



TÍTULO

DERECHO DE LOS HIJOS TRAS LA RUPTURA FAMILIAR

ESPECIAL REFERENCIA A LOS EFECTOS PERSONALES

AUTORA

Esther Moro Bonillo

**Tutor
Curso**

©
©

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012

José María del Río Belmonte

Experto Universitario en Derecho de Familia

Esther Moro Bonillo

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

**DERECHO DE LOS
HIJOS TRAS LA
RUPTURA FAMILIAR:
ESPECIAL REFERENCIA A LOS
EFECTOS PERSONALES**

Alumna: **ESTHER MORO BONILLO**
Tutor: **JOSE MARIA DEL RÍO BELMONTE**

EXPERTO UNIVERSITARIO EN DERECHO DE FAMILIA

INDICE

INDICE	3
INTRODUCCIÓN	5
PENSIÓN DE ALIMENTOS	7
I. CONCEPTO.....	7
II. NATURALEZA JURIDICA	9
III. BREVE DISTINCION ENTRE LOS ALIMENTOS DE LOS HIJO MAYORES DE EDAD Y MENORES DE EDAD	10
IV. LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN	11
V. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.....	11
VI. FIJACIÓN DE LA PRESTACIÓN DINERARIA.....	13
VII. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS.....	16
VIII. EXTINCION DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.	26
IX. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL HIJO MAYOR DE EDAD PARA PROMOVER JUDICIALMENTE RECLAMACIÓN DE PENSIÓN DE ALIMENTOS	35
GASTOS EXTRAORDINARIOS	41
I. CONCEPTO.....	41
II. CARACTERISTICAS	44
III. ESPECIFICIDAD DE GASTO EXTRAORDINARIO	49
IV. PAGO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS.....	55
V. ¿QUE SE ENTIENDE POR GASTO EXTRAORDINARIO?	58
VI. GASTOS EXTRAORDINARIOS EN LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.....	62
VIVIENDA FAMILIAR	67
I. CONCEPTO.....	67
II. ESPECIAL REFERENCIA A LA ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO EXISTAN DESCENDIENTES.	68
III. TITULO CONSTITUTIVO DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	80
GUARDA Y CUSTODIA	85
I. PATRIA POTESTAD	85
II. GUARDA Y CUSTODIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	87
DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS A SUS NIETOS	102
I. REGULACION.....	102
II. DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITA DE LOS NIETOS CON LOS ABUELOS EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.....	103
III. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.....	106
IV. MODIFICACION DEL REGIMEN DE VISITAS.....	109
V. ¿ES UN DERECHO DE LOS ABUELOS VER A SUS NIETOS?.....	110
VI. ¿ACTUAN EN INTERES DEL MENOR LOS PROGENITORES?	113
MEDIDAS CAUTELARES	118
I. MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL ART. 158 DEL CC.....	118

II. MEDIDAS PREVIAS EN CASO DE URGENCIA.....	120
III. BREVE DISTINCION ENTRE MEDIDAS CAUTELARES (ART. 158 CC) Y MEDIDAS PREVIAS	121
IV. ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS URGENTES	123
V. MEDIDAS QUE PUEDEN ADOPTARSE	126
VI. TRAMITACIÓN DE LA PETICIÓN DE MEDIDAS	129
CONCLUSIONES	135
BIBLIOGRAFIA	141
JURISPRUDENCIA	143

INTRODUCCIÓN

El gran cambio social, que se ha producido en los últimos años, ha acelerado el ritmo de la historia así como la forma de abordar los problemas surgidos en nuestra sociedad, debiendo en consecuencia extraer del análisis sociológico actual la más acertada interpretación legislativa para una vanguardista y correcta aplicación.

En especial en el campo del Derecho de Familia el cual se funda en la ética y las costumbres familiares, ha evolucionado de un modo vertiginoso cambiando roles tales como la indisolubilidad o licitud del divorcio así como la patria potestad unilateral o conjunta de ambos cónyuges, lo cual conlleva que necesaria e incesantemente debamos reinterpretar las normas familiares.

