre. Y para el caso de existir acuerdo entre los progenitores, la STS 3155/2018, de 14 de febrero se ocupa del alcance que puede tener la conformidad sobre los apellidos del menor, fijando que el acuerdo solo puede girar en torno a su orden y no a la supresión de los apellidos de uno de los progenitores, por ir en contra tanto de la previsión legal como de los intereses del menor.

La competencia judicial y la ley aplicable se trata en la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 1281/2018 dictada el día 17 de abril de 2018, al ejercitar la acción un español, en un procedimiento de reclamación de paternidad extramatrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial, respecto de un menor que reside en el extranjero. Según el Pleno, únicamente cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento, procede la llamada a la ley sustantiva española.

Así, en el caso tratado en la sentencia, siguiendo el artículo 9.4 del Código Civil resulta aplicable la ley suiza, según la cual la acción ejercitada está prescrita, sin que esta circunstancia permita la entrada a la ley sustantiva española, ya que no nos encontramos ante una ley que no permite establecer la filiación, sino ante el ejercicio de una acción, que no ha seguido los presupuestos que el derecho aplicable ha previsto para ello.

En la sentencia de Pleno 1282/2018, de 17 de abril, se ejercita por un mayor de edad de nacionalidad francesa una acción de reclamación de filiación, haciéndolo antes de la entrada en vigor de la reforma del artículo 9.4 del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio. Se concluye por el Pleno que la nueva redacción de esta norma es de aplicación, desde su entrada en vigor, a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en la primera instancia. Se estima aplicable de manera inmediata tanto al contenido de la filiación como a su propia existencia, aunque la demanda se interpusiera con anterioridad, salvo que ello comporte la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma anterior. Ello no supone atribuir a la nueva ley un efecto retroactivo, ya que el hecho del nacimiento es el que determina la relación jurídica de la filiación, sin que este haya agotado sus efectos.

Continuando ahora con la STS 1617/2018, de 9 de mayo, en la que se trata del ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, por presuntos nietos, tras el fallecimiento del padre de los demandantes y presunto hijo del demandado. A falta de la posesión de estado su ejercicio se debe realizar, no en base al artículo 131.1 del Código Civil, sino al amparo del artículo 133 de dicho texto legal, por lo que, en tal caso, los hijos del presunto hijo del demandado carecen de legitimación.

Analizando ahora la STS 2830/2018, de 18 de julio, esta se ocupa de la aplicación del plazo de un año, previsto para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado, cuando la

demanda se interpone tras la entrada en vigor de la reforma que experimenta el artículo 133.2 del Código Civil por la Ley 26/2015, de 25 de julio.

Razona el Alto Tribunal su decisión al entender que el legislador, a la par que reconoce la legitimación activa del progenitor biológico, tal y como ya hacía la doctrina de la Sala, somete la acción al plazo de un año desde el conocimiento de los hechos en los que se base la reclamación. Considera así, que este límite pretende guardar un equilibrio entre los valores constitucionales y los intereses presentes, tal y como exigía el Tribunal Constitucional (SSTC 273/2005, de 27 de octubre, 5/2006, de 16 de febrero y 707/2014, de 3 de diciembre) y como acepta el Tribunal de Estrasburgo. Estima que la aplicación del plazo previsto en el artículo 133.2 del Código Civil a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor, no comporta la irretroactividad de una ley, pues la imprescriptibilidad de la acción no estaba declarada por norma alguna. Y además señala, de que la Ley 26/2015 no contiene una disposición transitoria, que se ocupe de la nueva regulación del artículo 133.2, para las demandas de los nacidos antes de su vigencia.

AJFV

COMENTARIO A LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TJUE EN DERECHO DE FAMILIA

Raquel Manuel Sánchez

Letrada de la Administración de Justicia.

RESUMEN: *Analiza la autora brevemente las sentencias dictadas a lo largo de este año por el TJUE que han contribuido a definir conceptos tales como derecho de visitas en sentido amplio que incluye a los abuelos, cónyuge a los efectos del derecho de libre circulación en la UE y lugar de residencia habitual de un menor lactante como criterio para determinación de la competencia. También será objeto de estudio una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo que aplica derecho de la Unión Europea.*

VOCES: **derecho de visita, abuelos y nietos, derecho de circulación y libre residencia, permiso de residencia, definición de “cónyuge” y “miembro de la familia”, matrimonios del mismo sexo, residencia habitual del menor, lactante, causas denegación reconocimiento, audiencia al menor.**

COMENTARIO

Vamos a comentar brevemente las sentencias más relevantes dictadas a lo largo de este 2018 por el TJUE.

Las sentencias que hemos analizado proceden a delimitar conceptos que se hallan recogidos en la normativa europea otorgándoles una nueva dimensión, permitiendo su aplicación a supuestos que *a priori* o no encajaban o se dudaba de la pertinencia de su utilización.

Así, la **Sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2018 (Asunto C-335/17 (Caso Valcheva) ECLI:EU:C:2018:359**, se cuestiona si el derecho de visita regulado en el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, incluye o no a los abuelos y otros allegados.

El Tribunal razona que ni del tenor literal de los preceptos ni de la intención del legislador comunitario se desprende que exista una limitación que excluya a los abuelos en cuanto titulares del derecho de visita, como tampoco lo circunscribe en exclusiva a los progenitores.

Ello beneficia la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo evitando el riesgo de resoluciones judiciales contradictorias, lo cual podría acontecer en el supuesto de no considerar aplicable el Reglamento (CE) 2201/2003 al derecho de visitas de los abuelos y tener que determinar la competencia de los órganos judiciales en virtud de las normas de derecho internacional privado de cada Estado, que podrían considerar competente a un órgano distinto a aquél que lo fuera para

conocer del divorcio o separación de los progenitores y de la responsabilidad parental.

La **Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-673/16 Relu Adrian Coman y Otros) ECLI:EU:C:2018:385**, interpreta el concepto de “cónyuge” y “miembro de la familia” recogidos en la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

El litigio principal deriva de la petición de un ciudadano estadounidense casado en otro estado de la UE con un ciudadano comunitario de su mismo sexo, para obtener el derecho a residir con su cónyuge en Rumanía, país del que su cónyuge es nacional, por un periodo superior a tres meses. Los tribunales rumanos le deniegan el permiso por entender que no puede aplicarse la Directiva comunitaria 2004/38, ya que el Derecho rumano no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo y la prórroga del derecho de residencia por 3 meses concedido no podía concederse en concepto de reagrupación familiar.

En este caso, el TJUE debe abordar la cuestión de si el concepto de “cónyuge” previsto en la Directiva 2004/38 comprende a un nacional de un tercer Estado no miembro de la UE, del mismo sexo que el ciudadano de la UE con el que ha contraído matrimonio según la legislación de un Estado miembro distinto del Estado de acogida. Asimismo, si ello conlleva que el Estado miembro de acogida deba conceder el derecho de residencia por periodo superior a 3 meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la UE. Y en el supuesto de que no se considere cónyuge, si es posible considerarlo como “otro miembro de la familia” o “pareja con la que el ciudadano de la UE mantiene una relación estable”.

Tras aclarar que la Directiva 2004/38 no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado a favor de nacionales de terceros Estados miembros de la familia de un ciudadano de la UE en el Estado miembro del que éste es nacional, el TJUE considera que ese derecho de residencia puede ampararse sobre la base del art.21 TFUE, y los requisitos para la concesión de este derecho no pueden ser más estrictos que los establecidos en la Directiva 2004/38, debiéndose aplicar ésta por analogía.

En cuanto a la primera cuestión, el TJUE entiende que si un ciudadano de la UE haciendo uso de su libertad de circulación y residencia, desarrolla en otro Estado miembro una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado no miembro de la UE del mismo sexo y contrae matrimonio conforme a la legislación del Estado de acogida, tiene derecho en caso de volver a su país de origen a seguir disfrutando de su estatus como ciudadano comunitario y poder seguir conviviendo con su cónyuge en las mismas condiciones, aún cuando su

legislación nacional no reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El TJUE razona que el término “cónyuge” es neutro en cuanto al género y no se remite a la definición que de ese término dan las legislaciones nacionales. De forma que si bien reconociendo que el estado civil de las personas es un tema competencia de los Estados miembros, los cuales tienen libertad para reconocer o no este tipo de uniones entre personas del mismo sexo, ello no puede conducir a menoscabar los derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios, de forma que el derecho de libre circulación y residencia pueda ser usada en ciertos Estados de la UE y en otros no.

Por tanto, cualquier Estado de la UE tiene la obligación de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro conforme a la legislación del mismo, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia, lo cual garantiza el derecho fundamental a la libre circulación sin que ello suponga ni que los Estados miembros se vean constreñidos a reconocer dichos matrimonios en sus derechos nacionales y sin que ningún Estado pueda objetar cuestiones de orden público ni consideraciones objetivas de interés general para amparar la obstaculización del ejercicio de la libre circulación.

De manera que ese nacional de un tercer Estado casado con un ciudadano comunitario de su mismo sexo conforme a la legislación de un Estado miembro tiene derecho a residir por más de 3 meses en el Estado del que su cónyuge es nacional.

La **Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2018 (Asunto C-512/17 HR vs KO, ECLI:EU:C:2018:513)** analiza el concepto de residencia habitual del menor, en concreto, de un lactante.

Partimos de que el Reglamento (CE)2201/2003 establece unas normas de competencia en función del criterio de proximidad y en atención al interés superior del menor, por ello la competencia se atribuye a los tribunales del Estado de residencia habitual del menor.

¿Pero qué es lo que entendemos por residencia habitual del menor? El Reglamento (CE) 2201/2003 no define este concepto.

El litigio se plantea entre una madre polaca que reside y trabaja en Bruselas. Fruto de su relación con un ciudadano belga nace una niña, con doble nacionalidad. Tras la ruptura de la pareja siguen residiendo en Bélgica aunque la madre viaja a Polonia con la niña frecuentemente durante los periodos vacacionales. El padre visita a la niña semanalmente. La menor habla dos lenguas, pero principalmente la polaca. Se relaciona mayoritariamente con la familia de la madre, que la cuida. La madre desea volver a su país de origen de forma permanente y adquiere allí una vivienda. Interpone demanda en Polonia para establecer régimen de visitas con el padre.

Los tribunales polacos discrepan: en primera instancia se declaran incompetentes puesto que la residencia habitual de la menor está en Bruselas, mientras que en segunda instancia entienden que la residencia habitual se halla en Polonia, definiéndola como “*lugar que revela una cierta integración de la menor en el entorno social y familiar*”. Argumentan que la menor no está integrada en Bélgica por cuanto sólo se relaciona allí con el padre, no acude a colegio ni guardería, y la vinculación con Polonia es mucho mayor, ya que sus cuidadoras son su madre y abuela, viaja con frecuencia a este país, fue bautizada en el mismo y la lengua, tradición y cultura polacas son con las que está más fuertemente conectada.

El TJUE procede a delimitar este concepto de residencia habitual fijando los elementos que permiten determinarlo atendiendo al lugar de presencia física del menor siempre que no sea ocasional o temporal, debiendo valorarse las circunstancias de dicha permanencia tales como duración, regularidad, condiciones, si el menor está escolarizado, relaciones familiares y sociales... En caso de ser lactante hay que contemplar el entorno de las personas con las que convive, quien tiene la custodia, quien lo cuida, ya que estas personas constituyen la referencia ineludible del mismo.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal consideró que la menor tenía residencia habitual en Bruselas, ya que ambos progenitores residían allí. Que la madre, la cual ostentaba la custodia, trabajaba de forma indefinida en la ciudad, lo cual confería a su residencia un carácter de estabilidad y que el otro progenitor mantenía contacto regular con ella. A mayor abundamiento, las estancias en Polonia eran en periodos vacacionales luego no podían reputarse como cambios de domicilio.

Además, resolvió que la mayor vinculación existente con la cultura polaca, debido al origen del progenitor custodio, no podía tener mayor relevancia a la hora de determinar el lugar de referencia del menor que los datos objetivos, como tampoco la intención del progenitor custodio de volver a residir en su Estado de origen.

Por último, aunque no se trate de una sentencia del TJUE, nos parece interesante comentar la **Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2832)** que viene a aplicar e interpretar el derecho de la UE. El TS desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la AP de Palma de Mallorca, que revocaba a su vez una sentencia dictada en 1ª Instancia por la que se denegaba el reconocimiento y ejecución de una resolución judicial dictada por un tribunal húngaro. La resolución húngara acordaba que la residencia habitual de la menor estaba en Budapest y que había que proceder a la restitución de la misma a Hungría y a escolarizarla en aquel país.

En primera instancia se denegaba el reconocimiento por cuanto la menor no fue oída en el procedimiento húngaro. La Audiencia Provincial

revocó al considerar que según la normativa comunitaria, las causas de denegación del reconocimiento deben ser interpretadas siempre de forma restrictiva, y había sido dictada por tribunales competentes en un supuesto de urgencia por la sustracción de la menor.

Nuestro Alto Tribunal desestima el recurso atendiendo a la lectura del art.23 del Reglamento (CE)2201/2003: *Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental*

Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán:

a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor;

b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido;

En este caso, se trataba de un supuesto de urgencia y aunque la menor no había sido oída en Hungría, ello no vulnera ningún principio esencial del derecho español, dada la edad de la menor, 9 años, no se considera imprescindible. Entiende nuestro Tribunal Supremo que no se puede invocar el orden público comprometiendo el superior interés del menor para denegar el reconocimiento cuando los tribunales de origen valoraron todas las circunstancias, y poseían competencia conforme a la normativa europea.

A nuestro juicio, de estas resoluciones del TJUE podemos extraer conclusiones muy positivas para que el espacio judicial europeo constituya una realidad cada vez más tangible.

En el Caso Valcheva se apuesta por un fuero común para resolver todas las cuestiones sobre responsabilidad parental y visitas a los menores, sorteando el riesgo de pronunciamientos judiciales contradictorios.

La sentencia del caso Coman otorga prioridad al estatuto de ciudadano de la UE frente a la idiosincrasia de cada Estado miembro, evitando que si por tradición o ideología no se reconocen los matrimonios entre personas del mismo sexo ello no pueda suponer la restricción de un derecho fundamental de un ciudadano comunitario.

A través de la sentencia del caso HR vs KO, el Tribunal Europeo delimita en atención a criterios predominantemente objetivos el concepto de residencia habitual del menor, impidiendo que pueda alterarse el fuero de competencia del órgano judicial más próximo atendiendo a una mayor integración cultural en otro Estado.

COMENTARIOS SOBRE CUESTIONES PROCESALES Y GENERALES A RAÍZ DE TRES RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN PROCESOS DE FAMILIA

Elena Román García

Letrada de la Administración de Justicia

RESUMEN : *Comentaremos brevemente tres sentencias dictadas a lo largo de este año 2018 que han aportado claridad a los problemas de competencia funcional entre el Tribunal Supremo y las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, así como al procedimiento para reclamar la indemnización regulada en el artículo 1438 del Código Civil. También será objeto de análisis una sentencia que aborda el estudio del valor probatorio del convenio no ratificado y aportado al procedimiento contencioso.*

VOCES: *competencia funcional, reforma de la casación civil, indebido planteamiento del recurso de casación. Congruencia. Responsabilidad del recurrente. Pensión compensatoria. Derecho de familia, régimen de separación de bienes, trámite procesal del artículo 1438 del C.C. Convenio regulador no ratificado. Eficacia probatoria en proceso contencioso. Negocio jurídico en materia de derecho de familia.*

COMENTARIO

Vamos a partir en primer lugar de la **STS de 7 de febrero de 2018 (ROJ: STS 309/2018 - ECLI:ES:TS:2018:309)** en la que se nos explica de una manera concisa la competencia para conocer el recurso de casación el Tribunal Supremo o las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, tal y como se estableció con la reforma de la casación civil llevada a cabo por **Ley 10/92** y tal y como la contempla el artículo **478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** en vigor en el cual atiende a una circunstancia puramente objetiva a la hora de atribuir la competencia para el conocimiento y resolución del recurso de casación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cual es que “ *el recurso de funde exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma* “ y dicha atribución de competencia tiene lugar tanto si se invoca exclusivamente la infracción de normas forales especiales como si se hace conjuntamente con infracciones de normas de derecho común; ya que en ningún momento se ha querido privar a los Tribunales Superiores de Justicia del examen de las infracciones de derecho común; junto a ello nos recuerda la obligación que tiene la

parte recurrente de articular correctamente su recurso a fin de evitar que por ese motivo sea desestimado.

En el supuesto de autos la parte formula recurso de apelación contra una Sentencia dictada por un juzgado de Primera Instancia de San Feliú de Llobregat en el proceso de modificación de medidas y cuya parte dispositiva desestima la pretensión de limitación temporal de la prestación compensatoria establecida en favor de la esposa, entre otras pretensiones; ante este recurso la Sección duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia (**ROJ: SAP B 1183/2013**) en la que se *declara extinguida la prestación compensatoria que se reconoció en la demanda, con efectos del 31.12.2015* y ante ello la esposa se alza en casación invocando como motivo Unico “ *Artículo 97 cc interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. SSTS de 9 de octubre de 2008 y 3 de octubre de 2008* ; por su parte el esposo se opuso a la admisión del recurso alegando la falta de competencia funcional, en virtud de la Ley 4/2012 de 5 de marzo.

El Tribunal Supremo nos dice que tras la denuncia de falta de competencia funcional lo que subyace es que se inadmita el recurso de casación porque no se expresan ni se identifican correctamente las normas que se dicen infringida toda vez que la norma que se dice infringida (el artículo 97 del Código Civil) no fue la que se aplicó en la Sentencia dictada por la Audiencia que se refiere en toda su fundamentación jurídica a la legislación catalana y a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Cataluña, de manera que como ya dijo **la STS , Civil, Sección 1 de 16 de noviembre de 1999 (ROJ: STS 7248/1999)** “ *que declaró “la responsabilidad del recurrente por la articulación de su propio recurso, de modo que, cualesquiera que hayan sido las normas aplicadas por la sentencia recurrida, si aquel no alega infracción de norma o normas de Derecho civil foral o especial la competencia corresponderá a esta Sala y, si lo hace, corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de que se trate, asumiendo así el recurrente los riesgos de una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia impugnada y la motivación de su recurso de casación* “ que es lo que ha ocurrido en el caso que estamos analizando en el que la sentencia recurrida se argumenta sobre la base de una institución propia del Código Civil de Cataluña, como es la prestación compensatoria, interpretada por dos sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de mayo y 27 de noviembre de 2014 y en vez de citar estas normas como infringidas trae únicamente a colación el artículo 97 del código civil y una jurisprudencia que no ha podido ser infringida porque no ha sido aplicada.

La **STS DE 20 DE FEBRERO DE 2018 (ROJ: STS 501/2018-ECLI:ES:TS:2018:501)** trata el problema del cauce para reclamar la indemnización prevista en el artículo 1438 del Código Civil.

Resulta evidente que el artículo 1438 del Código Civil regula el derecho a obtener una compensación por el trabajo para la casa a la

extinción del régimen de separación, pero no establece ningún trámite procesal para reclamar dicha indemnización; el Libro IV de la LEC regula los procesos verbales especiales, sin embargo son tradicionalmente aplicados a una serie de materias que taxativamente enumera el artículo 748 de la Ley riuaria; de ahí que se plantee el problema de cual es la vía de reclamación de la indemnización que reconoce este precepto .

Pues bien, en la STS 501/2018 se aborda este problema de manera concisa disponiendo nuestro alto Tribunal que la acción relativa al artículo 1438 del Código Civil puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior , si así lo desea el demandante, dado que los artículos 748 y 770 de la LEC no excluyen la indemnización del art. 1438 del C.Civil del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio en los que la acción del art. 1438 del C.Civil no es contenido necesario pero sí posible.

De manera que la petición de compensación del artículo 1438 del C.Civil puede solicitarse con ocasión de tramitarse el procedimiento de separación, el de divorcio o el de nulidad matrimonial a los que hace referencia el artículo 748 de la LEC , pero también es posible su reclamación a través del proceso declarativo verbal u ordinario que corresponda por razón de la cuantía, teniendo en cuenta respecto a este último extremo que es obligación de la parte cuantificar económicamente la reclamación y el por qué de la cantidad solicitada requisito sin el cual será desestimada la petición.

Por último y aunque no se trate de una cuestión puramente procesal comentaremos la reciente **STS DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2018 (ROJ:STS 3739/2018-ECLI:ES:2018:3739** para adentrarnos en la eficacia probatoria del convenio regulador no ratificado en el proceso contencioso.

El derecho de familia no deja de ser una parte del derecho privado más “especial” por los intereses más dignos de protección que regula. Como tal, la autonomía de la voluntad tiene una importancia relevante, que llega hasta el punto de que, en determinados casos se pueda extraer al conocimiento judicial y someterse a otros profesionales jurídicos como Letrados de la Administración de Justicia o Notarios, siempre y cuando se den las circunstancias previstas en la Ley y recogidas en la reforma operada por la Ley 15/2015 de 2 de Julio de jurisdicción voluntaria que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio . En estos procedimientos de mutuo acuerdo , donde las partes ya han acordado en su ámbito privado las consecuencias de su crisis matrimonial, cuando no son ratificadas ante la autoridad competente, la Sala Primera ha considerado que no pierde su eficacia negocial y por tanto puede vincular a las partes de la misma manera que un contrato.

La tendencia en los juzgados y tribunales ha sido que esos acuerdos no eran más que otro elemento de juicio y solo con valor meramente orientativo pero en la meditada sentencia se hace un análisis de la

postura anterior de la propia Sala sobre el valor del negocio jurídico no ratificado. Debe apuntarse que el supuesto de hecho de la sentencia versa sobre cuestiones que quedan fuera del *ius cogens* que rige gran parte del contenido del derecho de familia, y que, por tanto, su valor como doctrina general, queda limitada a sectores donde las partes tienen capacidad de negociación.

Consideramos que dar valor relevante a los convenios no ratificados, no sería adecuado ni válido en aspectos como la patria potestad, custodia y pensión de alimentos; pero sí determinante en otras como vivienda familiar (siempre que no existieran hijos menores, pero en todo caso con los límites que el art. 96 CC y la jurisprudencia actual han establecido), pensiones compensatorias o indemnizaciones por dedicación a la familia en el caso de régimen de separación de bienes.

Compartimos, al igual que lo hace la resolución, que la aceptación no es automática, sino que deben valorarse las vicisitudes de esa voluntad que se ha prestado, esto es, si ha sido más o menos viciada, por la confianza en la valoración judicial, por la falta de asistencia letrada, por poner fin a una discusión familiar, etc; pero de igual manera cabe añadir que no solamente debe valorarse ese aspecto volitivo, sino también, como se ha realizado en alguna jurisprudencia menor, matizar y modificar, en sus elementos no esenciales, lo asumido en el convenio e incluso una modificación sustancial cuando las circunstancias concurrentes en el momento de la firma privada han cambiado (lo cual debería ser alegado y probado en el proceso)

Así, hay jurisprudencia menor en la que se estableció una pensión compensatoria fija en lugar de un porcentaje de ingresos de uno de los cónyuges o la **SAP Zaragoza sec. 2 de 15-4-2002 (ROJ: SAP Z 926/2002)** que subió la pensión pactada.

LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL AÑO 2018 EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD, ACOGIMIENTO FAMILIAR/GUARDIA DE HECHO Y LIQUIDACION SOCIEDAD DE GANANCIALES

María del Carmen Broceño Plaza

Doctora Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de Murcia

Juez Sustituta en la Región de Murcia

RESUMEN: *La privación de la patria potestad y demás derechos inherentes a la misma, debe acordarse en supuestos muy excepcionales y siempre en interés de los menores, por lo que la adopción de tan gravosa medida debe quedar perfectamente justificada en la resolución judicial en la que se adopte, bajo pena de poder ser declarada nula. Interés superior del menor que también ha supuesto uno de los pilares básicos de las resoluciones que ha dictado nuestro Más Alto Tribunal en materia de acogimiento familiar y guarda de hecho, concluyendo que ante conflicto de intereses debe primar aquel frente a cualquier otro.*

Resolviendo en cuestiones relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales y más concretamente en cuanto a los gastos de comunidad, que los mismos van unidos a la propiedad, y por ende, deben ser abonados por los titulares de la misma, dando derecho a reintegro en la liquidación de gananciales, salvo pacto en contrario.

VOCES: Privación Patria Potestad. Nulidad sentencia por falta de motivación. Acogimiento familiar. Interés del menor. Informe psicosocial. Guarda y custodia de un menor por familia extensa. Guarda de hecho. Sociedad de gananciales. Liquidación. Gastos de comunidad, vivienda familiar. Obligaciones *propter rem*.

COMENTARIO

En materia de patria potestad, nuestro Tribunal Supremo ha resuelto, que la institución de la patria potestad está establecida en beneficio de los hijos, por lo que la privación total o parcial de la misma deberá hacerse con carácter excepcional y cuando concurren causas poderosas, muy justificadas y gravemente perjudiciales para el menor, pues de lo contrario debe primar el derecho del menor a disfrutar de sus progenitores, máxime cuando no han quedado acreditadas razones que justifiquen tal medida tan grave y perjudicial sobre todo para el menor. Es por ello, que la falta de motivación de las sentencias, tal y como recoge en nuestro Más Alto Tribunal, a modo de ejemplo, entre otras en Sentencia de 23 de febrero de 2018, pueden dar lugar a una decisión judicial injusta al impedir controlar la racionalidad de la decisión judicial,

y por ende, controlar que el juez que la ha dictado no haya incurrido en arbitrariedad; siendo una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 de la CE como deber jurisdiccional que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, lo que se consigue con la motivación, esto es, con el dictado de resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que han determinado aquellas¹⁴. Y ello por cuanto, como reiteradamente ha recordado el Tribunal Constitucional, la fundamentación del contenido de una sentencia “permite cumplir la doble finalidad de la exigencia de motivación, exteriorizar de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, y permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos”¹⁵, hallándose el juez, en todo caso, obligado a argumentar su decisión ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones¹⁶.

Si como ya ha quedado puesto de manifiesto *ut supra*, el interés del menor ha presidido las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en materia de patria potestad, ello ha sido así en todo tipo de resoluciones en las que entraba en juego la protección del menor junto a otros intereses contrapuestos. Así, ha resuelto que en materia de acogimiento familiar de un menor en el medio familiar de origen debe ser uno de los principios rectores de los poderes públicos en materia de protección del menor, salvo que adecuadamente justificado y probado no sea conveniente para su protección, y ello por cuanto los criterios que deben primar en este tipo de resoluciones no puede ser otro que el interés del menor.

En efecto, tal como recoge la STS de 3 de julio de 2018, en la doctrina sentada en la sentencia 565/2009, seguida por las SSTS 397/2011, de 13 junio y 84/2011, de 21 febrero, el interés del menor es preferente en estos casos, considerando incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés¹⁷, máxime cuando en el supuesto concreto sometido a recurso de casación, y seguramente lo más importante, es que la guarda y custodia no se atribuyó a la abuela de forma incondicionada, sino que se acordó someterla a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación.

A tenor del art. 172 ter del Código Civil, la guarda se puede realizar mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente

¹⁴ Vid. SSTSS de 29 de abril de 2009, 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014, doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS 124/2017 de 25 de febrero y 216/2017 de 4 de abril.

¹⁵ Vid. STC 199/1991, de 28 de octubre, 208/1993, de 28 de junio.

¹⁶ Cfr. STC 159/1992, de 26 de octubre.

¹⁷ Vid. Sentencia Civil Nº 84/2011, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 1186/2008 de 21 de Febrero de 2011.

para el interés del menor, puede ser mediante el acogimiento residencial. Buscando siempre el interés del menor en los términos establecidos en la legislación de protección de menores; priorizando, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia, teniendo en cuenta que la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses, tal y como expresamente recoge el art. 172 ter 2º in fine del CC. Viniendo regulada la modalidad del acogimiento familiar en la propia familia extensa del menor en el art. 173bis del Código Civil.

Siendo que la legislación sobre protección del menor, y concretamente el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresamente recoge en su art. 2.1¹⁸ que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, debiendo primar el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; recogiendo dicho precepto en el apartado 2º los criterios generales que han de tenerse en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, priorizando la permanencia en su familia de origen y preservando el mantenimiento de sus relaciones familiares, teniendo en cuenta la evolución de la familia, a la vista de todo el acervo probatorio existente en la causa.

Doctrina de la prevalencia del interés del menor ante la existencia de intereses contrapuestos que igualmente recoge el TS en Sentencia de 14 de septiembre de 2018, en relación a la figura de la guarda de hecho, afirmando que ante conflicto de intereses, debe acudir a una interpretación inspirada en el principio del superior interés del menor. En esta resolución, la cuestión objeto de litigio fue abordada desde el punto de vista del interés del menor, valorando de forma conjunta todos los elementos concurrentes, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara, y en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, de conformidad con lo exigido en el art. 2 de la LO1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; de manera que ante el posible conflicto de intereses entre otorgar la guarda y custodia al progenitor o a la tía, y la guarda de hecho prolongada en el tiempo en el que la niña ha estrechado unos lazos y unos vínculos afectivos beneficiosos para ella con su tía, debe primar el bienestar de la menor, si bien, sin que ello prive o restrinja el derecho también de la niña a estar y gozar de la compañía de su padre, por lo que no habiendo sido privado el padre de la patria potestad, se establece

¹⁸ Artículo 2 redactado por el apartado dos del artículo primero de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

propiciar la recuperación de la relación de la niña con su padre mediante un régimen de visitas paulatino y acorde a sus necesidades, para evitarle cualquier daño emocional, encontrándose con ello incluso debidamente protegidos los derechos del padre con las visitas y comunicaciones con su hija a partir del régimen progresivo establecido en la sentencia dictada por el juzgador de Instancia, dirigido a la plena adaptación de la niña al entorno paterno. Cumpliéndose plenamente en este caso lo previsto en el apartado 4º del art. 2 de la Ley de Protección del Menor citada en la redacción dada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, dado que en la decisión y medida adoptada en interés superior de la menor, han sido valorados y respetados también los otros intereses legítimos de las personas que pudieran verse afectadas por la decisión judicial, en este caso, los derechos fundamentales del padre¹⁹. Sin que por lo tanto ello suponga como alegó el progenitor recurrente en casación, una vulneración de los arts. 92, 103 y 156.4 del CC, y ello por cuanto, como recoge la sentencia objeto de análisis²⁰, las relaciones de familia, por su especial naturaleza requieren un tratamiento susceptible de una interpretación armónica y conjunta entre todas las normas que rigen los derechos y las obligaciones de quienes lo integran, aplicando las leyes conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran siempre con especial preeminencia del interés superior, en este caso, el menor²¹. Es por ello que la respuesta ante conflicto de intereses debe acudir a una interpretación inspirada en el principio del superior interés del menor en relación con la figura de la guarda de hecho como aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de una incapaz sin un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico²².

¹⁹ Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009.

²⁰ Con cita de la STC 141/2000 de 29 de mayo.

²¹ Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...».

²² Doctrina en cuanto a los guardadores de hecho sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 27 de octubre de 2014 estableció doctrina sobre los guardadores de hecho.

Finalmente y en materia de liquidación de sociedad de gananciales, el TS en sentencia de 27 de junio de 2018 ha resuelto, con cita en la doctrina contenida en la STS 327/2005 de 25 de mayo, seguida por la STS 588/2008 de 18 de junio, que los gastos de comunidad deben formar parte del pasivo de la sociedad, y ello por cuanto ha de distinguirse entre aquellos gastos que derivan del uso del inmueble, tales como los gastos de luz, agua, gas, teléfono, etc, y aquellos gastos correspondientes a la propiedad, como son los gastos de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles²³ que como obligaciones *propter rem* corresponden al propietario, pues las obligaciones *propter rem*, esto es, literalmente “a causa de la cosa”, existen como consecuencia de un derecho real previo. Por lo que, formando parte del activo de la sociedad de gananciales la vivienda en la que habita la esposa, independientemente de a quien se le tenga atribuido su uso tras la ruptura matrimonial, los gastos que van unidos a la propiedad, como los gastos de comunidad, deben ser abonados por los titulares de la misma, formando parte del pasivo de la sociedad de gananciales, salvo pacto en contrario; y ello ha de ser así, y no podría ser de otro modo, de conformidad con lo previsto en el art. 9.1 e) y f) al tratarse el abono de los gastos de comunidad de obligaciones de los propietarios; encontrándonos ante una comunidad de bienes ex art. 392 del Código Civil, presumiendo el art 394 CC que las cargas serán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, en las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad, en este caso al 50% al tratarse de comunidad de sociedad de gananciales, tal y como interesaba la esposa.

²³ Cuestión que quedó claramente resuelta en STS 563/2006, de 1 de junio.

LISTADO Y EXTRACTO DE SENTENCIAS POR MATERIAS

1 CUSTODIA

1.1 Distancia geográfica

[STS de 10 de enero de 2018 \(Roj: STS 21/2018 - ECLI: ES:TS:2018:21\)](#)

Materia: Custodia compartida. Se deniega. Distancia de 1000 kms. entre las residencias del padre y la madre.

«[...] la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre.

Por tanto se ha de entender que se infringe en la sentencia recurrida el artículo 92 del Código Civil, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el art. 2 Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio». Se estima el recurso de casación

[STS de 18 de abril de 2018 \(Roj: STS 1414/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1414\)](#)

Materia: Guarda y custodia compartida. Residencia de los padres en Pamplona y Tokio. No es procedente la custodia compartida.

«Se olvida que lo que es, y lo que sigue siendo, primordial en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental, y este interés, conforme resulta de la valoración que se ha hecho en ambas instancias de los datos de prueba y de la exploración de Kento, demanda de un lado, que lo mejor o más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años, y descarta, de otro, que, la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país, dado el elevado coste emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado.

Debe añadirse a todo ello lo siguiente:

(i) la custodia alterna que plantea el padre, más que compartida es una guarda por periodos de tiempo.

(ii) nada se argumenta, al margen de lo que pueda resultar de los informes extemporáneamente aportados, sobre los posibles beneficios que pueda ofrecer este sistema a los dos hijos. Pero es que, además, el efecto negativo que para ellos tiene viene avalado por la prueba pericial psicológica;

(iii) la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia, y,

(iv) de acogerse, como se interesa, la situación de los dos niños se vería agravada por el hecho de que el padre oferta un proyecto educativo en un colegio japonés en Madrid, con el fin de facilitarles la integridad de sus dos identidades, y, con Independencia de cómo va a hacerse efectivo ese traslado, especialmente del padre, lo cierto es que el trabajo y la residencia en España la tiene el padre y la tuvieron los hijos en un determinado momento en Pamplona, que es su entorno de referencia en España». Se desestima el recurso de casación.

[STS de 23 de julio de 2018 \(Roj: STS 2833/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2833\)](#)

Materia: Guarda y custodia de hijo menor: límites de la revisión casacional; interés del menor; informes psicosociales; atribución al padre; régimen de vacaciones y residencias distantes de los progenitores (molestias para el menor). Gastos de desplazamiento.

«El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El tribunal ha valorado la prueba y considerado que lo más adecuado para el menor era confiarlo a la custodia del padre, motivando pormenorizadamente las razones para ello, no en interés del progenitor custodio, como alega la recurrente, sino en interés del menor, con un fuerte apoyo en los informes psicosociales. [...]

No se observa que la protección del menor sea aparente, puramente formalista y estereotipada, sino fruto de un riguroso estudio y análisis para indagar cuál sea el interés de un menor de tan corta edad cuyos progenitores residen en ciudades distintas y alejadas.

Esta sala reconoce la dificultad que ello comporta, y de ahí que, salvo motivaciones carentes de toda lógica y razonabilidad, no sea posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación [...]

La segunda infracción debe prosperar, como apoya el Ministerio Fiscal, pues en casos de ingresos similares de ambos progenitores (sentencia 664/2015, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre), que es el caso, ha optado la sala por repartir al 50% los gastos de desplazamiento del menor». Se estima parcialmente el recurso de casación.

1.2 Edad del menor

[STS de 11 de enero de 2018 \(Roj: STS 40/2018 - ECLI: ES:TS:2018:40\)](#)

Materia: Derecho de familia. Guarda y custodia compartida. Edad del menor.

«La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por la razón fundamental de que el menor estaba con su madre, y porque por su corta edad necesita rutina y estabilidad, lo que hace no recomendable introducir grandes cambios en su vida cotidiana, y todo ello pese a reconocer que la prueba practicada acredita la capacidad del padre para asumir, sin problema alguno, estos menesteres de guarda y custodia que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable.

Y sin un solo motivo que justifique la medida, se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores. Y lo que es más grave, la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre». Se estima el recurso de casación.

1.3 Relaciones entre los progenitores

[STS de 17 de enero de 2018 \(Roj: STS 43/2018 - ECLI: ES:TS:2018:43\)](#)

Materia: Guarda y custodia compartida. Interés del menor. Relaciones entre los progenitores.

«La búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en si misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores; sistema que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la

posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014, de 2 de julio)». Se desestima el recurso de casación.

1.4 Relevancia de la sentencia de nulidad eclesiástica

STS de 18 de enero de 2018 (Roj: STS 42/2018 - ECLI: ES:TS:2018:42)

Materia: Derecho de familia. Guarda y custodia compartida. Menor de casi 18 años con discapacidad. Interés del menor. Relevancia de sentencia previa de nulidad dictada por tribunal eclesiástico.

«Desde la perspectiva del interés del menor, la guarda y custodia de la madre es lo más beneficioso para aquel, sin que el hecho de que en un determinado momento la madre haya podido interrumpir las actividades extraescolares del menor o que el padre tenga una estabilidad personal en su nuevo entorno, afecten a esta medida. Tampoco resulta relevante a estos efectos la sentencia que se ha incorporado al rollo de esta sala del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Sigüenza- Guadalajara de 2 de agosto de 2017, en la que se decreta la nulidad del matrimonio contraído entre ambos litigantes porque «en el momento del matrimonio, la esposa no era capaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica».

Esta sala no va a revisar el acierto o desacierto de esta resolución que ha servido para declarar la nulidad de un matrimonio contraído en el año 1993, que ha durado más de veinte años. Lo que si constata es que su contenido no permite valorar de una forma distinta el mejor interés del menor-discapacitado. El matrimonio tuvo dos hijos, uno de ellos mayor de edad en estos momentos, y en ningún caso consta que la situación advertida en la sentencia citada haya incidido negativamente en el cuidado y desarrollo de ambos. Hacerlo supondría dejar sin efecto lo resuelto en las sentencias dictadas en esta jurisdicción en lo que hace a la valoración y apreciación de la prueba, para atribuírselo a la citada sentencia dictada en el ámbito que es propio». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

1.5 Mantenimiento del status quo

STS de 4 de abril de 2018 (Roj: STS 1156/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1156)

Materia: Guarda y custodia compartida. Doctrina jurisprudencial sobre la fijación del régimen de guarda y custodia. Relación entre progenitores. Interés del menor (petrificación de la situación del menor).

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

El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014, de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio; 409/2015, de 17 de julio y 296/2017, de 12 de mayo).

Nada de eso dice la sentencia y ninguna valoración se hizo de un procedimiento penal archivado, ni en el recurso ni en la oposición al mismo. La tensión entre los progenitores no es en sí misma causa para negar la custodia compartida. No lo ha sido para ampliar el régimen de visitas del padre con su hijo hasta aproximarlos a un verdadero régimen de custodia compartida y ni si quiera el cumplimiento de este régimen durante unos meses ha revelado dificultad alguna para su desarrollo con absoluta normalidad». Se estima el recurso de casación.

1.6 Importancia de informe psicosocial

[STS de 6 de abril de 2018 \(Roj: STS 1167/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1167\)](#)

Materia: Guarda y custodia compartida. Límites de su revisión en el recurso de casación. Doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida. Interés del menor. Informes psicosociales. Exploración de los menores por un experto, dada su edad.

«Conviene destacar que el equipo psicosocial ha llevado a cabo una entrevista individual semiestructurada con los menores.

Lo anterior se compadece con lo que afirmábamos en la sentencia 18/2018 de 15 de enero, pues por la edad de los menores no es aconsejable la exploración judicial de ellos, pero si estar a la llevada a cabo por un experto, que es el caso (STC 163/2009, de 29 de junio).

Por todo ello la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de las pruebas practicadas, la conveniencia de que se establezca o no el sistema de guarda y custodia compartida.

Ha de insistirse en la no conveniencia de convertir en estos casos el recurso de casación en una tercera instancia, a salvo que la revisión venga impuesta porque el tribunal a quo haya llevado a cabo una protección del interés del menor solo aparente, puramente formalista y estereotipada, que no es el caso». Se desestima el recurso de casación

[STS de 24 de abril de 2018 \(Roj: STS 1478/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1478\)](#)

Materia: Guarda y custodia compartida. Cambio de circunstancias. Interés del menor. Valoración del informe psicosocial y de las relaciones existentes entre los progenitores.

«Sin duda, las discrepancias que existen entre la resolución del juzgado y la de la Audiencia Provincial no solo son llamativas, sino que ponen de manifiesto las serias dificultades que una y otra han tenido para poner en practica la regla respecto a que el bienestar del niño es primordial, en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño, que es de orden público, que está por encima del vínculo parental y que debe presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad.

Lo cierto es que este interés, conforme resulta de la valoración que se ha hecho en ambas instancias de los datos de prueba, demanda que lo mejor, o lo más conveniente para el menor, es que siga bajo la custodia de ambos padres en la forma que acordaron en el momento de la ruptura conyugal. Una cosa es que el divorcio haya alejado o dividido a los cónyuges y otra distinta que esta situación se traslade al hijo cuya relación con ambos no puede ser extinguida con evidente perjuicio a sus intereses. [...]

Los derechos derivados de la relación paterno filial exige que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en relación a la crianza y educación del hijo y adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema de guarda y custodia, llamada compartida, que es el sistema normal e incluso deseable, como se ha dicho por esta sala a partir de la sentencia de 29 de abril de 2003». Se estima el recurso de casación.

1.7 Voluntad del menor

[STS de 11 de abril de 2018 \(Roj: STS 1351/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1351\)](#)

Materia: Guarda y custodia. Atribución al padre atendidas las circunstancias del caso y el interés de la menor. Voluntad del menor.

«El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro. Por ello no cabe afirmar que la sentencia impugnada haya resuelto en contra de dicho interés. En este sentido el Ministerio Fiscal pone de manifiesto que «en virtud de los extensos análisis de las pruebas practicadas, llevados a cabo en ambas instancias, no puede colegirse sino que el interés superior de la menor ha sido analizado de manera precisa, exhaustiva y acertada, tomando la decisión de transferir la guarda y custodia de la menor de la madre al padre, con el fin de evitarle perjuicios que serían irreparables dada la mala influencia que sobre la menor ejerce la madre y que se puede revertir, estando al cuidado del padre. Es decir, en la decisión de tomar la medida de la guarda y custodia favor del padre, se ha tenido en cuenta y aplicado la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

Por ello, el recurso de casación ha de ser desestimado en tanto que la alegación de vulneración del interés de la menor únicamente se apoya en la propia consideración interesada de la parte recurrente». Se desestima el recurso de casación.