Actualmente existen una serie de interrogantes que necesitan ser abordadas por nuestro derecho, tales como que debido a que la condición de la mujer ha sido desde milenios inferior al varón por una serie de costumbres y presupuestos socioeconómicos carentes hoy en día de sentido ¿existe realmente el reconocimiento legal de la igualdad intrínseca de los sexos? , la “patria potestad” y la “custodia compartida” ¿conceptos ambiguos, carentes de sentido y erróneamente entendidos? ¿la vivienda familiar siempre ha de ir atribuida a la mujer o a los hijos? ¿puede imponerse un limite temporal al uso de la vivienda familiar y a la pensión de alimentos?, ¿tienen derecho los abuelos a solicitar un régimen de visitas para ver a sus nietos? etc....

El nacimiento de la pareja moderna entraña profundos cambios. El ideal de pareja ha cambiado, se ha pasado de un esquema basado en la desigualdad de sexos a otro marcado por nuevas aspiraciones.

Así el legislador en la nueva consideración de la separación y alejándose del antiguo modelo de la separación-sanción, reconsidera e intenta dar una mayor

coherencia a una de las cuestiones donde la práctica iba por delante en muchas ocasiones posibilitando que los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores, evitando el perjuicio de los hijos, cuando se produce una separación, nulidad o divorcio

Igualmente debido a los cambios sufridos en el núcleo familiar, los abuelos siguen jugando un importante papel reforzado, debido entre otras causas, a las necesidades laborales de los padres que, por esta razón u otras semejantes, confían sus hijos menores a la atención y cuidado de los abuelos

Mediante el presente proyecto de investigación, intentaremos dar respuesta a estos interrogantes y a otros muchos que hoy en día carecen de respuesta consensuada por nuestros Tribunales ahondando en las distintas perspectivas en que se puede abordar estos temas.

PENSIÓN DE ALIMENTOS

I. CONCEPTO

Tal y como dispone el Artículo 142 del CC “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.”

“Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.”

“Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”

En un sentido estricto, se entiende por alimentos los auxilios imprescindibles para proporcionar la satisfacción de unas necesidades básicas aceptable para la convivencia social.

Desde un sentido amplio podemos entender por alimentos además de lo anterior, la educación del alimentista hasta que sea mayor de edad o incluso después si no hubiera terminado su formación por una causa que no le sea imputable, como bien indica el anterior artículo mencionado.

El art. 154 del CC, incluye entre otras obligaciones de los padres el velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Por lo tanto y tras lo anteriormente expuesto, se entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción del hijo menor de edad en los términos establecidos en el art. 142 del CC, sin bien el mantenimiento a que hace mención el art. 154 CC habrá que atenerse a las posibilidades económicas de la familia, evitando el sufrimiento del menor, debiendo precisarse entre las obligaciones de hacer y las obligaciones dinerarias.

Se trata de una obligación “legal” que depende su prestación de muchos factores entre los cuales se encuentran un estado de necesidad del alimentista, posición social y económica del alimentante así como de la relación de parentesco entre uno y otro.

Esta obligación a la que hacemos mención viene estipulada en el artículo 143 del CC el cual contiene que “Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: Los cónyuges; los ascendientes y descendientes; y los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.

De igual modo se contiene en el art. 39 de la CE el cual estipula que “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”

De igual modo el art. 148 del CC, estipula que “La obligación de dar alimentos 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”.

Doctrina que se contiene en la STS 917/2008, de 3 octubre, que declara aplicable el art. 148.1 CC.

“Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.”

“El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades.”

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia nº 402/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 14 de Junio de 2011 dictada por la magistrada ENCARNACION ROCA TRIAS en el apartado 2º del Fallo en el que “*Se sienta la siguiente doctrina: "Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad situaciones de crisis del*

matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Art. 148.1 CC , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda".

II. NATURALEZA JURIDICA

1º) Es posible que los alimentos se integren en el convenio regulador o en un acuerdo específico de los progenitores, no obstante, ambos, deben ser aprobados por un Juez, dándose cumplimiento a los art. 1810 y 166 del CC. De igual modo la transacción judicial de los alimentos futuros prohibida por el art. 1814 del CC, queda respetada siempre y cuando se produzca la aprobación del Juez así como su posterior modificación.

2º) la guarda y custodia siempre quedará fijada a uno de los progenitores o a ambos en los casos de custodia compartida como veremos en próximos apartados, no obstante en ambos casos debe establecerse una pensión alimenticia a favor del hijo, la cual asumirá el progenitor custodio siendo este derecho irrenunciable tal y como estipula el Art., 151 CC, ya que este derecho es de titularidad del hijo, no pudiendo renunciar a un derecho que pertenece a un tercero (en este caso su hijo).