[STS de 25 de abril de 2018 \(Roj: STS 1474/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1474\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Guarda y custodia compartida. Interés del menor. Valor de la voluntad del menor e informes.

«Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que se adoptó judicialmente la medida, y siempre partiendo del interés del menor. Y lo cierto es que ningún argumento encuentra para, con los datos que se han tenido en cuenta en la sentencia, reconocer que algo ha cambiado de una forma significativa para justificar un régimen de custodia distinto, algo que es negado en el informe emitido por el gabinete médico forense, en el que, entre otras cosas, no aconseja el cambio sin consensuar un modelo educativo común y resolver cuestiones como la económica, que pueden estar interfiriendo en la resolución del conflicto, dando a entender que en estos momentos prima más el interés del padre que el de su hija.

5. Es cierto que la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 del Código Civil, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído (la sentencia 18/2018, de 15 de enero, señala que no puede confundirse la exploración

del menor con un simple medio de prueba), ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores, siempre en su interés, especialmente tras la reforma del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al señalar que «En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración».

Esta Sala, en lo que aquí interesa -sentencia ya citada 29 de abril de 2013-, ha utilizado algunos criterios tales como los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, además de cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la opinión de la menor expresada en el mismo, determinan una solución distinta de la que fue adoptada en ambas instancias, máxime cuando el intento de custodia compartida genera a la niña un problema de lealtades nada favorable para su estabilidad emocional». Se estima el recurso de casación.

1.8 Traslado de menor y arraigo social

[STS de 18 de abril de 2018 \(Roj: STS 1383/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1383\)](#)

Materia: Traslado de menor. Decisión unilateral de la madre. Consolidación de la vida de la menor en Oñati, distante 38 km de Vitoria, ciudad ésta en la que reside el padre. En las medidas provisionales pactaron que durante la tramitación la niña quedaría con la madre, con un amplio régimen de visitas por el padre, sufragando la madre los desplazamientos.

«Esta sala de casación ha de declarar que el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor.

Es forzoso reconocer que casi tres años después de efectuado el cambio de residencia es difícil abordar la cuestión, dado que la menor se ha enraizado en un nuevo entorno, en un nuevo colegio, con nuevas amigas/os y vecinos. En esa nueva ciudad, Oñati, de la que es natural el marido de su madre (D. I), el mismo trabaja en una fábrica, en dicha localidad reside la familia extensa de D. I. También en Oñati están escolarizados en el mismo colegio los dos hermanos (de vínculo sencillo) de O. Igualmente en el mismo colegio trabaja la cuñada de la hoy recurrente.

De lo expresado se deduce que se ha producido la consolidación de una nueva residencia en Oñati que, en su día, pudo haberse evitado con la adopción de las correspondientes medidas provisionales o cautelares, pero que a estas alturas provoca que no sea aconsejable someter a la menor a

un nuevo cambio de ciudad, colegio, amigos y entorno, máxime cuando la escasa distancia entre localidades no impide el contacto del padre con la menor (arts. 92, 94 y 103 del C. Civil).

Las medidas provisionales acordadas en su día, con acuerdo de las partes, mantenían la custodia de la menor con la madre en Oñati, si bien en las visitas intrasemanales (3) era la madre la que llevaba la niña a Vitoria y la recogía. En las intersemanales la madre llevaba la niña a Vitoria y el padre la retornaba el lunes al colegio.

Será en ejecución de sentencia cuando el juzgado, previa audiencia de las partes, deberá establecer el nuevo régimen de visitas, en el que gastos de desplazamiento no penalicen al padre y de manera que ello no redunde en perjuicio de la menor (sentencia 5/2017 de 12 de enero).

En conclusión, estimando el recurso de casación, procede casar la sentencia recurrida en el sentido de no autorizar el cambio de domicilio de O a Vitoria». Se estima el recurso de casación.

[STS de 27 de junio de 2018 \(Roj: STS 2491/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2491\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Traslado de la madre custodia con los hijos al extranjero. Interés de los menores.

«Se argumenta que la sentencia recurrida no ha valorado correctamente el principio de protección del interés del menor al otorgar la custodia de los tres menores al padre obviando que la seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y los hijos en España. [...]

En definitiva, puede concluirse que el interés de los menores ha sido debidamente valorado en la sentencia por lo que el recurso carece de interés casacional, y lo que se pretende con la cita de distintas sentencias de esta sala es revisar la prueba practicada, en orden a determinar cual es el mejor interés, o lo más beneficioso para los hijos, distinta de la se tuvo en cuenta en aquellos otros casos que dieron lugar a las citadas resoluciones». Se desestima el recurso de casación.

[STS de 17 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3527/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3527\)](#)

Materia: Guarda y custodia. Alimentos. Traslado de la madre con el hijo a España, abandonando el domicilio familiar en Estados Unidos.

«Considera el recurrente que el menor ha estado estudiando durante tres cursos en Estados Unidos, mientras que ahora va a un colegio público de la Comunidad de Madrid, y que además la madre se ha comportado con desprecio a la legalidad al trasladar al menor a España sin su consentimiento.

Con reiteración ha dicho esta sala que las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños, lo que obliga a los tribunales a decidir cuál es lo que más les conviene ante una situación que no es anormal ni mucho menos infrecuente como es la que aquí se plantea de ruptura de las relaciones personales de los progenitores y posterior traslado de uno de ellos a España abandonando el domicilio familiar y llevándose consigo al hijo.

Ocurre en este caso que la madre ha trasladado su residencia y la del hijo a España sin sustento en un acuerdo con el otro o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, pero lo que se está resolviendo no es un cambio de custodia del menor sino la custodia misma del hijo en beneficio e interés de este calibrando y ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida teniendo en cuenta lo siguiente:

a) el recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El tribunal ha valorado la prueba y considerado que lo más adecuado para el menor era confiarlo a la custodia de la madre, motivando las razones para ello, incluidas las del traslado.

b) el interés del menor que se invoca para acordar un cambio de custodia distinto del que valoró y tuvo en cuenta la sentencia se argumenta más que en el hecho del traslado del niño y de la madre a España, en el beneficio que supone reintegrarle a los estudios en aquel país, frente a la escuela pública a la que asiste en España, sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares que concurren en este caso y que la sentencia valora de una forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente y sopesando las necesidades de atención cariño, alimentación y educación y ayuda escolar, buscando el mejor clima de equilibrio y sosiego entre los progenitores, como también sostiene en su informe el Ministerio Fiscal.

c) El padre no tiene un trabajo totalmente fijo y estable en Cambridge, lo que podría determinar que tuviera que retornar, sino lo ha hecho ya, a España; posibilidad esta que tiene en cuenta la sentencia para no acoger la pretensión de guarda y custodia compartida al tratarse de una medida de futuro que se analizará «una vez que se produzca el regreso del padre del menor a España de modo definitivo».

d) No estamos, en definitiva, ante unos hechos consumados por la decisión unilateral de la madre de abandonar el que fue el domicilio familiar y trasladarse a España, donde el matrimonio tuvo inicialmente su domicilio, con el niño. Estamos ante una valoración del interés del menor en razón a las circunstancias que concurren en este momento determinadas no solo por la necesidad de que la situación se mantenga, sino propiciadas por esa dosis de provisionalidad que resulta de la posible residencia en España de ambos progenitores en un corto espacio de tiempo». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

1.9 Violencia de género

[STS de 7 de junio de 2018 \(Roj: STS 2102/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2102\)](#)

Materia: Guarda y custodia compartida. Interés del menor. Absolución de delito de violencia de género.

«Se desestima, siguiendo el razonamiento del Ministerio Fiscal, puesto que se ha dictado sentencia 6/2018, de 15 de enero, en la que el recurrido ha sido absuelto de los delitos que le imputaban de violencia en el ámbito familiar, por los que había sido acusado, y porque si bien es cierto que es doctrina de esta sala (sentencias 55/2016, de 1 de febrero, y 564/2017, de 17 de octubre). que la estancia paritaria de los menores en el domicilio de cada progenitor no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero asimismo al caudal o medios de quien los da, también lo es que en el presente caso no solo no se deduce de los hechos probados que la diferencia de ingresos entre ambos progenitores sea desigual, sino que es el padre quien se hace cargo de los gastos de desplazamiento para facilitar el cumplimiento del citado régimen». Se estima el recurso de casación.

1.10 Interés del menor

[STS de 25 de septiembre de 2018 \(Roj: STS 3247/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3247\)](#)

Materia: Derecho de familia. Modificación de medidas. Cambio de circunstancias. Interés del menor. Custodia compartida.

«A la vista de ello y de acuerdo con las sentencias 251/2016, de 13 de abril, y 665/2017, de 13 de diciembre, debemos declarar que en la resolución recurrida no se ha infringido la doctrina jurisprudencial sobre modificación de circunstancias dado que no concurre una causa consistente que aconseje el cambio de medidas (art. 90.3 del C. Civil).

Por otro lado, en la sentencia recurrida no se invoca el concepto «interés del menor», pero sin duda, lo tiene en cuenta, pues analiza detalladamente el informe psicológico sobre los menores, sus interacciones con los padres, la conflictividad existente y la capacidad de los progenitores, para concluir que no aprecia la concurrencia de causa que justifique el cambio que, de común acuerdo, pactaron padre y madre, tan solo dos años antes (art. 92 del C. Civil y arts. 2 y 11 de la LO 1/1996 de 15 de enero).

Por lo expuesto, tampoco se infringen los arts 92.8 del C. Civil y concordantes, pues siendo el sistema de custodia compartida el de aplicación preferente (sentencias de 7 de junio y 19 de julio de 2013) ello no obsta a los acuerdos a que las partes hayan llegado, en beneficio de los menores.

En conclusión, ambos progenitores están igualmente capacitados, ambos están implicados en la educación de sus hijos, ambos mantienen una conducta irrefutable y como declaró la sentencia recurrida no concurren causas objetivas y trascendentes que aconsejen la modificación de las medidas convenidas entre ellos, no habiéndose declarado en la sentencia recurrida que el consentimiento del padre estuviese viciado». Se desestima el recurso de casación.

[STS de 10 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3479/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3479\)](#)

Materia: Modificación de medidas definitivas fijadas en sentencia dictada en juicio sobre medidas paterno-filiales. Guarda y custodia compartida. Interés del menor. La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores.

«Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre).

La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche (sentencia 554/2017, de 17 de octubre).

Estos cambios son inequívocos y relevantes en orden a la custodia de la menor, lo que provoca un replanteamiento del sistema de custodia, que conlleva la estimación del recurso de casación y, asumiendo la instancia, la confirmación íntegra de la sentencia del juzgado, que ha valorado de forma completa, adecuada, y con conocimiento de la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 92 del CC, el interés y las necesidades de la hija, acordando la guarda y custodia compartida por ambos padres». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

[STS de 30 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3684/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3684\)](#)

Materia: Divorcio. Guarda y custodia compartida. Doctrina jurisprudencial. Planteamiento en el recurso de casación. Interés del

menor (padre con horario laboral incompatible con este sistema de custodia; domicilios de progenitores en localidades diferentes).

«Ningún interés concurre en este caso para modificar la sentencia recurrida. Aparte las consideraciones de hecho que contiene el motivo, más propias de un recurso extraordinario por infracción procesal que de casación, y de las razones que esgrime la sentencia para denegar lo que denomina «cuasi custodia compartida», lo cierto es que no existe un proyecto claro de lo que es y como se va a desarrollar más allá de un simple reparto de tiempos, (propio de una guarda monoparental) y de la recuperación de la vivienda. Es cierto que interesó en apelación una alternancia de semanas, pero cierto es también que, tras tres aclaraciones de la sentencia del juzgado, se estableció un sistema de guarda y custodia, que se llamó compartida, de fines de semana alternos de viernes a lunes, y visitas intersemanales los martes sin pernocta y los jueves con pernocta, y lo que se dice en el motivo que funcionó correctamente desde que se adoptaron las medidas provisionales hasta que se dictó la sentencia no es realmente una custodia compartida, es una custodia en la que el padre comparte con el niño unos días al mes y en la que la madre sigue conservando todas las funciones dirección y control de X, sin que se ofrezca un plan parental contradictorio que permita considerar el acierto o no de las circunstancias obstativas advertidas en la sentencia para negar este régimen, acudiendo, por lo demás, con una evidente dosis de improvisación a pruebas documentales extemporáneas, como las pretendidas ante esta Sala una vez admitido el recurso de casación». Se desestima el recurso de casación.

1.11 Periodos no homogéneos

[STS de 13 de noviembre de 2018 \(Roj: STS 3743/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3743\)](#)

Materia: Derecho de familia. Custodia compartida. Distribución por periodos no homogéneos. Ausencia de motivación en la sentencia.

«Como dijimos la falta de motivación de la sentencia recurrida nos impide conocer la razón por la cual el tribunal de apelación rechazó el régimen de custodia compartida establecido por el juzgado.

En el auto de medidas provisionales ya se hizo constar que por las jornadas laborales de cada cónyuge, se establecía que con la madre permanecerían de lunes a viernes hasta las 14 h y todos los fines de semana con el padre, dado que el padre durante la semana terminaba de trabajar tarde y la madre tenía ocupados los fines de semana en un bar. Este era el sistema que los padres habían acordado de facto y que el auto de medidas ratificó.

En el informe psicosocial consta que este sistema tenía un desenvolvimiento favorable y que no disgustaba a las menores.

También en el informe consta que se oyó a la hija mayor y que ambos progenitores tienen competencias adecuadas para la educación.

La madre impugna este sistema de custodia compartida, al entender que no puede perjudicarse el interés de las menores para beneficiar el interés paterno. Que con el sistema se privaba a la madre de disfrutar de al menos un fin de semana con las hijas.

La madre también alega que el padre le impidió participar de la fiesta de comunión de la hija mayor, hecho, que de ser cierto, entiende esta sala que sería altamente reprobable e indicativo de una manifiesta incapacidad para compartir decisiones por parte del que provocó la decisión, hecho que de ser verdadero y repetirse podría aconsejar un cambio de medidas, en el futuro.

Tras estas consideraciones, debemos declarar que es doctrina jurisprudencial que el sistema de custodia compartida, lejos de ser excepcional es el que más favorece el contacto de los menores con sus progenitores y el que más protege el interés de los menores (sentencias 1638/2016, de 13 de abril, y 257/2013, de 29 de abril).

El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.

A la vista de ello debemos estimar este motivo de recurso, dejando sin efecto la custodia por parte de la madre y retornando al sistema de custodia compartida contenido en la sentencia del juzgado, dado que es el que las partes convinieron, el que el informe psicosocial propone, el que se ha venido desarrollando con razonable éxito y el compatible con los horarios laborales de ambos progenitores, todo ello de acuerdo con el art. 92 del C. Civil». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y parcialmente el recurso de casación.

2 VISITAS

2.1 Abuelos

[STS de 15 de enero de 2018 \(Roj: STS 41/2018 - ECLI: ES:TS:2018:41\)](#)

Materia: Derecho de familia. Régimen de visitas de menores con sus abuelos. Doctrina sobre la necesidad de oír a los menores.

«Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas.

En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada, según la doctrina ya recogida. Es el supuesto que contempla la sentencia 578/2017, de 25 de octubre.

Se trata de evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive, o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio (STC 163/2009, de 29 de junio). [...]

El motivo debe prosperar porque la sentencia recurrida confunde la exploración del menor con un simple medio de prueba, de forma que motiva su inadmisión como si fuese esto último y no como lo que verdaderamente es, según se ha expuesto.

Es cierto que, por estar admitido, no es necesario probar la estrecha relación entre abuela y nieto, ni tampoco que el progenitor del menor no se opone a ella, pero, sin embargo, no es ese el objeto del debate.

Se trata de que a raíz de un enfriamiento de las relaciones entre el padre del menor con la abuela materna de éste (la madre falleció) ambos se encuentran enfrentados en la extensión que deben tener los contactos y estancias entre abuela y nieto. De ahí, que antes de cosificar esa relación, y sin que se ponga en tela de juicio las valoraciones jurídicas que contiene la sentencia recurrida, será precisa la exploración del menor, preservando su intimidad y sin crearle conflictos de lealtades, para decidir sobre sí, en interés del menor, cabe reducir, o no la relación personal entre abuela y nieto respecto a la que venían manteniendo.

Por tanto, la motivación que contiene la sentencia recurrida para denegar tal exploración no es suficiente ni adecuada». Se estima el recurso de casación.

[STS de 27 de septiembre de 2018 \(Roj: STS 3377/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3377\)](#)

Materia: Visitas y comunicaciones de los abuelos con sus nietos.

«[...] a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno. Ahora bien, de una forma sorprendente mantiene este régimen de vistas. Cierto es que lo hace de una forma restringida, como lo hizo el juzgado, en un punto de encuentro, lo que tampoco es conveniente en interés de las menores.

Y es que, si bien es cierto, y así lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, que el interés de los menores se ha de salvaguardar en todo caso, también lo es que no pueden relativizarse las relaciones existentes entre los dos

grupos de adultos y que la justa causa para negar las comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos viene condicionada no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etc., sino por la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo (la mayor desde los cuatro años; la pequeña no les conoce) y, especialmente, por el riesgo que para las niñas va a suponer estas las vistas, por muy restrictivas que sean, y por la evidente influencia sobre las nietas de animadversión hacia la persona de sus padres, que la sentencia deduce de comportamiento tan anómalo y reprochable de los abuelos con su hijo y nuera, que no han asumido verdaderamente su papel de abuelos desde que dejaron de relacionarse con sus nietas, con el irreversible efecto que el transcurso del tiempo ha ocasionado en el desarrollo de la vida familiar desde que cesaron estas comunicaciones, salvo que se reconduzca la situación». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

2.2 Contribución cargas

[STS de 21 de marzo de 2018 \(Roj: STS 1053/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1053\)](#)

Materia: Divorcio. Contribución a las cargas derivadas del régimen de comunicación y visitas.

«Lo que dice la sentencia sobre los gastos de desplazamiento es que no existe una petición concreta y expresa, a pesar de lo cual «los mismos se reparten por el “juez a quo” al 50% en los periodos vacacionales, no siendo lógico que los mismos se produzcan en otras visitas», y ello está vinculado no solo a los principios procesales dispositivo y de rogación que tiene como consecuencia directa el que no pueda concretarse, más allá del periodo indicado, un régimen para periodos distintos, sino al hecho de que resulta indispensable para resolver con las debidas garantías cual es la propuesta concreta que permita cumplir el régimen de visitas en beneficio de los dos hijos menores, sin el obstáculo de los desplazamientos.

En la doctrina jurisprudencial antes expresada se destaca que habrá de primarse el interés del menor y un reparto equitativo de cargas, a fin de que los gastos de desplazamiento no impidan el contacto con el menor, pero debiendo tener en cuenta la capacidad económica de cada uno, su horario laboral, etc, así como el hecho de que se trata en este caso de un desplazamiento de larga distancia que exige ponderar las circunstancias concurrentes para resolver en su vista, y lo cierto es que la sentencia de apelación no pudo tener en cuenta dichos datos, ni los tiene esta sala para resolver en el beneficio e interés de los menores, como sería deseable.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso dado que el interés de los menores hace aconsejable que sea el padre, como lo ha venido haciendo, el que se desplace en estos periodos, lo que además ha sido tenido en cuenta al mantener una pensión de alimentos moderada, dado el elevado

gasto que le supone la ejecución del régimen de visitas (arts. 90 a 93 del C. Civil)». Se desestima el recurso de casación.

2.3 Falta de relación previa con el progenitor

[STS de 25 de abril de 2018 \(Roj: STS 1480/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1480\)](#)

Materia: Régimen de visitas del padre con sus hijos. Comunicación telefónica del padre con los hijos. Efectos de la falta de relación prolongada en el tiempo entre ellos.

«Es cierto, y así se dijo en la sentencia 823/2012, de 31 de enero, que se cita en el recurso, que sea cual fuere el miembro de la pareja parental con el que conviva en niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que apenas existen vínculos entre el padre y los menores puesto que la relación ha sido nula y lo que no es posible es que estos vínculos se reestablezcan mediante unas llamadas telefónicas a quien desconoce la figura paterna y tienen posiblemente unos referentes distintos.

El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

Y este interés, conforme resulta de la valoración de los datos de prueba, ponen sin duda en evidencia que lo mejor, o lo más conveniente para los menores es que no inicien las relaciones con su padre a través del teléfono sin tener en cuenta el efecto que origina esa reiterada falta de contacto en el tiempo con su padre ni el abandono por parte de este de las obligaciones derivadas de la patria potestad, o los posibles vínculos que se hayan creado con otra figura paterna. La reaparición repentina en sus vidas del padre biológico a través del teléfono en nada garantiza su interés y protección, y especialmente su estabilidad emocional. Primero tendrán que conocerse. Luego hablar y comunicarse y siempre, y en cualquier caso, valorando la oportunidad de establecer unos vínculos hasta ahora inexistente, siempre que ello sea posible y positivo para los menores, teniendo en cuenta el efecto que ha producido el transcurso del tiempo en su desarrollo, conforme a los criterios que en interpretación y aplicación del interés superior del menor se establecen en la Ley Orgánica 8/2015, de 22

de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia». Se estima el recurso de casación.

3 USO DE LA VIVIENDA

3.1 Limitación temporal

[STS de 10 de enero de 2018 \(Roj: STS 36/2018 - ECLI: ES:TS:2018:36\)](#)

Materia: Custodia compartida. Vivienda familiar. Limitación temporal del derecho de uso.

«[...] concurren razones suficientes para admitir el recurso de casación, al haberse atribuido, en apelación, indefinidamente la que fue vivienda familiar a la esposa e hija dado que, al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad (sentencia 513/2017, de 22 de septiembre).

Sin perjuicio de ello y ponderando el interés más necesitado de protección se fija, por esta sala, el período de dos años, computables desde esta sentencia, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta que la madre tiene en la actualidad 39 años, y que pese a su situación de desempleo es licenciada en psicología, por lo que se encuentra en condiciones de encontrar trabajo, dada su adecuada capacidad para establecer metas y planes de empleo, como se deduce del informe psicosocial». Se estima el recurso de casación.

[STS de 9 de mayo de 2018 \(Roj: STS 1627/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1627\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Guarda y custodia compartida. Atribución de la vivienda familiar privativa de uno de los progenitores al otro por tiempo limitado.

“La sala ha considerado procedente la atribución temporal de la vivienda, que fue familiar, al progenitor no titular, que sería el caso, en supuestos de custodia compartida. Expone los criterios para llevar a cabo la labor de ponderación la sentencia 593/2014, de 24 de octubre . La sentencia 522/2016, de 21 de julio sigue el mismo criterio para un caso en el que la vivienda era privativa del esposo y en el que la sentencia recurrida, atendiendo a la mala situación económica de la madre, atribuyó a la esposa el uso de la vivienda hasta que la hija alcanzase la mayoría de edad: se fija un plazo de dos años desde la sentencia de casación lo que, en la práctica, dio lugar a que, en el caso resuelto por la sentencia citada, contando el tiempo en que había venido disfrutando del uso de la vivienda en virtud de las medidas provisionales, la esposa dispusiera de un período

de seis años para restablecer su situación económica. Hay que armonizar el interés del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado con los de los hijos a comunicarse con su madre en otra vivienda, para lo que es preciso una etapa de transición, según la doctrina citada, que la sentencia recurrida no ha respetado. Procede, pues, estimar el recurso de casación, ya que prorrogar la actual situación de un modo desproporcionado no se ajustaría a nuestra doctrina. Si se fija un plazo de tres años desde nuestra sentencia, la madre tendrá tiempo suficiente para buscar una vivienda digna, en atención a sus capacidades laborales, y los hijos tendrán una edad más propicia para que la madre concilie sus intereses laborales y familiares a la hora de atender los cuidados de ellos (sentencia 42/2017 de 23 de enero).”

3.2 Parejas de hecho con hijos

STS de 6 de febrero de 2018 (Roj: STS 319/2018 - ECLI: ES:TS:2018:319)

Materia: Desahucio por precario. Supuestos en que el derecho de uso sobre la vivienda familiar, atribuido por sentencia judicial o convenio regulador, no es título oponible al adquirente de ella en caso de venta. Atribución del uso de la vivienda familiar, conforme al art. 96 CC, cuando se trata de parejas de hecho con hijos. Interés del menor.

«Como se aprecia de los hechos declarados probados el supuesto sometido a la consideración de la sala versa sobre una vivienda familiar de la pareja de hecho y la hija común de ambos.

Tras el cese de la convivencia se atribuye el uso de la vivienda a la hija y madre a quien se confió su custodia, en virtud de convenio regulador aprobado judicialmente.

La enajenación de la citada vivienda tuvo lugar en pública subasta, y esta fue consecuencia de la acción de división ejercitada por el demandante -aquí recurrido- a la que se había allanado la demandada -aquí recurrente-.

Que la venta se instase por el actor, y sin la carga del derecho de uso de la demandada, no traía causa de la iniciativa unilateral de aquél sino de lo convenido por ambos, esto es, con el consentimiento de ella, que expresamente asintió en el convenio regulador, aprobado judicialmente, que la atribución del uso de la vivienda para sí y para la menor cesara con la venta de la misma.

Por tanto, no puede oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia de que éste sea un tercero ajeno al núcleo familiar o quien fue su pareja de hecho y copropietario del bien, pero que concurrió a la subasta y pujó, como lo hizo ella, aunque ésta solo pujase por la plaza de garaje». Se desestima el recurso de casación.

3.3 Existencia de hijos de dos relaciones diferentes

[STS de 14 de febrero de 2018. \(Roj: STS 413/2018 - ECLI: ES:TS:2018:413\)](#)

Materia: Vivienda familiar. Atribución de la vivienda familiar, cuando existen hijos de dos relaciones diferentes.

«En el recurso se invoca doctrina jurisprudencial fundada en que el uso de la vivienda familiar se atribuye al menor y al cónyuge en cuya compañía quede, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96 CC.

Dicha doctrina jurisprudencial, debe declarar esta sala, que no guarda identidad de relación con el caso de autos, dado que en el presente nos encontramos con que el recurrido tiene dos hijas menores de edad de una relación anterior, de las que ostenta la custodia exclusiva y, al tiempo, tiene un hijo con la ahora recurrente.

Por tanto, no cabe una aplicación automática del art. 96 del C. Civil, a favor de la recurrente, pues si bien es cierto que tiene un hijo en común con el Sr. F, también lo es que éste tiene otras dos hijas menores bajo su custodia, unido a que la vivienda cuestionada es propiedad exclusiva del Sr. F.». Se desestima el recurso de casación.

3.4 Interés del menor y otros intereses legítimos

[STS de 20 de febrero de 2018 \(Roj: STS 503/2018 - ECLI: ES:TS:2018:503\)](#)

Materia: Vivienda familiar. Custodia compartida. Adopción de medidas que, respondiendo al interés preferente del menor, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

«Lo que se discute ahora es si procede la atribución del uso de la vivienda que fue familiar durante el tiempo fijado en la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que el niño nació en 2010 y no alcanzará la mayoría de edad hasta 2028 o, por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, lo que procede es acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida, como hizo la sentencia de primera instancia y solicita el recurrente.

En el caso, concurre el interés legítimo del padre, cotitular de la vivienda, de poder disponer de ella y, a la vista de las circunstancias probadas, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

Debe tenerse en cuenta que el límite fijado por la sentencia recurrida, que remite a la mayoría de edad del hijo, equivale a una atribución indefinida, pues cuando el hijo alcance la mayoría de edad ya no existirá custodia compartida y el hijo podrá permanecer con aquel de los progenitores que

desea, tal y como para un caso semejante declaró la sentencia 434/2016, de 27 de junio.

La ponderación de las circunstancias concurrentes (D.^a M tiene un salario mensual de 1.200 euros y es copropietaria, por mitades indivisas, junto con D. J, del inmueble que fue vivienda familiar, de otra vivienda en el mismo bloque, de un local comercial y dos plazas de garaje) permite concluir que, con su sueldo y con lo que resulte de la división del patrimonio común, D.^a M podrá disponer de una vivienda que permita hacer efectivo el sistema de custodia compartido establecido en interés del menor.

Como dice el Ministerio Fiscal en su Dictamen: Se ha de tener en cuenta que si en la adjudicación de bienes se atribuye a la madre el piso de la planta primera del edificio en el que también radica la vivienda familiar (ahora alquilado), la recurrida se encontraría con el uso y disfrute de dos viviendas y el padre sin ninguna. Si por el contrario se le adjudica la vivienda que ha sido familiar, la recurrida pasa a tener la propiedad en exclusiva y el uso de la misma. Si no se llega a la adjudicación de los lotes y los inmuebles se venden en subasta pública, la progenitora adquirirá una liquidez monetaria que le ha de permitir la adquisición o alquiler de una vivienda similar a la que ahora disfruta y digna para acoger a su hijo en los periodos de convivencia. Se ha de tener en cuenta, además, que desarrolla una actividad laboral retribuida con 1.200 € mensuales y se han de repartir el metálico de las cuentas corrientes conjuntas». Se estima el recurso de casación.)

[STS de 7 de junio de 2018 \(Roj: STS 2104/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2104\)](#)

Materia: Custodia compartida. Atribución del uso de la vivienda familiar.

«Dada la falta de mención en el art. 96 CC a los criterios que deben seguirse para atribuir el uso de la vivienda en caso de custodia compartida, la decisión discrecional del juez en caso de divorcio contencioso debe atender a las circunstancias concurrentes. La decisión debe valorar el interés más necesitado de protección (art. 96) y tener en cuenta que en todas las decisiones que se adopten por los tribunales primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes (art. 2, apartados 1 y 4, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de 15 de enero, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de junio).

En el caso, por acuerdo inicial de los progenitores en el momento de la separación, ambos se alternaron en el uso de la vivienda. Partiendo de que el interés de los menores justificaba la adopción de una custodia compartida, lo que ahora no se discute, la solución que se ha adoptado en las instancias es que los menores permanecieran en la vivienda, por ser su interés el más necesitado de protección, de acuerdo con el criterio general que resulta del art. 96 CC. La sentencia recurrida determina que esta

situación se mantendrá hasta que los ex esposos liquiden la sociedad de gananciales y lo hace, como argumenta el Ministerio Fiscal, porque pondera las circunstancias: el interés más necesitado de protección, que en el caso es el de los menores, las tensiones que pueden producirse en su perjuicio con la excesiva prolongación de la situación de uso alterno de la vivienda y la conveniencia por ello de facilitar el tránsito a dos viviendas. En el recurso de casación solo puede valorarse si el tribunal ha ponderado el interés más necesitado de protección, el de los menores, y la mejor forma de organizar la custodia compartida establecida en su interés. Puesto que la sentencia recurrida pondera ese interés, no infringe el art. 96 CC ni la doctrina de esta sala y, en consecuencia, el recurso debe ser desestimado». Se desestima el recurso de casación.

3.5 En situaciones de acogimiento familiar

[STS de 15 de junio de 2018 \(Roj: STS 2206/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2206\)](#)

Materia: Oposición a resolución administrativa que establece las relaciones personales de los menores con su abuela. Régimen de visitas de la familia biológica con los menores en régimen de guarda para la adopción. Interés superior del menor. Art. 176 bis CC.

«La sentencia 78/2018, de 14 de febrero, aunque relativa a un acogimiento familiar preadoptivo, y no a la guarda con fin adoptivo, hace una reflexión que puede orientar para el caso que se enjuicia.

Afirma que consecuencias del mandato del arts. 39 de la Constitución, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, ha sido la reciente publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio con idéntica finalidad.

En concreto el art. 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que «para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma...En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.»

Las anteriores consideraciones son extrapolables al régimen de visitas. En concreto, si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio.

4.- Estos datos son los que echa en falta el tribunal, pues, tras considerar que del informe de seguimiento de fecha 10 de junio de 2015 se colige que las relaciones de la abuela con sus nietos no les perjudica, reprocha a la

entidad pública que se limite a presentar este informe, pero sin recoger una sola alusión, análisis o valoración del posible perjuicio que el contacto de los menores con su abuela pueda causar en ellos, naturalmente en el proceso de adaptación e integración en la eventual familia adoptiva.

De ahí, que el recurso no pueda prosperar, sin perjuicio de la decisión judicial sobre la propuesta de adopción al respecto (art. 178 C.C.)». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

3.6 Convivencia con tercera persona

[STS del Pleno de 20 de noviembre de 2018 \(ROJ: STS 3882/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3882 \)](#)

Materia: convivencia de la progenitora custodia de dos hijos con otra persona. Extinción del uso en aplicación del art. 96 Ccivil.

“1. La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil.

Una vez más se advierte la insuficiencia del artículo 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar.

2. La sentencia 221/2011, de 1 de abril, formuló la doctrina siguiente:

"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC".

Esta doctrina ha sido aplicada en sentencias posteriores (236/2011, de 14 abril; 257/2012, de 26 abril; 117/2017, de 22 de febrero y 168/2017 de 8 marzo).

Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

3. Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros

medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor (sentencias 671/2012, de 5 de noviembre; 284/2016, de 3 de mayo; 646/2017, de 27 de noviembre y 181/2018 de 4 abril).

4. La remisión al interés del menor para valorar esta nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de Protección Jurídica del Menor. Se trata de una Ley que desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, algo que no es nuevo, teniendo en cuenta, entre otras cosas: a) que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara y b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

5. La solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés, ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC:

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

(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en

condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

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

4 ALIMENTOS

4.1 Prohibición de compensación

[STS de 2 de febrero de 2018 \(Roj: STS 213/2018 - ECLI: ES:TS:2018:213\)](#)

Materia: Alimentos y pensión compensatoria. Naturaleza jurídica. Principio dispositivo "reformatio in peius". Prohibición de compensación.

«En cuanto la sentencia de apelación perjudicó a la propia recurrente, sin que hubiese escrito de impugnación, procede declarar que se infringe el art. 465.4 LEC, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), ya que en la sentencia recurrida se rebaja la pensión de alimentos, sin que nadie lo hubiese solicitado, ya que el recurrido no impugnó la sentencia. [...]

En la sentencia recurrida se yerra al considerar, en la práctica, que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria participan de la misma naturaleza, de forma que las cantidades que en las mismas se establecen podrán compensarse, planteamiento que es claramente contradictorio con el texto legal y con la doctrina jurisprudencial. [...]

Por tanto, dado que la pensión de alimentos y la pensión compensatoria tienen naturaleza diferentes, no puede subordinarse económicamente una a la otra.

En función de ello y dada la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y ahora el de casación, hemos de mantener la pensión de alimentos fijada por el juzgado de primera instancia en 600 euros, al no haber sido objeto de recurso de apelación y al ser la solución compatible con la protección del interés del menor (art. 93 del C. Civil)». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

4.2 Retroactividad

[STS de 2 de febrero de 2018 \(Roj: STS 224/2018 - ECLI: ES:TS:2018:224\)](#)

Materia: Alimentos. Efectos retroactivos de los alimentos fijados por primera vez en la sentencia, con incremento en apelación de los establecidos en el Juzgado.

«El recurso se desestima por dos razones. La primera, porque lo que está cuestionando es el juicio de proporcionalidad con base en el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no menciona en el encabezamiento del motivo, es decir, por razones exclusivamente procesales que tienen que ver con la valoración de pruebas posteriores a la sentencia de instancia, lo que no es posible en un recurso de esta clase. El segundo no solo no contradice la jurisprudencia que se cita en el motivo, sino que lo que se aplica le resulta favorable al recurrente desde el momento en que no se lleva la retroactividad al momento de la formulación de la demanda, sino a un momento posterior como es la sentencia del juzgado, que no ha sido impugnado por la recurrida. La obligación de dar alimentos, dice el artículo 148 CC, será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Se desestima el recurso de casación.

[STS de 4 de abril de 2018 \(Roj: STS 1165/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1165\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Cambio de guarda y custodia. Interés del menor. Retroactividad de la pensión de alimentos cuando se cambia el obligado al pago.

«Lo que se pretende en los dos primeros motivos es una revisión de los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia a partir la cita de algunas sentencias de esta sala sobre la guarda y custodia compartida que no son de aplicación al caso, al no haberse resuelto un supuesto referido a este sistema de custodia; sin que la referencia a un episodio de violencia, en el que no está incurso el demandante, y que ha sido ajeno a la motivación de las sentencias, tanto de la del juzgado, como de la Audiencia, sirva para adoptar una solución jurídica distinta.

El Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, porqué razón altera el régimen de guarda y custodia, y como tal debe mantenerse. El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. [...] Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del

proceso (sentencia 696/2017, de 20 de diciembre)». Se desestima el recurso.

[STS de 19 de junio de 2018 \(Roj: STS 2294/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2294\)](#)

Materia: Divorcio. Alimentos de los hijos menores. Retroactividad.

«La sentencia contradice la doctrina reiterada de esta Sala, lo que justifica el interés casacional y, consiguientemente, el recurso de casación que de otra forma no se habría formulado.

En primer lugar, la sentencia que cita de esta sala no decide la cuestión procesal sobre si esta retroactividad se debe solicitar expresamente en la demanda o si se puede conceder de oficio, sin vulnerar el principio de congruencia, porque da por supuesto que existe una previsión legal al respecto, como la del artículo 148 del CC, que no admite excepciones, como señalaba la sentencia 487/2016, de 14 de julio, y que además debe ser aplicada con indudable rigor a favor de los hijos menores de edad.

En segundo lugar, estamos ante unos alimentos que se fijan en beneficio e interés de los menores afectados por el divorcio de sus padres, sin estar sometidas a la justicia rogada, hasta el punto de que el párrafo primero del art. 93. CC contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado incluso de oficio («El Juez en todo caso ...»). Se estima el recurso de casación.

4.3 Nacimiento de un nuevo hijo

[STS de 22 de marzo de 2018 \(Roj: STS 964/2018 - ECLI: ES:TS:2018:964\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Alimentos. Nacimiento de nuevo hijo.

«Es cierta la doctrina de esta sala que se cita en el motivo sobre el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, y su incidencia en la prestación alimenticia de los hijos habidos en una relación anterior, pero también lo es que la sentencia recurrida no valora ni la situación ni las circunstancias económicas actuales que expone el recurrente, porque nada dice sobre el nacimiento de una nueva hija, que podría justificar la modificación de la medida, y no lo hace porque no se le ha planteado como fundamento del cambio en el recurso de apelación, lo que origina que esta sala no pueda tener en cuenta datos que, de haber sido omitidos, podrían haber dado lugar a un recurso por infracción procesal, teniendo en cuenta que la doctrina expresada en la sentencias que cita no se aplica de una forma incondicional, sino a partir de la valoración y prueba de las circunstancias económicas que resultan de esa nueva relación y que

podrían ser incluso más favorables para el nuevo padre que las que tenía antes de iniciarla». Se desestima el recurso de casación

4.4 Efectos de la extinción de la pensión compensatoria y discapacidad

[STS de 4 de abril de 2018 \(Roj: STS 1166/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1166\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Recurso extraordinario por infracción procesal. Congruencia. Como afecta a la pensión de alimentos la extinción de la pensión compensatoria y discapacidad de la hija.

«Es reiterada jurisprudencia de esta sala que la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Solamente habrá incongruencia omisiva si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes, siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita (sentencias 580/2016, de 30 de julio; 580/2017, de 25 de octubre).

Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación o reconvencción, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. En este caso, es evidente que la sentencia recurrida, a diferencia de la del juzgado, que no tuvo necesidad de hacerlo, no se pronuncia sobre la pretensión formulada en la reconvencción para el caso de que se eliminaran alguna de las medidas interesadas en la demanda, como así fue, y esta ausencia de pronunciamiento sobre la elevación de los alimentos en favor de uno de los hijos, que se hizo como petición expresa y se reiteró en el recurso de apelación para el caso de admitirse las peticiones del recurrente, provoca indefensión a la recurrente, lo que deberá corregirse. [...]

Asumiendo la instancia, se debe resolver sobre el incremento de los alimentos que el padre debe abonar a su hija con una minusvalía del 75%, una vez que ha sido estimada la infracción procesal y la sala tiene los necesarios datos para ello, que no son otros que los que la sentencia del juzgado tuvo en cuenta al analizar la economía de las partes, atendiendo a la regla de proporcionalidad exigible en materia de alimentos, en la proporción recursos-necesidades de alimentante y alimentista del artículo 92 del Código Civil, y a la necesidad de que estas situaciones se resuelvan en todo caso. Hay que valorar para ello que el alimentante deja de pagar la pensión compensatoria y los alimentos del otro hijo, y que la alimentista es una persona que, por especial situación personal, necesita de especiales cuidados que, aun suplidos en parte con ayuda externa, no quedan cubiertos con los 313,17 euros a que ascendía la prestación alimenticia establecida inicialmente para cada uno de los hijos; estimando pertinente aumentarla a la cifra total de 600 euros al mes, que se hará efectiva desde

la presente resolución». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

4.5 Cargas del matrimonio/préstamo hipotecario

STS de 24 de abril de 2018 (Roj: STS 1479/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1479)

Materia: Cargas del matrimonio. No se consideran como tales la satisfacción del préstamo hipotecario que grava la hipoteca o los gastos vinculados a la propiedad de la misma.

«El motivo se estima ya que esta sala se ha pronunciado reiteradamente excluyendo del concepto de «cargas matrimoniales» los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues de la amortización del préstamo habrá de responder quien lo suscribió pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios. Además en este caso la vivienda es de propiedad del esposo -único prestatario- por lo que habrá de ser él quien quede obligado». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

4.6 Extinción por límite de edad

STS de 24 de mayo de 2018 (Roj: STS 1878/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1878)

Materia: Alimentos Extinción. Hija de 30 años que continua cursando estudios. Capacidad económica del padre.

«Lo que se reclama es la extinción de los alimentos que el recurrente está prestando a su hija y la necesidad de valorar no solo la capacidad económica del alimentante sino la especial aptitud del alimentista respecto al trabajo y formación, Una hija que tiene treinta años de edad cuando esta resolución se dicta, que está recibiendo alimentos de su padre desde el año 2007, que sigue estudiando, como lo hacía entonces, que puede, y debe desarrollar, como ha hecho en ocasiones, trabajos remunerados, y que a pesar de todo, a pesar de su capacidad laboral, posiblemente mejor que la de su padre, pretende seguir recibéndolos pese a los ingresos que en estos momentos percibe su padre, de 426 euros al mes, provenientes del subsidio de desempleo, y al hecho de que tiene a su cargo un hijo de 7 años de edad. Estamos ante una conducta acreditada de escaso aprovechamiento escolar, sin una previsión cierta de cuándo va a finalizar la fase de formación académica, con posibilidades de incorporación inmediata al mercado de trabajo. Lo cierto es, pues nada se dice, que salvo algún episodio de ansiedad que padece en los exámenes, la hija ha podido

y ha tenido ocasión de desarrollar un mayor esfuerzo para terminar su carrera, combinándolo o no con un trabajo complementario, dados los escasos recursos y sacrificios de quien le ayudaba a conseguirlo. Obligar a su padre a seguir haciéndolo coloca a este en una situación de absoluta indigencia, lo que no es posible si se tiene en cuenta, además, que los alimentos, únicamente pueden hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, siempre teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa «Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de 5 no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia», que es lo que ocurre en este caso, en el que la cuestión jurídica existe realmente y ha sido acreditada por la parte, no siendo el interés casacional nominal, artificioso o instrumental, como lo acreditan incluso sentencias recientes de esta sala como la 395/2017, de 22 de junio y las que en ella se citan». Se estima el recurso de casación.

[STS de 30 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3683/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3683\)](#)

Materia: Alimentos hijos mayores de edad. Extinción.

«La sentencia que ahora se recurre en casación extingue los alimentos que, en sede de procedimiento de modificación de medidas de juicio de divorcio, prestaba el padre a uno de sus hijos, de 27 años de edad, por importe de 240 euros al mes. Lo hace «desde la fecha de la citada resolución»; pronunciamiento que es objeto del recurso de casación que formula la madre fundado en un único motivo por infracción del artículo 148 del CC, en relación con el artículo 774,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oposición a la jurisprudencia de esta sala sobre modificación de los alimentos en sucesivas resoluciones y sus efectos retroactivos, expresada, entre otras sentencias, en la 483/2017, de 20 de julio.

SEGUNDO.- El recurso se va a estimar en parte. Conviene señalar que la sentencia del Juzgado, que revoca la de la Audiencia, establece un límite temporal a la obligación de pago de los alimentos de dos años de duración desde la fecha de la sentencia y que lo que se interesa en el recurso de casación, al amparo de la jurisprudencia de esta sala sobre la modificación de la cuantía de los alimentos en sucesivas resoluciones y sus efectos retroactivos, es que se mantengan esos dos años que señaló el juzgado, y así lo dice expresamente en el suplico del mismo, al interesar que, asumiendo la instancia, restablezca dicho pronunciamiento[...]

Es evidente que lo que se pretende realmente en el recurso es recuperar esos dos años y ello no se compadece con la citada jurisprudencia, sino con la prolongación de los alimentos a un periodo distinto de dos años, o lo que es igual, con las circunstancias que han sido determinantes para llevar la extinción a un periodo distinto del solicitado y que la sentencia lo reconduce a la fecha de la sentencia del juzgado, aspecto en el que si tiene cabida la jurisprudencia de esta sala sobre la eficacia de las resoluciones

que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), y su eficacia desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, y que viene referida en este caso a la de la sentencia recurrida y no a la de primera instancia.

TERCERO.- Consecuencia de lo razonado es que esta sala deba asumir la instancia para estimar en parte el recurso en lo que se refiere a la fecha desde la que se fija la extinción de la pensión alimenticia, que será la de la propia sentencia recurrida y no la de la sentencia de primera instancia, al no haber ninguna circunstancia obstativa para resolver de otra forma». Se estima el recurso de casación.

4.7 Extinción por cambio de convivencia con progenitor

[STS de 18 de julio de 2018 \(Roj: STS 2826/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2826\)](#)

Materia: Alimentos. Momento desde el que se perciben. La menor (17 años) cambió la residencia a casa de su padre, de forma pactada por los progenitores. Los alimentos se han de abonar por la madre, desde la fecha en que la menor pasó a vivir con el padre.

«Se declara por esta sala en reciente sentencia 183/2018 de 4 de abril:

«1. Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio:

»"Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014.

»Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía».

[...] De lo expuesto en esta doctrina, en supuesto similar al analizado, debe concluirse que no se está declarando la retroactividad de la pensión alimenticia, sino que se fija como fecha a partir de la cual debe abonar la madre la pensión, la de septiembre de 2015 (fecha posterior a la presentación de la demanda), que es el mes en el que la menor pasó a vivir con su padre, por expreso deseo de la menor y por acuerdo escrito y temporal de padre y madre, mientras se sustanciaba el procedimiento, lo cual es plenamente compatible con el art. 106 en relación con el art. 148, ambos del C. Civil, por lo que en este aspecto se desestima el motivo». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

4.8 Ausencia de convivencia/legitimidad

[STS de 29 de junio de 2018 \(Roj: STS 2494/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2494\)](#)

Materia: Alimentos para hija mayor de edad. Legitimación. Ausencia de convivencia con la hija.

«Consta que la demandante solicitó pensión de alimentos para sus dos hijas y así le fue concedida en la sentencia de primera instancia, si bien durante la tramitación ante el juzgado, la madre comunicó que la mayor de sus hijas, con más de 18 años, se había marchado del hogar por lo que no mantenía la petición de alimentos para ella.

Planteado el tema en apelación, se mantuvo la pensión de alimentos por el Tribunal, al entender la Audiencia Provincial que de acuerdo con el art. 151 del C. Civil los alimentos son irrenunciables.

En la oposición a la casación, la madre no se opuso a que se dejasen sin efecto los alimentos para su hija mayor de edad.

Esta sala debe declarar que no estamos ante unos alimentos renunciados, sino ante unos alimentos que desconocemos si son debidos, pues carecemos de datos para conocer si la hija mayor de edad es acreedora de ellos o si goza de suficiencia económica.

Unido a ello de acuerdo con el art. 93 del C. Civil, los progenitores solo pueden pedir alimentos para los hijos mayores de edad que con ellos convivan, lo cual no ocurre en este caso, al haberse independizado una de las hijas (sentencia 156/2017 de 7 de marzo)». Se estima parcialmente el recurso de casación.

4.9 Eficacia del pacto en convenio regulador, no aprobado judicialmente

[STS del Pleno de 15 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3485/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3485\)](#)

Materia: Eficacia del pacto en convenio regulador, no aprobado judicialmente, sobre alimentos del hijo menor si respeta el principio de interés del menor. A la obligación alimenticia no es oponible el incumplimiento por el otro progenitor de otras estipulaciones.

«Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores.

En consecuencia, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de la sala, pues respeta el interés del menor al valorar el acuerdo en cuestión, tanto de alimentos ordinarios como de gastos extraordinarios por tal concepto.

Los cónyuges redactaron de mutuo acuerdo un convenio regulador con la finalidad instrumental de presentarlo con la demanda de divorcio, convenio que fue suscrito por ambos.

Por razones que se ignoran la demanda no se presentó (se formuló demanda de divorcio a instancia de la esposa tres años más tarde), pero, según se colige de la contestación a la demanda del recurrente, confirieron al citado documento naturaleza de convenio privado, no aprobado judicialmente, para regir las relaciones de la separación de hecho. Según reconoce el recurrente, lo cumplieron ambas partes, aunque con irregularidades, dando razones de por qué dejó de cumplirlo, que lo anuda al incumplimiento por su esposa del régimen de visitas con su hijo menor de edad.

La actora, y en base al acuerdo o convenio de fecha 22 de agosto de 2013, no aprobado judicialmente por no haberse sometido a su homologación, únicamente reclama los alimentos y prestaciones del menor.

Por tanto, el convenio regulador no puede tacharse de ineficaz por carecer del requisito de ser aprobado judicialmente.

El demandado, aquí recurrente, obra con tal pretensión de forma reprobable, yendo en contra de sus propios actos, pues convino con la actora las prestaciones alimenticias del hijo, reconoce que el convenio se ha ido cumpliendo, aunque irregularmente, y, ante la reclamación de lo adeudado, articula como defensa que el convenio carece de efectos al no haber sido objeto de aprobación judicial, sin que en todo el tiempo de vigencia del convenio haya llevado a cabo ninguna gestión judicial en orden a la adopción de medidas relacionadas con el menor. [...]

Finalmente, cabe traer a colación de lo que venimos manteniendo, el art. 235.5.3 del Código Civil de Cataluña, que hace depender la eficacia de los pactos fuera de convenio regulador y relacionados con los hijos menores del interés de éstos. Dispone que:

«Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de éstos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda su cumplimiento».

Es el caso de autos en el que la sentencia recurrida no aprecia que la medida alimenticia acordada por los cónyuges a favor del hijo menor, y cuyo cumplimiento se exige, sea contraria a su interés». Se desestima el recurso de casación.

5 PENSIÓN COMPENSATORIA

5.1 Temporalidad/juicio prospectivo

[STS de 10 de enero de 2018 \(Roj: STS 3/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Pensión por desequilibrio económico. Temporalidad. Valoración del acuerdo de pensión con carácter indefinido fijado en convenio.

«En concreto, la sentencia de esta sala núm. 678/2015, de 11 diciembre, establece con toda claridad que

«Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 20 de abril Y 10 de diciembre 2012; 25 de marzo 2014), la siguiente: 1º la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 de marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997. El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre).

A lo que añade que

«cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad». Se estima el recurso de casación.

[STS de 7 de febrero de 2017 \(Roj: STS 311/2018 - ECLI: ES:TS:2018:311\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Condiciones que se han de tener en cuenta para establecer un límite temporal. Necesidad de la realización de un juicio sobre las posibilidades futuras de la beneficiaria para establecer una pensión compensatoria temporal.

«Como sostiene la recurrente, la sentencia no se refiere en absoluto a las posibilidades futuras de la beneficiaria de la pensión para poder desenvolverse autónomamente, dejando por tanto de aplicar el juicio prospectivo sobre tales posibilidades que es el que permitiría razonadamente fijar el plazo de seis años para la extinción de la pensión. Por ello se ha de considerar infringida la doctrina de esta sala acerca de la necesidad de dicho juicio sobre la capacidad de desarrollo profesional y económico de la beneficiaria; doctrina que está presente en numerosas sentencias como son las citadas en el recurso núm. 715/2017, de 24 de febrero, núm. 369/2014, de 3 de julio y núm. 304/2016, de 11 de mayo, y otras como la núm. 345/2016, de 24 mayo». Se estima el recurso de casación.

[STS de 15 de marzo de 2018 \(Roj: STS 937/2018 - ECLI: ES:TS:2018:937\)](#)

Materia: Divorcio. Limitación temporal o no de la compensación por desequilibrio del art. 97 CC.

«[...] al realizar la sala el juicio prospectivo a que se ha hecho mención se ha de concluir que el de la sentencia recurrida no se muestra lógico y racional.

Si al fijar la existencia de compensación por desequilibrio y el quantum se tuvo en cuenta las circunstancias laborales y de formación de la recurrente, no se alcanza a entender como dos años después, que sería 60 años de edad, va a ser factible la superación del desequilibrio, pues no se aporta ningún dato del que inferir tal superación.

No obstante, ello no empece a la posible modificación de la medida en el futuro. [...]

La sentencia 538/2017, de 2 de octubre, afirma: «la fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción –como ocurre en el caso- lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad –que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella». Se estima el recurso de casación

[STS de 8 de mayo de 2018 \(Roj: STS 1616/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1616\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Juicio prospectivo para determinar la temporalidad.

«Analizado el recurso de casación a la luz de la referida doctrina debemos hacer constar que:

- 1. El esposo está jubilado y percibe 2.122,16 euros de pensión.*
 - 2. La esposa, que carece de formación profesional, tiene 50 años, habiéndose dedicado al cuidado de su esposo e hija, no habiendo desarrollado actividad remunerada.*
 - 3. El matrimonio duró algo más de veinte años.*
 - 4. La hija del matrimonio es mayor de edad, pero continúa estudiando y viviendo con la madre, habiéndose fijado una pensión de alimentos abonable por el padre de 400 euros.*
 - 5. La esposa padece una «neuralgia de trigémino».*
 - 6. El patrimonio de la esposa se reduce a la mitad de la vivienda ganancial.*
- A la vista de estas circunstancias debemos calificar el juicio prospectivo como no ajustado a los parámetros jurisprudenciales, pues se fija una limitación temporal de seis años para la pensión compensatoria, cuando de las circunstancias concurrentes no es previsible que la esposa pueda superar en dicho período el desequilibrio económico, pues por su edad,*

carencia de formación y estado de salud puede predecirse su más que dificultosa inserción en el mercado laboral». Se estima el recurso de casación

[STS de 24 de mayo de 2018 \(Roj: STS 1868/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1868\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Juicio prospectivo y cuantificación.

«[...] la decisión de la Audiencia, favorable a la temporalidad de la pensión, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, pues no se compadece mal con la edad, con los recursos económicos del matrimonio y con la posible dificultad de rehacer su vida laboral la esposa, que recibe una pensión en cuantía que le va a permitir rehacer su vida sin ahogos económicos durante un periodo de siete años, en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio; juicio prospectivo que ha efectuado el órgano judicial con la debida prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, a la que se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias 28/2018, de 18 de enero; 66/2018, de 7 de febrero; 153/2018, de 15 de marzo, entre otras). En la medida que la decisión de la Audiencia Provincial se encuentra suficientemente razonada, y que su actuación se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se ha hecho referencia, sus conclusiones han de ser respetadas en casación

En segundo lugar, el criterio aplicable para resolver el problema planteado -importe de la pensión compensatoria-, tampoco puede modificarse dependiendo, como depende, sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso y que la sentencia recurrida amplía en relación a las que se tuvieron en cuenta en la sentencia del juzgado, como es el de la disponibilidad de una vivienda, y en ningún caso se cuantifica de forma arbitraria, absurda o con falta de lógica. «La pensión compensatoria por su configuración legal y jurisprudencial no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...» (sentencias 178/2014, de 26 de marzo ; 749/2012, de 4 de diciembre ; 55/2016, de 11 de febrero) ». Se desestima el recurso de casación

[STS de 30 de mayo de 2018 \(Roj: STS 2057/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2057\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Temporalidad.

«Aplicada la doctrina jurisprudencial al caso de autos, debemos declarar que se ha infringido la doctrina casacional en la sentencia recurrida, pues partiendo de la edad de la esposa, la amplia duración del matrimonio, la ausencia en ella de cualificación profesional, «así como la dificultad para acceder al mercado laboral..», se limita a establecer una pensión temporal. Igualmente en la sentencia recurrida se declara que el patrimonio de ella, por su productividad, «en nada afecta a la situación económica que la misma padece tras la ruptura del matrimonio».

Un proporcionado juicio prospectivo nos lleva a entender que la recurrente no podrá mejorar su capacidad económica en 9 años, y la posibilidad de que pueda obtener una pensión adecuada tras ese período (como declara la Audiencia Provincial) es prácticamente ilusoria («dificultad para acceder al mercado laboral dada la edad que cuenta la misma (sic)»), dado que nunca ha trabajado por cuenta ajena, al dedicarse exclusivamente a la familia, y sin que conste que en su momento pueda percibir una pensión. Se estima el recurso de casación.

[STS de 21 de junio de 2018 \(Roj: STS 2292/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2292\)](#)

Materia: Medidas definitivas. Pensión compensatoria. Temporalidad.

«[...] la sentencia núm. 69/2017 de 3 febrero, al referirse a la posibilidad de que la beneficiaria de la pensión compensatoria pueda superar el desequilibrio inicial, dice lo siguiente: «para que así sea es preciso alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para obtener tal certeza el órgano judicial ha de llevar a cabo un juicio prospectivo, y al hacerlo ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, como recoge reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 27 de junio 2011, 23 de octubre de 2012, entre otras». [...]

Esto es lo que ocurre en el caso pues, dada la edad de la esposa -57 años en el momento de la interposición de la demanda- no cabe considerar que la misma tenga una clara probabilidad de superar el desequilibrio económico actual que únicamente en parte queda paliado con la exigua cantidad mensual concedida, cuando además consta que el obligado satisface otra pensión por desequilibrio por una relación anterior por más del doble de dicha cantidad». Se estima el recurso de casación.

[STS de 29 de junio de 2018 \(Roj: STS 2476/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2476\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Desequilibrio. Temporalidad. Se mantiene por la Audiencia Provincial la percepción de la pensión compensatoria, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación hereditaria en el procedimiento que tiene la demandante con su hermana.

«En la sentencia recurrida se tiene en cuenta que la esposa ha percibido parte del importe de las cuentas corrientes del matrimonio, que rechazó el uso de la vivienda familiar por su alto coste de mantenimiento, su edad y escasa cualificación, ante lo que fijó una pensión compensatoria de 500 euros en lugar de los 700 euros que ahora se solicitan. Se percibiría hasta que se liquidase la sociedad de gananciales y terminase el litigio que tiene con su hermana por cuestiones hereditarias, que engloban dos pisos y un fondo de 200.000 euros.

Este condicionante temporal es el que tiene en cuenta la sala de apelación para limitar la percepción de la pensión, en relación con esos momentos liquidatorios, al entender que tras ellos mejoraría significativamente la posición económica de la Sra. Monzo, extremos (liquidación de la sociedad de gananciales y percepción del caudal hereditario) tenidos en cuenta por esta sala en sentencias 76/2018, de 14 de febrero, rec. 2133/2017, y 674/2016, de 25 de octubre, rec. 448/2016. [...]

De esta doctrina jurisprudencial puede deducirse que la cantidad fijada es proporcionada y adecuada a las circunstancias concurrentes, si bien el condicionante temporal está viciado de un inadecuado juicio prospectivo, en tanto que su supeditación a la liquidación de la sociedad de gananciales y al litigio sobre la herencia, supone establecer unas bases inciertas, en tanto se desconoce el valor de los inmuebles y el resultado del litigio, por lo cual procede estimar el recurso de casación y fijar la pensión compensatoria con carácter indefinido». Se estima el recurso de casación.

[STS de 9 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3427/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3427\)](#)

Materia: Fijación de pensión compensatoria a favor de la esposa con carácter indefinido. Revisión en casación limitada al juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el desequilibrio inicial. Juicio prospectivo razonable atendidos los factores concurrentes. Pérdida de expectativas al contraer matrimonio.

«Considera la sentencia que la esposa tiene, al tiempo de dictarse, 63 años de edad. Se casó con 61 años, y no trabajaba cuando contrajo matrimonio, ni tampoco después, percibiendo únicamente 200 euros de su anterior marido en concepto de pensión compensatoria, que dejó de percibir cuando contrajo matrimonio con el ahora recurrente, de 69 años de edad, con ingresos de 624 euros al mes y con una vivienda en la que reside recibida por herencia, pendiente de división, por lo que el divorcio ha ocasionado a la esposa un desequilibrio económico respecto a la situación anterior en el matrimonio, pues entonces percibía una pensión compensatoria vitalicia y la expectativa de percibir una pensión de viudedad en su momento, que ha perdido con el nuevo matrimonio.

Valora también la sentencia que está difícil su incorporación al mercado laboral con sus circunstancias personales y que existe una previsión razonable de que no va a lograr superar esos desequilibrio en un plazo

determinado, de todo lo cual era conocedor su esposo al tiempo de contraer matrimonio.

La decisión de la Audiencia es el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, pues no se compadece mal con la edad, con los recursos económicos del matrimonio, especialmente de la esposa, así como con la posible dificultad de rehacer esta su vida laboral.

Cierto que el matrimonio ha tenido una duración de menos de dos años, pero al mismo llegó la esposa, conociéndolo el esposo, no solo con una pérdida razonable de expectativas, sino perdiendo los únicos recursos que tenía, y ello se debe valorar a los efectos de fijar en su favor una pensión compensatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 97 del CC». Se desestima el recurso de casación.

5.2 Uniones de Hecho

[STS del Pleno de 15 de enero de 2018 \(ROJ: STS 37/2018 - ECLI:ES:TS:2018:37 \)](#)

Materia: Uniones de hecho. Declaración judicial de ruptura (indebida acumulación de acciones). Reclamación de pensión compensatoria tras el cese de convivencia. No cabe aplicación analógica de normas del matrimonio. Principio general del enriquecimiento injusto.

“En el presente caso, la demandante acumuló una acción de petición de una pensión a las cuestiones referidas a la patria potestad, la custodia, los alimentos de los hijos comunes y el uso de la vivienda familiar. La acción de petición de una pensión entre los miembros de una pareja no casada no está comprendida en los «procesos matrimoniales» que regula el Libro IV LEC y que, por decisión expresa del legislador, en relación con las parejas no casadas, solo contempla las cuestiones que afecten a los hijos menores (arts. 748.4 °, 769.3 y 770.6.ª LEC). El ejercicio por parte de la demandante de la pretensión de pago de una pensión con el fundamento que fuera, en consecuencia, estaría avocada a un procedimiento ordinario (en función de la cuantía reclamada, conforme al art. 251.7 LEC) y, por lo dicho, no puede acumularse al proceso especial de menores.

Sin embargo, el demandado no ha planteado en ningún momento la excepción de inadecuación de procedimiento y ni el Juzgado ni la Audiencia Provincial la apreciaron de oficio, de modo que las partes han accionado y contestado respectivamente con todas las garantías de forma plena y escrita, tanto en primera como en segunda instancia, y el demandado ha interpuesto recurso de casación en el que plantea si debe establecerse a favor de la demandante una pensión sui generis por analogía con la pensión compensatoria y basada en el enriquecimiento injusto. En el caso, por tanto, se ha puesto de manifiesto ante la sala la existencia de un determinado interés casacional y ninguna de las partes insta la nulidad o solicita que la sala no se pronuncie en cuanto al fondo, por lo que, atendiendo a lo dispuesto en los arts. 227 LEC y 240 LOPJ , esta sala se pronunciará sobre la pensión solicitada...

a) *En efecto, frente a una línea anterior, la sentencia del Pleno 611/2005, de 12 de septiembre, declaró que no cabe la aplicación analógica de las normas propias del matrimonio.*

Con posterioridad, se ha reiterado la doctrina de que debe excluirse la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia en parejas de hecho, bien reiterando la doctrina para casos de pensión compensatoria, bien al solucionar otros problemas jurídicos planteados con ocasión del cese de la convivencia de parejas (sentencias 927/2005, de 5 de diciembre, 299/2008, de 8 de mayo, 1040/2008, de 30 de octubre, 1155/2008, de 11 de diciembre, 416/2011, de 16 de junio, 130/2014, de 6 de marzo, y 713/2015, de 16 de diciembre). b) La sala se ha pronunciado sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial: bien para apreciar su existencia cuando concurren sus presupuestos (sentencia 306/2011, de 6 mayo), bien para negarla cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto (sentencia 927/2005, de 5 de diciembre, en el caso de un condominio regulado por los arts. 392 ss. CC).

c) *De modo señalado, la sala se ha ocupado de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto para el reconocimiento de una pensión compensatoria. Así, se apreció que concurrían los presupuestos del enriquecimiento en las sentencias 584/2003, de 17 de junio, y 1016/2016, de 6 de octubre. Por el contrario, no se aprecia enriquecimiento injusto en los casos que dan lugar a las sentencias 611/2005, de 12 de septiembre, 387/2008, de 8 de mayo, y 1040/2008, de 30 de octubre*

Aplicando la anterior doctrina de la sala al presente caso, el recurso, por las razones que se exponen a continuación, debe ser estimado.

1.- *La sentencia recurrida no invoca ningún precepto ni explica cuál es el fundamento y la naturaleza jurídica de la pensión que otorga. Ello dificulta el control de la finalidad a la que responde la pensión concedida, el análisis de cuál es su causa y, en consecuencia, la valoración de si los criterios con los que se adopta la decisión de conceder la pensión y fijar su cuantía se adaptan a la finalidad y naturaleza de la pensión con arreglo a las normas de aplicación.*

La sentencia recurrida «da por reproducida» la jurisprudencia citada por la sentencia de primera instancia y que sirvió a esta como fundamento de la pensión compensatoria concedida. Puesto que no existe un reconocimiento legal expreso de pensión compensatoria en el ámbito de las parejas de hecho, cabe pensar que la sentencia da por bueno que su fundamento deriva de la interpretación legal mantenida por la jurisprudencia.

Lo que sucede es que la sentencia de primera instancia transcribe, sin análisis alguno y sin estructura identificable, varias sentencias sobre pensión compensatoria y otros aspectos de relaciones patrimoniales, dictadas tanto por esta sala como por diferentes Audiencias Provinciales y referidas a uniones matrimoniales y a parejas no casadas.

Ello hace difícil conocer en qué concreta doctrina, de las que se han venido sosteniendo a lo largo del tiempo, y a veces de manera heterogénea en la práctica de los tribunales de instancia, se está apoyando la sentencia recurrida, puesto que a todas ellas se hace referencia en las sentencias citadas (entre otras, aplicación analógica del art. 97 CC o del art. 1438 CC, doctrina del enriquecimiento injusto).

2.- La sentencia recurrida utiliza la expresión «pensión compensatoria» siguiendo la terminología del art. 97 CC hasta la reforma de 8 de julio de 2005 (que sustituyó en ese precepto el término pensión por el de compensación, si bien siguen hablando de pensión los arts. 99, 100 o 101 CC), pero, como ha quedado dicho, esta sala, desde su sentencia de Pleno 611/2005, de 12 de septiembre, ha descartado la aplicación analógica del régimen matrimonial al cese de la convivencia de una pareja no casada.

3.- La sentencia recurrida, además, vincula la pensión que reconoce a la aplicación del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. Pero la doctrina del enriquecimiento injusto requiere la concurrencia de un aumento del patrimonio del enriquecido, un correlativo empobrecimiento del actor, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. En el caso, sin embargo, no puede compartirse la valoración de la sentencia recurrida, a la vista de los hechos probados.

Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada. La pensión que se concede en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de que quedara sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando y la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado, lo que podría dar lugar al fin del empleo tras el cese de la convivencia.”

5.3 Extinción por desaparición del equilibrio tras liquidación de la sociedad de gananciales.

[STS de 14 de febrero de 2018 \(Roj: STS 408/2018 - ECLI: ES:TS:2018:408\)](#)

Materia: Divorcio. Pensión compensatoria. Extinción. Desaparición del desequilibrio tras la liquidación de la sociedad de gananciales. Efectos desde la sentencia de primera instancia, que declaró su extinción.

«A la vista de la doctrina mencionada, en interpretación de los arts. 97 y 101 del Código Civil, debemos declarar que procede la extinción de la pensión compensatoria al cesar la causa que la motivó, cual es la desaparición de la situación de desequilibrio.

Tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes, ha devenido en atribución exclusiva de la propiedad y uso de los bienes adjudicados, con lo que los bienes han pasado a ser productivos para cada uno de los cónyuges, pudiendo disponer de los mismos, ya vendiéndolos o explotándolos, con lo que se aseguran una situación de estabilidad económica que se aproxima bastante a la existente antes de la separación conyugal y divorcio, con lo que al desaparecer la situación de desequilibrio, procede declarar extinguida la pensión compensatoria, al infringirse en la sentencia recurrida el art. 101 del C. Civil». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

5.4 Alteraciones de circunstancias por voluntad del interesado

[STS del Pleno de 7 de marzo de 2018 \(Roj: STS 675/2018 - ECLI: ES:TS:2018:675\)](#)

Materia: Pensión por desequilibrio económico. Pretensión de establecimiento de pensión compensatoria en favor de la esposa por importe de 500 euros, cantidad a la que habría que añadir automáticamente, para el supuesto en que ésta pierda su empleo actual en la empresa regida por el esposo o se le reduzca su salario, la cantidad que deje de percibir por tal motivo.

La existencia de desequilibrio debe apreciarse en el momento de la ruptura, pero es posible tener en cuenta posibles alteraciones de circunstancias que puedan producirse posteriormente por voluntad de alguno de los interesados.

«Los sucesos que se producen con posterioridad a la ruptura de la convivencia son, en principio, completamente irrelevantes para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía; sí operan, sin embargo, para su posible disminución o extinción. Por tal razón, las sentencias núm. 106/2014, de 18 de marzo y núm. 704/2014, de 27 noviembre, en cuanto parten de la inexistencia de desequilibrio en el instante de la ruptura, niegan la concesión de una

pensión en previsión de que la esposa perdiera el empleo que tenía en ese momento.

Del mismo modo que en el momento de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria se está realizando un juicio prospectivo de futuro -que incluso, en la mayor parte de los casos, no depende en su concreción de la propia voluntad del beneficiario- previendo el tribunal que, al finalizar del plazo fijado, ha de considerarse ya compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, no puede descartarse la conveniencia de tal prospección -en sentido contrario- en casos como el presente, pues desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante, pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa.

De ahí que, si se atiende al sentido de la decisión adoptada por la Audiencia en la sentencia hoy recurrida, habrá que considerar que el juicio sobre la existencia de desequilibrio -y de compensación por el mismo a favor de la esposa- no se concreta en realidad en la cantidad de 500 € con carácter mensual, sino que se estima verdaderamente en la de 1.900 € mensuales; cantidad que no ha de desembolsarse en la actualidad por el obligado como pensión por desequilibrio precisamente porque la percibe la esposa por su trabajo, pero sí habrá de abonarse íntegramente en el caso de que finalice la actual relación laboral, por causa no imputable a ella, sin perjuicio de la posibilidad siempre presente de modificación o extinción posterior de la medida por alteración de las circunstancias que ahora se tienen en cuenta». Se desestima el recurso de casación.

[STS de 24 de septiembre de 2018 \(Roj: STS 3246/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3246\)](#)

Materia: Derecho de familia. Pensión compensatoria por desequilibrio económico establecida en convenio hasta que la beneficiaria obtuviera ingresos. Inexistencia de causa extintiva de la pensión derivada de la conducta de la esposa en relación con el acceso al mercado laboral.

«De lo resuelto por las anteriores sentencias se desprende, como doctrina mantenida por la sala para estos casos, la que sostiene la imposibilidad de aplicar la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestren una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral, circunstancias que no pueden afirmarse como acreditadas en el presente caso en que se trata de una esposa que abandonó su ocupación laboral para dedicarse a la familia y en particular al cuidado de uno de los hijos habidos del matrimonio que requería de cuidados especiales; lo que unido al hecho de que tiene

actualmente unos cincuenta y cinco años de edad -circunstancia que, evidentemente, resta posibilidades de acceso al trabajo salvo que se cuente con una especialización determinada- lleva a considerar que no procede la extinción de la pensión compensatoria y sí su mantenimiento en las condiciones que en su día fueron convenidas». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación.

5.5 Extinción pensión de pago único

[STS de 14 de marzo de 2018 \(Roj: STS 942/2018 - ECLI: ES:TS:2018:942\)](#)

Materia: Modificación de medidas. Extinción de la pensión compensatoria consistente en un pago único para la adquisición de una vivienda.

«[...] ambas partes en el ejercicio de sus propios derechos y obligaciones llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión consistente en una prestación de tracto único, que fue tenida en cuenta en la sentencia de divorcio para el pago de una vivienda que serviría de domicilio a la esposa e hijas, y que configuró una obligación líquida, vencida, exigible e incluso ejecutada en procedimiento de familia 341/2014, seguido ante un juzgado de Talavera de la Reina, con oposición del ejecutado, que fue desestimada. No se configura, por tanto, como un cambio de medidas por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura, sino de un compromiso incorporado a la sentencia que lo configuró como un «derecho de crédito a favor del cónyuge», que se hace efectivo con independencia de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de uno y otro, que no se contemplaban, de acuerdo con el artículo 1255 CC, siendo como era voluntad de los cónyuges garantizar a la esposa e hijas un domicilio. De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, no es posible la extinción de la pensión compensatoria pactada de esta forma, porque en realidad, en dicho pacto, que la sentencia tuvo en cuenta al margen de su ratificación por uno de los cónyuges, como dice la sentencia 9/2018, de 10 de enero, no se contempla realmente el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de las partes». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

5.6 Desequilibrio

[STS de 23 de abril de 2018 \(Roj: STS 1476/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1476\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Desequilibrio. Art. 97 del C. Civil. Tras la fijación de la pensión compensatoria ambos quedan equivalentemente desequilibrados.

«Es notoria la existencia de desequilibrio, si tenemos en cuenta que Dña. C percibe una pensión muy inferior a la de D. M, que ella ha de atender a un hijo con una minusvalía del 43%, que ella tiene una minusvalía del 47%, que el matrimonio duró 47 años y que ella tenía 75 años.

También es cierto que D. Miguel está afectado de una discapacidad del 83%, que le ha compelido a su ingreso en una residencia geriátrica, cuyo coste más la pensión compensatoria que ha de abonar, es similar a su pensión por jubilación, con lo que aparentemente quedaría afectada su liquidez.

Pero como se razona en la sentencia recurrida y argumenta el Ministerio Fiscal, D. M con su estancia en la residencia tiene cubierto el alojamiento, asistencia y manutención, mientras que Dña. C con los 950 euros de pensión compensatoria-pensión asistencial, debe afrontar su manutención y alojamiento, por lo que se llega a la conclusión de que ella no queda en una situación ventajosa, sino más bien dificultosa y comprometida.

Por todo ello, debemos entender que, tras la fijación de la pensión compensatoria ambos no quedan equilibrados sino equivalentemente desequilibrados.

Todo ello sin perjuicio de los ahorros que ambos tienen, por partes iguales y la vivienda o viviendas, que se han de liquidar como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales». Se desestima el recurso

[STS de 15 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3432/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3432\)](#)

Materia: Pensión compensatoria por desequilibrio económico consistente en la atribución el uso de la vivienda familiar.

«Es cierto que la sentencia de primera instancia decidió sobre la pensión compensatoria imputándola al uso de la vivienda -propiedad del esposo- por parte de la esposa y, por tanto, sin establecer una cuantificación económica determinada para dicha pensión, cuando es ese el momento preciso para hacerlo, ya que se ha de tener en cuenta la situación económica y el posible desequilibrio en el momento de la ruptura y no después.

Dicha sentencia no fue recurrida por la esposa en solicitud de que se le asignara una cantidad por pensión compensatoria para el momento en que hubiera de cesar en el uso de la vivienda; de modo que, al resultar modificada dicha sentencia por la Audiencia en el sentido de que la atribución del uso de la vivienda pasa ahora a ser temporal, cabe entender que comporta también la temporalidad de la pensión compensatoria, lo que determina que no se infringe el artículo 97 CC que permite tal reconocimiento por cierto tiempo». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

5.7 Pactos prematrimoniales

[STS de 30 de mayo de 2018 \(Roj: STS 1925/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1925\)](#)

Materia: Pactos prematrimoniales. Renuncia a la pensión compensatoria.

« Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales, son contrarios al orden público. Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público. Es más, los cursos desarrollados por Dña. Gloria , en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (1255 del C. Civil). Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad...

De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. M, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución)». Se desestima el recurso de casación.

5.8 Pago a cargo de terceros

[STS de 21 de junio de 2018 \(Roj: STS 2320/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2320\)](#)

Materia: Divorcio. Pensión compensatoria. Estipulación de abono con cargo a sociedad de titularidad del obligado.

«Como referimos al resolver los motivos primero y segundo de infracción procesal, se ha condenado indebidamente a la sociedad M al pago de la cantidad acordada en el convenio mencionado de 3.400 euros, al no haber sido demandada ni haberlo solicitado la parte actora.

Reconocida la infracción procesal y constituido este tribunal en sala de enjuiciamiento conforme a lo alegado en casación y apelación (disposición final 16.ª, 6.ª y 7.ª de la LEC), debemos declarar que en la demanda y en

el recurso de apelación de la Sra. A se solicitaba la condena del Sr. R al pago de 3.400 euros, no solicitando nunca la condena de la sociedad. Esta petición expresa de la Sra. A, faculta a la sala de casación para analizar la pertinencia de la cantidad solicitada de quien fue su esposo. El pacto por el que los litigantes convinieron el pago de 3.400 euros a la Sra. A es un negocio jurídico de derecho de familia, atípico, no equivalente en su identidad a la pensión compensatoria (art. 1255 del C. Civil) para cuya instauración estaban facultadas las partes (sentencia 233/2012, de 20 de abril), exigible dentro del proceso de divorcio al haberse acordado dentro de «un pacto de convivencia familiar o convenio regulador». En igual sentido la sentencia de esta Sala 134/2014, de 25 de marzo, en un supuesto de pensión compensatoria acordada en convenio regulador, en el cual se acordó por las partes que la pensión se mantendría incluso si la esposa empezaba a trabajar. Establecida la posibilidad de reclamar en base al convenio regulador, debemos concretar que ello no es exigible con respecto a la sociedad, al no haber sido demandada ni haberlo solicitado parte alguna. Sin embargo, sí es posible reclamar al Sr. R en cuanto firmante del convenio regulador, al constar que comparece «en nombre propio y por su derecho», por ello el pacto a) que establece que el pago de los 3.400 euros se hará con cargo a M, sociedad de la que el Sr. R es administrador único y propietario de la totalidad de sus participaciones, solo le vincula a él, y no a la Sra. A, la cual no tiene dominio o control sobre la sociedad, por lo que puede reclamarlo directamente de quien firmó con ella el convenio regulador». Se estima el recurso el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

5.9 Extinción por convivencia marital con otra persona

[STS del Pleno de 18 de julio de 2018 \(ROJ: STS 2736/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2736\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Extinción por convivencia marital con otra persona. Fecha en que se producen los efectos de la extinción.

“Por otra parte, la recurrente se refiere a «modificación de medidas» y aun cuando -en un sentido amplio- cabe entender por «modificación» cualquier alteración que sufran las establecidas por la sentencia que las fija, en un sentido estricto se ha de distinguir entre la simple modificación y la extinción de la medida por haber perdido su razón de ser, como ocurre en el caso de la extinción de la pensión compensatoria. Tal extinción se produce por las causas establecidas en el artículo 101 CC -mientras que a la modificación de la pensión compensatoria se refiere el artículo 100- y son: el cese de la causa que determinó su establecimiento, el hecho de contraer el acreedor nuevo matrimonio o el de - aunque no exista matrimonio- vivir maritalmente con otra persona, lo que se equipara a la situación anterior.

Resulta evidente que la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que -conocida dicha situación- se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción. Ninguna razón existe para concluir que la solución adoptada por la Audiencia en el caso presente, llevando los efectos de la extinción a la fecha de presentación de la demanda, suponga una solución no acorde con el espíritu de la norma pues se ha podido determinar que la situación de convivencia que ha dado lugar a la extinción existía desde el año 2004 - más de diez años antes de la interposición de la demanda- por lo que carece de sentido prolongar más allá del ejercicio del derecho por el demandante la existencia de la obligación de pago de la pensión, cuya extinción podía haberse producido en la práctica mucho tiempo atrás. La razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas -unidas por matrimonio- de una determinada posición económica, lo que da lugar a que -extinguido el vínculo- deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute de instaure de nuevo con otra persona.”

5.10 Modificación de circunstancias por recepción de una herencia

[STS de 17 de octubre de 2018 \(Roj: STS 3528/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3528\)](#)

Materia: Pensión compensatoria. Modificación de medidas.

«Esta Sala ha dicho repetidamente que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (sentencias 864/2010, de 19 enero; 133/214, de 17 de febrero, entre otras). Pero se olvida con frecuencia que estamos en un procedimiento de modificación de medidas en el que se juzga si han cambiado o no las circunstancias que se tuvieron en cuenta para atribuir a uno de los cónyuges una pensión compensatoria. Es cierto que el patrimonio de la esposa se ha incrementado con los rendimientos del local recibido a resultas de la liquidación, pero cierto también que este desequilibrio no ha desaparecido a tenor de los datos que valora la sentencia.

El importe de la pensión ya se revisó en el año 2007 como consecuencia de la jubilación del esposo, pero fuera de este incremento patrimonial las circunstancias siguen siendo las mismas y si se quiere agravada por la edad de la esposa y lo que hace el recurrente es traer a colación lo recibido por la esposa, omitiendo lo suyo. Si compró una vivienda de protección oficial con el dinero recibido es porque no la tenía tras la ruptura y si no tiene posibilidad de acceder a una pensión de jubilación contributiva es por la falta de cotizaciones, y lo que es peor sin posibilidad de recuperar todo

el tiempo dedicado a la familia y a las actividades mercantiles del esposo, algo que al no haberlo hecho el marido le ha permitido recibir una pensión de jubilación de 2.109,58 euros en catorce pagas y disponer además de suficientes recursos económicos que puede, como la esposa, rentabilizarlos.

2. Tampoco la herencia recibida justifica la extinción. Esta sala ha declarado como doctrina jurisprudencial en la interpretación de los artículos 100 y 101 del Código Civil que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción; cosa que no se produce en este caso como declaró la sentencia recurrida que no advirtió, previa valoración de la prueba, que los bienes recibidos «sean aptos para generar ingresos que impliquen una alteración de la fortuna de la esposa o en sus ingresos que sea significativa». Se estima en parte el recurso extraordinario por infracción procesal y se desestima el recurso de casación.

6 CAPACIDAD

6.1 Eficacia contractual y de otros negocios jurídicos

[STS de 10 de enero de 2018 \(Roj: STS 56/2018 - ECLI: ES:TS:2018:56\)](#)

Materia: Eficacia de permuta de inmueble celebrada por el tutor sin autorización judicial pero obtenida posteriormente.

“El mismo resultado de la ratificación del acto al amparo del art. 1259 CC, y que es favorable al interés del menor y de la persona con la capacidad modificada judicialmente y sometida a tutela, puede alcanzarse mediante la aplicación del régimen de la anulabilidad, puesto que es posible la confirmación del acto (art. 1309 CC).

Además, la aplicación del régimen de la anulabilidad a los actos del representante legal sin autorización judicial conduce a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego.

i) En primer lugar, el régimen de la anulabilidad excluye que el otro contratante revoque el contrato. Otra cosa es que, en su caso, si se dan los presupuestos para ello, pudiera impugnar el contrato demostrando el error (o incluso el dolo) que le llevó a contratar con desconocimiento de que fuera precisa una autorización judicial.

ii) En segundo lugar, el régimen de la anulabilidad somete el ejercicio de la acción de impugnación del contrato a un plazo, de manera coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica.

El plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC , que literalmente se refiere a los contratos celebrados por los menores e incapacitados, se computa «desde que salieren de tutela», lo que parece pensar, para las personas con la capacidad modificada judicialmente, en la recuperación de la capacidad.

7.- La aplicación del régimen de la anulabilidad, además de por las razones antedichas, viene respaldada ahora por el tenor del art. 61 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria , que se refiere literalmente a la tramitación del expediente en los casos en que el representante legal «necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición». Aunque se trate de una norma de procedimiento con pretensión de aplicarse en todos los Derechos civiles españoles (disp. final vigésima), entre los que se encuentran el aragonés y el catalán, que expresamente establecen como consecuencia de la falta de autorización necesaria la anulabilidad, el texto refuerza la calificación del acto realizado por el tutor como inválido.

En efecto, partiendo de la «invalidez» (el precepto se refiere a los casos en que se necesite la autorización o aprobación judicial para la «validez» del acto), y descartada la nulidad absoluta por su falta de adecuación a la protección de los intereses de los menores y personas con la capacidad modificada judicialmente, para dar solución a los actos celebrados por el representante legal sin autorización judicial resulta necesario acudir, con las adaptaciones precisas, a la anulabilidad:

i) De una parte porque es el régimen de invalidez al que el legislador ha dotado de la regulación más completa.

ii) De otra parte, y sobre todo, porque por las razones ya expuestas, los criterios aplicables a los contratos celebrados por los propios menores (posibilidad de confirmación y existencia de plazo de impugnación) son los que mejor concilian el interés del menor y del incapacitado y la seguridad jurídica.

iii) Incluso, cabría incluir este supuesto en la literalidad del art. 1301.V CC , pues el precepto se refiere a los «contratos celebrados por los menores o incapacitados»: el representante legal del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente otorga el acto «por» ellos, en su lugar, en sustitución de los representados.

8.- El resultado práctico que se alcanza mediante la aplicación del régimen de anulabilidad, con las adaptaciones señaladas, por lo demás, no es contradictorio con la solución a la que se llegaría si, desde un planteamiento coherente con el papel que el título y el modo juegan en

nuestro ordenamiento en la transmisión de derechos reales, se entendiera que el acto sin previa autorización judicial no es inválido, sino vinculante y obligatorio para las partes, pero es ineficaz como título idóneo para la transmisión del dominio. Ello permitiría su «ratificación» posterior (como dice la sentencia 314/1984, de 21 de mayo, «aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable») pero también la autorización «previa» a la enajenación, considerando entonces que el acto obligacional que sirve de título para la transmisión es válido.

9.- La anulabilidad y la posibilidad de confirmación es compatible también con el control judicial posterior al otorgamiento del acto, lo que excluiría la ulterior acción de impugnación.

En particular, esta sala lo ha admitido cuando en el propio contrato se tiene en cuenta la necesidad de obtener autorización judicial. Así, la sentencia 21/2010, de 16 de febrero, declara:

«El art. 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concurra la autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización, aunque, como en el caso que nos ocupa, dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer».

Con anterioridad, la sentencia 257/2007, de 2 de marzo, llegó a una solución semejante, al considerar razonable la interpretación de que el contrato celebrado era de «compromiso de compraventa», «atendido el contenido de sus cláusulas en una visión sistemática de las mismas, de las que se pone de manifiesto que la intención de los contratantes fue la de diferir la conclusión de la compraventa de los inmuebles al momento en que el padre de los aquí recurrentes hubiese obtenido la pertinente licencia judicial, requisito que los firmantes del contrato conocían ser necesario para la validez de la compraventa a realizar».

Es cierto que el compromiso previo del tutor no garantiza que el juez conceda la autorización o la aprobación pero, en cualquier caso, una vez obtenida, es evidente que se cumple la finalidad perseguida por la norma de que judicialmente se controle la conveniencia del acto de disposición para el interés del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. También cuando en el contrato no se haya establecido nada al respecto...

La aplicación de la doctrina expuesta al caso lleva a entender que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Por lo dicho, resulta correcto declarar que la permuta celebrada por la tutora sin previa autorización judicial no es nula de pleno derecho ni inexistente y que la autorización judicial obtenida después de la celebración del contrato impide que prospere una impugnación posterior.”

[STS de 15 de marzo de 2018 \(Roj: STS 846/2018 - ECLI: ES:TS:2018:846\)](#)

Materia: Nulidad matrimonial por falta de capacidad para emitir el consentimiento por discapacidad intelectual.

«Puesto que esta sala no tiene razones para sospechar del incorrecto ejercicio de las funciones tutelares ni de las funciones de supervisión y control que incumben al Juez y al Ministerio Fiscal, no le cabe duda de que si se hubiera apreciado abuso o manipulación por parte de la demandada o se hubiera considerado que el matrimonio no era válido por falta de consentimiento de D. X, esa situación no se hubiera permitido, en debido cumplimiento de las exigencias que derivan de nuestro Derecho interno, reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por todo lo dicho, la sala considera que, en aras del principio del favor matrimonii, debe concluirse afirmando la aptitud de D. X para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por D. X desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». Se estima el recurso de casación.

[STS del Pleno de 15 de marzo de 2018 \(Roj: STS 936/2018 - ECLI: ES:TS:2018:936\)](#)

Materia: Sucesiones. Capacidad para otorgar testamento por quien, según la sentencia que limita su capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. La limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador no comprende los actos de disposición mortis

causa y para apreciar su validez debe estarse a la capacidad del testador en el momento del otorgamiento.

«1.ª) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC), ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

2.ª) De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

3.ª) Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

4.ª) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

5.ª) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC).

6.ª) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio).

QUINTO.- La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial. De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede

interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes». Se desestima el recurso de casación.

6.2 Institución tutelar adecuada

[STS de 7 de febrero de 2018 \(Roj: STS 310/2018 - ECLI: ES:TS:2018:310 \)](#)

Materia: Modificación de la capacidad. Alcance. Compatibilidad del régimen de tutela con la limitación parcial del alcance de la capacidad.

«La ahora recurrente [...] presenta un diagnóstico de retraso intelectual leve de evolución crónica e irreversible, con dificultades de gobierno en el área económico-jurídico-administrativa, a excepción del manejo de dinero de bolsillo, para las disposiciones contractuales, conducción de vehículos y uso de armas, precisando supervisión para el cuidado de su salud y para actividades instrumentales cotidianas; conservando la capacidad para la higiene personal y el vestido, manejo de dinero y para discernir y emitir el voto.

2. La adecuación de nuestro sistema de tutela y curatela como respuestas legislativas ante la limitación parcial del alcance de la capacidad, ha sido analizada en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, a la que se opone la sentencia, en cuanto de la adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil, en una interpretación acorde a la Convención de Nueva York , la tutela corresponde a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela a supuestos como el que aquí se enjuicia en el que la sentencia refiere una limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal), y en ningún caso una situación de discapacidad total que justificaría el sometimiento a la tutela».

[STS de 6 de marzo de 2018 \(Roj: STS 709/2018 - ECLI: ES:TS:2018:709\)](#)

Materia: Juicio de capacidad e institución tutelar adecuada.

«La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida , que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué

punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda (Sentencia 341/2014, de 1 de julio) ».

2. Esto es lo que ha hecho la sentencia a partir de una correcta valoración de la prueba, tanto de la practicada en la primera instancia, como en la segunda, razón por la que debe mantenerse en el aspecto relativo a la modificación de la capacidad de don Fructuoso. Lo que no se mantiene es el grado de discapacidad, que resulta excesivo y desproporcionado, pues le priva innecesariamente de capacidad para actuar por sí mismo en ámbitos que van más allá de los cuidados médicos, nombrándole un tutor en lugar de un curador, al que se refiere en algún momento la sentencia, en cuanto que la privación de capacidad no afecta esencialmente a la representación personal y patrimonial de don Fructuoso, y es posible adaptar este sistema de guarda legal a la curatela, con el que va estar más protegido especialmente en lo referente a la herencia de su padre, sobre lo que muestra una especial preocupación.

«La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas», mientras que «La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse» (sentencias 298/2017, de 16 de mayo; 530/2017, de 27 de septiembre)». Se estima en parte el recurso de casación.

[STS de 7 de marzo de 2018 \(Roj: STS 732/2018 - ECLI: ES:TS:2018:732\)](#)

Materia: Determinación de la capacidad jurídica. Curatela. La *reformatio in peius* y la *incongruencia extra petita* en los procesos sobre incapacitación.

«Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo de 2006, recurso n.º 2915/1999, 1 de diciembre de 2006, recurso n.º 445/2000, 21 de junio de 2007, recurso n.º 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una *reformatio in peius* o reforma peyorativa que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por *incongruencia extra petita* [más allá de lo pedido] (SSTS de 17 de abril de

2007, recurso n.º 1007/2000. STS 24 de marzo de 2008, recurso n.º 100/2001).

4.- Sin embargo, en procedimientos como el presente no podemos olvidar su especial naturaleza, ya que la principal función que tienen en ellos los tribunales es velar por los derechos de las personas demandadas, de forma que solo se limiten, aquellos derechos en la medida que sea para su protección.

Consecuencia de lo anterior es que la ampliación de apoyos a la persona con discapacidad, si es para su mejor protección, no puede calificarse de perjudicial para ella, pues los tribunales que conocen del litigio, por vía del recurso, deben tener como guía ese interés de protección del incapaz y revisar si, en ese orden, la resolución que se somete a su revisión se ha excedido, por innecesaria, en la protección, o en su caso, existen ámbitos no protegidos y que deben estarlo en beneficio del incapacitado parcialmente.[...]

Se aprecia que, en aras al fin de protección que se persigue de la persona con discapacidad, se flexibiliza el procedimiento ordinario en relación con la doble instancia, pues (STS 373/2016, de 3 de junio) «para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución».

Se trata de lo que la sala ha calificado de un traje o trajes a medida y «ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima parcialmente el recurso de casación

[STS de 15 de junio de 2018 \(Roj: STS 2191/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2191\)](#)

Materia: Modificación de la capacidad. Curatela en vez de tutela. No se limita la capacidad para los actos mortis causa.

«La sentencia 124/2018, de 7 de marzo, con sustento en numerosas sentencias precedentes, sostiene que «[...]la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención,

por la curatela (SSTS de 20 octubre 2014; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 13 de mayo de 2015, entre otras), en el entendimiento (STS 27 noviembre de 2014) que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad [...]

De ahí, que se considere estimar este extremo del motivo para que la sentencia se acomode a la doctrina de la sala.

3.- No se extenderá la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador, según se ha pronunciado la sala en la sentencia 597/2017, de 8 de noviembre». Se estima parcialmente el recurso de casación.

[STS de 18 de julio de 2018 \(Roj: STS 2805/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2805\)](#)

Materia: Modificación de la capacidad. Autotutela.

«[...] la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada. Como expresa la sentencia 341/2014, de 1 de julio, que reiteran la 635/2015, de 19 de noviembre de 2015 y la 596/2017, de 8 de noviembre, entre otras, las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado.

El interés superior del discapaz -sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado.

Este beneficio no lo encuentra en su hermano Fernando y la sentencia no adolece de falta de motivación cuando le excluye como tutor a pesar de

haber sido designado por la persona sometida a protección. Lo que hace es proteger a quien discrepa de esta solución procurando que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, conforme al artículo 12.4 de la Convención». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

6.3 Requisito de persistencia

[STS de 21 de junio de 2018 \(Roj: STS 2319/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2319\)](#)

Materia: Modificación de la capacidad. Requisito de persistencia del art. 200 CC.

«La sentencia núm. 683/1999, de 26 julio, citada por la parte recurrente se remite a la doctrina sentada por la de 1 de febrero de 1986, la cual no consideró obstáculo para la aplicación del artículo 200 CC el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Añade que «en suma, lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3.º CC) ».

En cuanto a la necesidad de que la persistencia de la anomalía impida el autogobierno de la persona, se afirma asimismo en la STS 282/2009, de 29 de abril [...]

El hecho de que sea posible la mejora de la situación de la recurrente no afecta a la declaración de incapacidad atendiendo a las circunstancias actuales, si bien el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida». Se desestima el recurso de casación.

6.4 Prórroga de la patria potestad

[STS de 27 de junio de 2018 \(Roj: STS 2493/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2493\)](#)

Materia: Prórroga de la patria potestad de un hijo discapacitado de padres divorciados.

«El interés superior del discapaz es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado (sentencias 635/2015, de 19 de noviembre; 373/2016, de 3 de junio).

4. Este interés viene referido a un hijo de 23 años de edad en la actualidad, que convive con su madre desde los siete años, lo que hace inviable un sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad, que no resultaría beneficioso a F, en cuyo beneficio se actúa, tal y como ha valorado la sentencia de instancia teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades concretas del hijo, básicas para el normal desarrollo de la vida que afectan a diversos ámbitos afectivo, social, asistencias, sanitario y patrimonial, y que pudieran verse comprometidas en el ejercicio de la medida adoptada por la falta de comunicación y entendimiento desde hace tiempo entre los progenitores». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

7 FILIACIÓN

7.1 Orden de los apellidos /supresión apellidos

[STS de 17 de enero de 2018 \(Roj: STS 47/2018 - ECLI: ES:TS:2018:47\)](#)

Materia: Filiación. Orden de los apellidos. Se mantiene en primer lugar el apellido materno cuando así se estableció en el momento de la inscripción por falta de determinación de la paternidad. No se aprecia que el interés del menor deba dar lugar a un cambio de orden una vez determinada.

«Es por ello el momento de la inscripción en el Registro Civil el que exige la fijación del orden de los apellidos paterno y materno, de modo que -si sólo está determinada la filiación materna- se impondrán lógicamente los apellidos de la madre. El hecho de que posteriormente se determine la filiación paterna, de modo voluntario o mediante demanda de paternidad, no ha de implicar por sí el cambio en el orden de los apellidos para hacer figurar en primer lugar el del padre, salvo que se acredite que ello favorece

el interés del menor, ya que en caso de proceder así necesariamente –en caso de desacuerdo- se atentaría contra el principio de igualdad a que se refiere la anterior Exposición de Motivos». Se estima el recurso de casación

[STS de 20 de febrero de 2018 \(Roj: STS 568/2018 - ECLI: ES:TS:2018:568\)](#)

Materia: Filiación. Orden de los apellidos en supuesto de reconocimiento de paternidad extramatrimonial.

«Aunque las sentencias de las instancias las desconocen, o al menos no las citan, lo cierto es que la sala, como recoge la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad reconocida en procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero.

3.- Recientemente así se recogía, como ratio decidendi, en la sentencia 658/2017, de 1 de diciembre, que afirma:

En concreto remite a ella la sentencia 621/2015 de 12 de noviembre, siguiendo el discurso lógico de aquella, en los siguientes términos: [...]

»Para salir al paso de esa posible inducción a error se dictó la sentencia de pleno 659/2016, de 10 de noviembre, en la que se puntualiza que « la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

Precisamente por no constar ese beneficio, siempre bajo el interés superior del menor, es por lo que procede la estimación del recurso.»

4.- Precisamente es lo que sucede en el supuesto que se enjuicia y, por ende, procede estimar el recurso de casación.

No obstante, se ha de estar a la petición subsidiaria, pues la de mantener solo los apellidos de la madre no puede acogerse por los mismos argumentos que emplea la sentencia recurrida para desestimarla». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima parcialmente el recurso de casación.

[STS de 7 de marzo de 2018 \(Roj: STS 813/2018 - ECLI: ES:TS:2018:813\)](#)

Materia: Filiación. Reclamación de paternidad extramatrimonial. Orden de los apellidos del hijo.

«la sala se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de febrero, pudiendo citarse como reciente la 658/2017, de 1 de diciembre.

En la doctrina que declaran se destaca (STS. 15/2016, de 1 de febrero) que lo relevante no es deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil.

3.- Para salir al paso de que solo se justifica el cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad no sea tardía, se dictó sentencia de pleno 659/2016, de 10 de noviembre en la que se puntualiza que «la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor».

A la hora de llevar a cabo los tribunales tal valoración se debe tener en cuenta que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona»

La parte recurrente hace descansar el beneficio en que su hija matrimonial y la extramatrimonial tendrían el mismo apellido y ello facilitaría el óptimo desarrollo de la personalidad de la segunda.

La sala, teniendo en cuenta la notable diferencia de edad de ambas, necesitaría apoyo de informes periciales "ad hoc" que le ilustrasen sobre ese beneficio, pues no existe más que la opinión del recurrente.

En defecto de informes de tal naturaleza no puede aventurarse a admitir la existencia de un beneficio que ignora». Se desestima el recurso

[STS de 9 de mayo de 2018 \(Roj: STS 1625/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1625\)](#)

Materia: Reclamación de filiación paterna extramatrimonial. Orden de los apellidos tras la declaración de filiación, existiendo desacuerdo entre los progenitores. Doctrina jurisprudencial. Interés del menor (beneficio del cambio de orden de los apellidos).

“1.- La sentencia recurrida reconoce, con acierto, que la cuestión nuclear es el interés superior del menor, con cita, también acertada, de la doctrina de esta sala.

2.- En efecto, la sala se ha pronunciado sobre el orden de los apellidos de un menor, existiendo desacuerdo de los progenitores, en caso de paternidad no matrimonial, a partir de la sentencia 76/2015, de 17 de

febrero , pudiendo citarse como reciente la 658/2017, de 1 de diciembre . En la doctrina que declaran se destaca (STS. 15/2016, de 1 de febrero) que lo relevante no es deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento del menor, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible de ese menor al día de hoy respecto al cambio de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil.

3.- Para salir al paso de que solo se justifica el cambio de apellidos cuando la reclamación de paternidad no sea tardía, se dictó sentencia de pleno 659/2016, de 10 de noviembre en la que se puntualiza que «la interrogante que hemos de responder en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor». A la hora de llevar a cabo los tribunales tal valoración se debe tener en cuenta que «es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona»

4.- Si atendemos a los razonamientos de la sentencia recurrida se puede predicar una conducta noble y recta del padre en orden a reconocer a su hijo menor y a relacionarse con él, y un cierto reproche a la madre a la hora de no propiciar ese reconocimiento y comunicación, pero esta sala, y de ahí que estime el recurso siguiendo su doctrina, no atisba ningún argumento que justifique cual sea el beneficio del menor con el cambio del orden de los apellidos, si se le suprimiese el primero que viene usando desde la inscripción de su nacimiento.

En supuestos análogos se ha pronunciado la sala en las sentencias 299/2017 de 16 de mayo y 130/2018 de 7 de marzo .”

[STS de 14 de febrero de 2018 \(Roj: STS 3155/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3155\)](#)

Materia: Reclamación de filiación paterna no matrimonial. La conformidad sobre los apellidos del menor solo puede venir referida a su orden y no a la supresión de los de un progenitor, pues ello, en principio, iría en contra de la previsión legal y del interés del menor.

«De la normativa citada y preámbulo que le antecede se colige lo siguiente:
(i) Que el derecho de la personalidad del nacido exige como elemento de su identidad que aparezca inscrito con nombre y apellidos.

Que los apellidos vienen determinados por la filiación.

(ii) Que en la determinación de su orden se han de ponderar y aplicar dos derechos de especial relevancia, el de igualdad por razón de sexo y el de interés superior del menor.

4.- Si ello se traslada al caso de autos la conclusión es que la conformidad inicial -demanda y contestación- sobre los apellidos solo puede venir referida a su orden y no a la supresión de los de un progenitor, pues ello, en principio, iría en contra de la previsión legal y del interés del menor. Tal interés y la normativa aplicable aparece amparado por la sentencia recurrida y, de ahí que el motivo se desestime, pues ha aplicado el artículo 109 CC y no aprecia de aplicación el art. 111 CC». Se estima el recurso de casación.

7.2 Conflicto internacional de leyes

[STS del Pleno de 17 de abril de 2018 \(Roj: STS 1281/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1281\)](#)

Materia: Filiación. Competencia judicial y ley aplicable. Ejercicio por español de acción de reclamación de paternidad extramatrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial de menor que reside en el extranjero. Derecho transitorio.

«El art. 9.4 CC establece un régimen de conexiones en cascada que tiene en cuenta si la primera conexión «no permite el establecimiento de la filiación» para acabar llamando a la ley sustantiva española. Este criterio fue el seguido por la sentencia del Juzgado en el presente caso: dando por supuesto que la nacionalidad del menor era también la suiza (lo que resulta correcto, puesto que, a la vista de los hechos probados, aunque fuera cierto que también tiene la española, la suiza es la única que ostenta, sin que proceda una aplicación automática del art. 9.9 CC) y que, por lo dicho, la ley suiza no permitiría estimar la demanda, consideró aplicable la ley española. [...]

A juicio de esta sala, para acabar dando entrada a la ley sustantiva española no es suficiente con que la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley de la nacionalidad del menor conduzcan a una desestimación de la demanda por haber sido interpuesta fuera de plazo, pues en tal caso no se trata de que la ley «no permita» establecer la filiación, sino de que no se ha ejercido por el demandante conforme los presupuestos que el derecho aplicable ha previsto para ello. Únicamente cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento procederá la llamada a la ley sustantiva española (por ejemplo, por impedir el ejercicio judicial de acciones de filiación, o por prohibir la investigación de la paternidad, o desconocer la filiación fuera de matrimonio).

No es el caso de la ley suiza aplicable, que establece un plazo de un año (como, por lo demás, hace el art. 133.2 CC español, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) a contar desde el momento en que el demandante se enteró de que el reconocimiento ha tenido lugar y que su autor no es el padre y permite que el propio hijo ejercite la acción en el año siguiente a haber alcanzado la mayoría de edad. La legitimación para impugnar, pero sujeta a límites, incluidos los temporales, supone una ponderación de los principios e intereses en juego, como el descubrimiento de la verdad biológica, la tutela judicial efectiva, la estabilidad de la situación del hijo y, sobre todo, el prevalente interés del menor, lo que en modo alguno es incompatible con nuestro sistema». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

[STS del Pleno de 17 de abril de 2018 \(Roj: STS 1282/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1282\)](#)

Materia: Filiación. Ley aplicable. Acción de reclamación de filiación ejercitada por mayor de edad de nacionalidad francesa antes de la entrada en vigor de la reforma del art. 9.4 CC operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

«La aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos. Resulta razonable que la ley nueva se aplique de manera inmediata no solo al contenido de la filiación sino también a su propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad no impide al juez aplicar la ley nueva, salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior.

En atención a la existencia de diversas instancias judiciales, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes cuando la conexión no guardara relación con los sujetos litigantes (lo que en el caso, por lo demás, no sucede: el demandante y los demandados residen en España y en la demanda se invocó el derecho español), parece razonable añadir que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia. Esta solución lógica es, por lo demás, la que de manera expresa consagra en derecho comparado el derecho internacional privado

transitorio suizo (art. 198 de la Loi fédérale sur le droit international privé de 18 de diciembre de 1987).

Por lo demás, esta interpretación es coherente con lo que hubiera resultado de un comportamiento avisado del demandante. Producido un cambio legal durante el procedimiento, en el caso que nos ocupa, en el que el cambio legislativo tuvo lugar después de la presentación de la demanda, bastaría con un desistimiento de la acción ejercitada y la promoción por el actor de un nuevo juicio para que el asunto se resolviera con arreglo a la nueva ley (arts. 751.2.1.º y 20.2 y 3 LEC), lo que a todas luces muestra que en el presente caso la aplicación rigurosa de la norma vigente cuando se presentó la demanda carecería de buen sentido.

7.- Puesto que, en el presente caso, cuando entró en vigor la nueva redacción del art. 9.4 CC (el 18 de agosto de 2015) la acción de reclamación interpuesta por el demandante estaba pendiente de decidirse en primera instancia, debe ser resuelta con arreglo al citado precepto, que establece como ley aplicable la de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación que, según se ha dicho, es la española». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

7.3 Posesión de estado

[STS de 9 de mayo de 2018 \(Roj: STS 1617/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1617\)](#)

Materia: Filiación. Acción de reclamación de paternidad ejercitada al amparo del art. 131 CC por presuntos nietos contra el presunto abuelo tras el fallecimiento del padre de los demandantes y presunto hijo del demandado. Posesión de estado de la filiación. Legitimación.

«Puesto que en el presente caso la acción ejercitada es la del art. 131.I CC, la reclamación de la filiación debe estar fundada en que esta es la filiación manifestada por la constante posesión de estado. En ausencia de posesión de estado la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación no matrimonial, como sería en el caso, vendría determinada por lo dispuesto en el art. 133 CC, que atribuye la acción al hijo durante toda su vida y a sus herederos, para el caso de que fallezca antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrar la capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. En consecuencia, a falta de posesión de estado, los demandantes, hijos del presunto hijo del demandado, carecen de legitimación». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

7.4 Plazo de ejercicio en caso de ausencia posesión de estado

[STS de 18 de julio de 2018 \(Roj: STS 2830/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2830\)](#)

Materia: Filiación. Reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado e impugnación de la paternidad legalmente determinada. Aplicación del plazo de un año para el ejercicio de la acción cuando la demanda se interpone tras la entrada en vigor de la reforma del art. 133.2 CC operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

« La sentencia recurrida rechaza que sea aplicable el plazo de un año para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado que establece el art. 133.2 CC porque la niña cuya paternidad reclama el demandante nació antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

2.- Esta sala considera, por el contrario, que cuando se interpuso la demanda de reclamación de la filiación, la nueva redacción del art. 133 CC estaba en vigor, por lo que era aplicable y, puesto que había transcurrido un año desde que el actor pudo conocer el nacimiento de la niña, la demanda debe ser desestimada.

El criterio de la sala se apoya en las siguientes razones:

1.ª) La Ley 26/2015, que reconoció legalmente la legitimación activa del progenitor biológico, tal y como con anterioridad había venido haciendo la doctrina de esta sala, somete la acción al plazo de un año desde el conocimiento de los hechos en que se base la reclamación. El legislador asume así la necesidad de establecer un límite a la acción del progenitor en aras de guardar un equilibrio entre los valores constitucionales y los intereses en presencia, tal y como había reclamado el Tribunal Constitucional (sentencias 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero) y esta sala en sentencia 707/2014, de 3 de diciembre.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador debía ponderar los valores constitucionales involucrados reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), pero guardando la necesaria proporcionalidad con la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. El legislador ha considerado que ese equilibrio se alcanzaba mediante la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción, algo que, como el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado, no supone per se una vulneración de los arts. 6 (derecho a un proceso equitativo), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

2.ª) La aplicación del plazo de un año previsto en el art. 133.2 CC a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor no comporta la retroactividad de una ley. La imprescriptibilidad de la acción no estaba

declarada en norma alguna y fue resultado de una interpretación jurisprudencial. [...]

3.ª) El propio legislador ha considerado innecesario establecer en este caso una transitoria específica, a diferencia de lo que ha hecho en reformas recientes en las que ha modificado el plazo de ejercicio de una acción (así, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, contiene una disposición transitoria específica para la reducción del plazo general previsto para las acciones personales, mediante remisión a la transitoria contenida en el art. 1939 CC, lo que comporta que, en este caso, opera la prescripción si todo el tiempo exigido por la reforma transcurre después de su entrada en vigor).

4.ª) La Ley 26/2015 no contiene una disposición transitoria que se ocupe expresamente de la aplicación de la nueva norma contenida en el art. 133.2 CC a las demandas de reclamación de la filiación de nacidos con anterioridad a su vigencia». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

8 DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

8.1 Reconocimiento de resolución extranjera

[STS de 19 de julio de 2018 \(Roj: STS 2832/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2832\)](#)

Materia: Restitución de una menor a su país de origen (Hungría) en reconocimiento y ejecución de resolución de un tribunal de Budapest. Audiencia a la menor.

«Según el artículo 21.1 del Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno» y que entre las causas de denegación de resoluciones en materia de responsabilidad parental en el apartado b) artículo 23 están las que «se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido», supuesto que tuvo en cuenta la sentencia del juzgado para desestimar el reconocimiento interesado y con él la ejecución de la medida dictada por el Tribunal de la Capital, Budapest, en fecha 4 de mayo de 2016, sobre el cual debe centrarse el debate.

2. En lo que aquí interesa supone que no se tendrán en cuenta para resolver aquellas circunstancias que la sentencia recurrida ha excluido por extemporáneas como la concurrencia de causa de no restitución de los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; el pretendido arraigo de la menor en España deducida del hecho de estar matriculada en un Colegio en Mallorca o que se ha ocultado información sobre el estado de los procedimientos en Hungría, sin justificar la firmeza de las resoluciones, cuando no se invocó

en primera instancia como motivo de oposición a la ejecución de la misma en el Estado de origen, teniendo en cuenta que «la ejecutividad en España del auto de los Tribunales Húngaros no deviene de su eventual carácter de firme en el Estado de origen, sino del hecho de ser ejecutiva en dicho Estado de origen, lo que fue considerado como tal en el decreto de admisión a trámite de la demanda a partir del hecho de que en la propia resolución se exponía que contra ella no cabía recurso».

Y por lo mismo se excluye también la pretensión del Ministerio Fiscal de que se deje sin efecto la solución interesada por el Estado requirente que decidió sobre la medida a partir de la integración de la menor en el medio actual, que va allá de lo que ha sido objeto de debate en ambas instancias sobre el interés de la menor derivado de la falta de audiencia en el marco de una relación jurídica en la que se interfiere un elemento de extranjería vinculado a los países de la Unión Europea, y no de un problema de custodia en el ámbito del derecho interno.

3. Aunque la hija común no haya sido oída por el órgano jurisdiccional húngaro, ello no viola ningún principio esencial del Derecho procesal español, como Estado miembro requerido. La resolución ejecutiva del Tribunal Húngaro designa Hungría como lugar de residencia habitual de la hija y se dicta en un procedimiento que dio lugar a un pronunciamiento de urgencia derivado del traslado irregular de la menor por la madre a España, teniendo en ese momento la niña 9 años de edad, lo que conforme al Reglamento y a nuestro derecho, no es obligatorio (art. 159 del Código Civil)». Se desestima el recurso de casación.

8.2 Derecho de visitas de abuelos

[STJUE de 31 de mayo de 2018, Asunto C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359.](#)

Materia: Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia civil — Reglamento (CE) n.º 2201/2003 — Ámbito de aplicación — Concepto de “derecho de visita” — Artículo 1, apartado 2, letra a), y artículo 2, puntos 7 y 10 — Derecho de visita de los abuelos»

“El concepto de «derecho de visita» del artículo 1, apartado 2, letra a), y del artículo 2, puntos 7 y 10, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que incluye el derecho de visita de los abuelos a sus nietos.”

8.3 Residencia habitual de los lactantes

[STJUE de 28 de junio de 2018, C-512/2017, ECLI:EU:C:2018:513](#)

«Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia civil — Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental — Reglamento (CE) n.º 2201/2003 — Artículo 8, apartado 1 — Residencia habitual del menor — Lactante — Circunstancias determinantes para establecer el lugar de dicha residencia»

“El artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 debe interpretarse en el sentido de que la residencia habitual del menor, en el sentido de este mismo Reglamento, corresponde al lugar en que se sitúa, en la práctica, su centro de vida. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar dónde estaba situado tal centro de vida cuando se interpuso la demanda relativa a la responsabilidad parental respecto del menor, sobre la base de un abanico de elementos concordantes. A este respecto, en un asunto como el del litigio principal, habida cuenta de los hechos establecidos por dicho órgano jurisdiccional, constituyen, conjuntamente, circunstancias determinantes:

- el hecho de que el menor haya residido, desde su nacimiento hasta la separación de sus padres, generalmente con ellos en un lugar determinado;*
- la circunstancia de que el progenitor que ejerce, desde la separación de la pareja, la guarda y custodia del menor en la práctica siga residiendo a diario con este y ejerza en ese lugar su actividad profesional, en una relación laboral por tiempo indefinido, y*
- el hecho de que el menor mantenga, en dicho lugar, un contacto regular con su otro progenitor, que sigue residiendo en ese mismo lugar.*

En cambio, en un asunto como el del litigio principal, no se pueden considerar circunstancias determinantes:

- las estancias que el progenitor que ejerce en la práctica la guarda y custodia del menor ha efectuado, en el pasado, con este, en el territorio del Estado miembro del que es nacional dicho progenitor en el marco de sus permisos parentales o períodos festivos;*
- los orígenes del progenitor de que se trata, los vínculos de índole cultural del menor respecto a dicho Estado miembro derivados de tales orígenes y sus relaciones con su familia residente en dicho Estado miembro, y*
- la eventual intención de dicho progenitor de establecerse con el menor, en el futuro, en ese mismo Estado miembro.”*

8.4 Matrimonio entre personas del mismo sexo

[STJUE de 5 de junio de 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385](#)

«Procedimiento prejudicial — Ciudadanía de la Unión — Artículo 21 TFUE — Derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros — Directiva 2004/38/CE — Artículo 3 — Beneficiarios — Miembros de la familia del ciudadano de la Unión — Artículo 2, punto 2, letra a) — Concepto de “cónyuge” — Matrimonio entre personas del mismo sexo — Artículo 7 — Derecho de residencia por más de tres meses — Derechos fundamentales»

“1) *En una situación en la que un ciudadano de la Unión ha hecho uso de su libertad de circulación, desplazándose y residiendo de forma efectiva, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CE, en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional, y ha desarrollado o consolidado en esas circunstancias una convivencia familiar con un nacional de un tercer Estado del mismo sexo, al que está unido por un matrimonio legalmente contraído en el Estado miembro de acogida, el artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional denieguen la concesión de un derecho de residencia en el territorio de dicho Estado miembro al nacional de un tercer Estado debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo.*

2) *El artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, el nacional de un tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con este en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado tiene derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional. Este derecho de residencia derivado no podrá estar sujeto a requisitos más estrictos que los establecidos en el artículo 7 de la Directiva 2004/38.”*

9 CUESTIONES PROCESALES y DE CARÁCTER GENERAL

9.1 Competencia funcional y pensión compensatoria

[STS de 7 de febrero de 2018 \(Roj: STS 309/2018 - ECLI: ES:TS:2018:309\)](#)

Materia: Competencia funcional: Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Pensión compensatoria.

«En realidad, bajo la denuncia de falta de competencia funcional, lo que interesa la parte recurrida es que se inadmita el recurso de casación formulado porque «no se expresan ni identifican con claridad en el encabezamiento del recurso» las normas que se dicen infringidas: artículos 97 y 100 del CC, y porque estas normas «no fueron invocadas en la demanda, cuya fundamentación jurídica hizo propia la hoy recurrente», «ni es la norma aplicada por la Sentencia dictada por la Audiencia provincial, que a lo largo de su fundamentación jurídica se refiere a la legislación catalana y la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña». [...]

La sentencia recurrida se argumenta sobre la base de una institución propia del Código Civil de Cataluña, como es prestación compensatoria (artículo 233-14), interpretada por dos sentencias del TSJ de Cataluña de 19 de mayo y 27 de noviembre de 2014, con el refuerzo interpretativo de la sentencia de esta sala de 24 de noviembre de 2011, sobre las atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial, incluida en el citado código como uno de los factores a tener en cuenta para la determinación de la cuantía y duración de esta prestación compensatoria (artículo 233-15 a).

Y el recurso que ahora se formula, además de adolecer de defectos formales evidentes en cuanto a la cita de las normas infringidas, y de desarrollarse como un escrito de alegaciones, trae a colación una normativa y una jurisprudencia que no ha podido ser infringida porque no ha sido aplicada por la resolución recurrida».

9.2 Procedimiento para reclamar indemnización art. 1438 Ccivil

[STS de 20 de febrero de 2018 \(Roj: STS 501/2018 - ECLI: ES:TS:2018:501\)](#)

Materia: Indemnización del art. 1438 del Código Civil. Procedimiento para solicitarla. Posibilidad de instarla en el procedimiento de separación o divorcio. Se anula la sentencia recurrida, para que se pronuncie, dado que entendió que la acción del art. 1438 del C. Civil, no podía ejercitarse en el procedimiento de divorcio.

“[...] la acción relativa al art. 1438 del C. Civil, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el

demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC, no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario pero sí posible.

La pretendida complejidad de la determinación de la indemnización del art. 1438 del C. Civil, no es justificación suficiente, pues en el propio juicio verbal se dilucidan cuestiones tan trascendentes como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos y la pensión compensatoria, lo cual exige una amplia prueba sobre la capacidad económica”

9.3 Eficacia de convenio regulador no ratificado

[STS de 7 de noviembre de 2018 \(Roj: STS 3739/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3739\)](#)

Materia: Derecho de familia. Divorcio. Convenio regulador no ratificado y aportado al procedimiento contencioso. Eficacia.

«[...] el convenio regulador de fecha 6 de octubre de 2015, al no haber sido ratificado por el Sr. O, carece de eficacia jurídica para formar parte del proceso de divorcio de mutuo acuerdo y, por ende, para quedar integrado, tras su homologación, en la resolución judicial con toda la eficacia procesal de fuerza ejecutiva que ello conlleva.

Pero ello no empece a que se califique eficaz, como negocio jurídico, y válido.

De forma, que si con esta última calificación se aporta el convenio al proceso contencioso, seguido al frustrado de mutuo acuerdo, no podrá recibir el mismo tratamiento vinculante que en éste, en el que sólo el tribunal puede formular reparos si, ante la gravedad de lo acordado en contra de un cónyuge, entrevé un vicio del consentimiento (art. 777 LEC en relación con el art. 90 CC), pero tampoco podrá, como afirma la sentencia recurrida, ser tratado como un simple elemento de negociación.

Se trata en este caso de un acuerdo de naturaleza contractual, con las posibles consecuencias contempladas en el art. 1091 CC.

Por tanto, una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del art. 1255 CC, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del art. 1265 CC, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio.

Algún tribunal ha criticado que se predique con automatismo idéntica eficacia vinculante cuando el convenio se vincula desde su inicio a una

petición consensual de separación o divorcio, que resulta finalmente frustrada por no ser ratificado el convenio, que cuando este se ratifica. Si así fuese, se dice, sería intrascendente, salvo en sus consecuencias procesales, la ratificación o no del convenio, pues el mismo vincularía la decisión judicial en el ulterior procedimiento contencioso.

Sin embargo, como acabamos de exponer, tal automatismo no existe y el tratamiento jurídico es notoriamente diferente.

Lo que no es posible, en contra de la jurisprudencia de la sala, ampliamente reseñada, es negarle su naturaleza de negocio jurídico familiar, como expresión del principio de la autonomía de la voluntad». Se estima el recurso de casación.

10 OTRAS CUESTIONES: PATRIA POTESTAD, ACOGIMIENTO FAMILIAR, GUARDA DE HECHO, LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

10.1 Patria potestad

[STS de 23 de febrero de 2018 \(Roj: STS 965/2018 - ECLI: ES:TS:2018:965\)](#)

Materia: Privación de patria potestad. Recurso extraordinario por infracción procesal. Nulidad de la sentencia por falta de motivación.

«Se aprecia que la parte actora, al formular el recurso de apelación, insiste en la referida desatención personal del padre hacia el hijo, pero sin plantear ni razonar el error en la valoración de la prueba de la sentencia de la primera instancia sobre tal extremo, por lo que, la sentencia recurrida venía obligada a tener como probado lo sentado por aquella o, en su caso, motivar porque imputa la falta de comunicación entre hijo y padre solo y exclusivamente a la conducta de éste.

El otro hecho ratio decidendi de la sentencia de apelación, consiste en la falta de abono puntual por el padre de sus obligaciones alimenticias.

Destaca que el padre fue condenado por delito de abandono de familia por tal motivo, pero obvia que, a partir de la sentencia de 21 de noviembre de 2013 sobre modificación de medidas, en la que se redujo la pensión a 280 € mensuales, el demandado comenzó a efectuar pagos en mayo de 2012 por importe de 150 € mensuales desde enero de 2014 de 280 €, de forma regular y conforme a lo establecido en la última sentencia.

Conocer por qué éstas circunstancias no se valoran, a efectos de considerar grave el incumplimiento de su obligación, supone una relevante falta de motivación, sobre todo si se atiende a la sentencia de la sala 621/2015, de 9 de noviembre, citada precisamente por la actora en su recurso de apelación, que establece las circunstancias que justifican una sanción tan grave como es la pérdida de la patria potestad y la necesidad de valorar

la singularidad de cada supuesto, lo que supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada.

Finalmente cabe destacar que, en aras al interés del menor, era necesario que la sentencia recurrida valorara lo que a tal fin contiene el informe del equipo psicosocial y, sin embargo, lo obvia completamente». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal

10.2 Acogimiento familiar

[STS de 3 de julio de 2018 \(Roj: STS 2550/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2550\)](#)

Materia: Acogimiento familiar por la abuela.

«Entre los principios rectores que establece el art. 1b.2 LO 1/1996 para los poderes públicos en relación con los niños se prevé «el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés» y el art. 19 bis de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, dispone en su número 3 que «para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva...».

2.- En un supuesto en el que, aunque referido a la madre de un menor, podía ser trasladable a la abuela del presente supuesto (sentencia 535/2017, de 2 de diciembre) afirmábamos que el tribunal en fin no tiene duda del compromiso parental de la progenitora, ni de capacidad para funciones propias, tratándose de una persona seria, sin adicciones y adaptada altruista y con buena disposición (así consta en el informe (...), que se ha procurado vivienda en propiedad por sus propios medios, que ha demostrado apego emocional a su hijo, al que procurar esparcimientos propios de su edad (ahí están los múltiples vídeos, fotos, en la feria, en la cabalgata de reyes, etc...), le proporciona alimentación adecuada y pasa los controles ordinarios médicos sin ser sabedora de los rasgos autistas. Es decir es capaz a pesar de las dificultades que le acucian y posiblemente algo afectada por las mismas, de proporcionar al menor el ambiente familiar y de estabilidad emocional, que la Consellería está deseando procurar para el menor.

Si nos detenemos en la evolución a la que hace mención la sentencia recurrida sobre la demandante y en el resto de su razonamiento, que, por encontrarse literalmente transcrito en el resumen de antecedentes, huelga su reiteración, cabe concluir que respetadas las circunstancias concurrentes, sobre las que descansa la razón decisoria de la sentencia que se apoya en el interés del menor, no existe el interés casacional alegado. La aplicación de la doctrina jurisprudencial de esta sala no podría conllevar una modificación del fallo». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

10.3 Guarda de hecho

[STS de 14 de septiembre de 2014 \(Roj: STS 3154/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3154\)](#)

Materia: Guarda y custodia de un menor por su tía por fallecimiento de su madre. Guarda de hecho.

«Las relaciones de familia, por su especial naturaleza, requieren un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. No se trata de desconocer la ley sino de aplicarla conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad (sentencia TC 141/2000, de 29 de mayo), se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

Ocurre en este caso que el recurrido, que es padre biológico de la menor, quiere serlo de una forma efectiva, asumiendo su custodia que, de hecho, no la tiene en este momento, y así se lo reconoce la sentencia, a partir de una interpretación automática del artículo 156. 4 del CC, porque considera que al no estar privado de la patria potestad, le corresponde su atribución, descartando que sea de aplicación el artículo 103 del CC, que, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, permite excepcionalmente que los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez; precepto al que la sentencia que atribuye carácter de provisionalidad. La recurrente, en cambio, se hizo cargo de la niña antes del fallecimiento de su madre y ha mantenido hasta la fecha esta convivencia continuada, que ha sido y sigue siendo muy beneficioso para la menor, en la que la tía aparece como su principal referencia, lo que aconseja su mantenimiento, según los informes emitidos. [...]

La menor, en definitiva, ha tenido, y sigue teniendo, un entorno estable y seguro con su tía lo que ha posibilitado la creación de unos vínculos afectivos muy distintos de los que existen con su padre, como ha puesto en evidencia la prueba practicada, expresiva de la falta de capacidad del progenitor superstite para atender adecuadamente a la niña, dada su edad, de su trabajo y de las demás cargas familiares, al margen de los de su hija. estando los derechos del padre debidamente protegidos con las visitas y comunicaciones, a partir del régimen progresivo establecido en la sentencia del Juzgado, que, asumiendo la instancia, se ratifica únicamente en lo que se refiere a la guarda de la menor y régimen de visitas a favor del padre dirigido a la plena adaptación de la hija al entorno paterno y,

acordar, en su vista, el posible reintegro bajo la custodia del padre». Se estima el recurso de casación.

10.4 Liquidación de la sociedad de gananciales

[STS de 27 de junio de 2018 \(Roj: STS 2474/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2474\)](#)

Materia: Sociedad de gananciales. Liquidación. Gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar.

«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, gas, teléfono...), 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 comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, que tienen carácter “propter 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. La cuestión aparece clara en relación con los impuestos que gravan el inmueble, como es el IBI, (STS de 563/2006, de 1 de junio).

En cuanto a los gastos de comunidad, esta sala ha considerado en sentencia 373/2005, de 25 de mayo, que «la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento- se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos». Dicha doctrina ha sido seguida, entre otras, por la sentencia de esta sala 588/2008, de 18 junio, y de la misma cabe extraer que, salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas -lo que no ocurre en este caso- 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 quién se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial». Se estima el recurso de casación