3º) De igual modo, el progenitor no custodio no puede compensar la cantidad que tiene que pagar por alimentos del hijo con un crédito que tenga contra el progenitor guardador. De este modo queda estipulado en el art. 151 del CC que: “no pueden compensarse los alimentos futuros con los que el alimentista deba al que ha de pagarlos” “si puede compensarse las pensiones alimenticias atrasadas, pero se entiende con deudas propias del alimentista. Si el titular del derecho es el hijo, no cabrá que el progenitor que lo tiene a su cuidado, compense o que debe recibir para alimentos con deudas propias”, no pudiendo compensarse por lo tanto con la pensión compensatoria del progenitor custodio. (AP Murcia de 8 de marzo de 1995).

III. BREVE DISTINCION ENTRE LOS ALIMENTOS DE LOS HIJO MAYORES DE EDAD Y MENORES DE EDAD¹

1. MENORES DE EDAD (110 y 154 del Código Civil)

- La obligación alimenticia existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación
- Para la concesión de la prestación no es necesario acreditar la necesidad de percibirlos la obligación vienen impuesta ex lege
- Preferencia sobre los alimentos al resto de pariente, tal como establece el art. 145. 3º CC.
- No se ven afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre pariente.
- No serán aplicables las causas de extinción del art. 152 del CC.
- Los alimentos serán proporcionales al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.
- Para la actualización de los alimentos el Juez deberá adoptar medidas convenientes para asegurar la efectividad de la prestación atendiendo a las necesidades de los hijos.

2. MAYOR DE EDAD O EMANCIPADO

- La obligación no es incondicional.
- Para la concesión de la prestación se debe acreditar la necesidad de estos para percibirlos.
- Puede contener menor cuantía reduciéndose al mínimo imprescindible.
- No gozan de preferencia frente a otros parientes.
- Los alimentos se ven afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes sin embargo, el Art., 153. 3 del CC no es aplicable si estos continúan viviendo en el hogar familiar.
- La obligación alimenticia será proporcional al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

¹ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia, Tomo I, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, , editorial Lex Nova 2007.*

- No tiene necesidad de ser actualizada conforme a un índice pactado previamente debiendo atenerse a lo establecido en el art. 147 del CC.

IV. LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN

La pensión de alimentos es una obligación que depende de las relaciones paternas filiales y que permanece mientras el hijo sea menor de edad e independiente de las relaciones matrimoniales entre los progenitores.

- OBLIGADOS A PRESTARLOS: LOS PORGENITORES

La obligación de mantenimiento de los hijos menores recae sobre los dos progenitores tal y como estipula el art. 154, II, 1º del CC y 93. I del CC, no pudiendo recaer esta obligación sobre familiares en los casos en que el progenitor no pueda hacer frente a esta obligación ni tampoco sobre terceras personas que conviven con el progenitor guardador.

La existencia de dos obligados frente al hijo, da lugar a que no exista una relación jurídico material único ni un único pronunciamiento que afecte a los padres, correspondiendo a cada uno una obligación individualizada.

- EL TITULAR DEL DERECHO: EL HIJO

La titularidad del derecho corresponde al hijo menor, respecto de su progenitor natural o adoptante.

V. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

La reclamación de alimentos deberá seguir el cauce del Juicio Verbal del art. 250. 1. 8º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proceso en el que el demandante sería el hijo actuando mediante representación legal, y los demandados el progenitor no custodio o ambos progenitores no pudiendo constituir un litisconsorcio pasivo necesario puesto que son obligaciones individualizadas como ya se detalló anteriormente.

Lo que se permite en los artículos 91 y 93. I del CC es que la pretensión de alimentos se acumule a la pretensión matrimonial de separación, nulidad o divorcio, de modo que en un solo procedimiento se resuelva sobre objetos procesales diferentes al existir un fenómeno de acumulación procesal.

El Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, MONTERO AROCA, *“el hijo menor tiene legitimación activa en los procesos de reclamación de la pensión de alimentos, si bien su falta de capacidad al ser menor de edad, hará que actúe por él su representante legal pudiendo surgir controversias al respecto ya que los representantes legales del menor son los padres y a su vez pueden ser los demandados con lo que se produce un extraño procedimiento en el que cada progenitor actúa en representación legal del menor para demandar al otro progenitor con el fin de que se determine su contribución a los alimentos del hijo. En esta existencia de intereses contrapuestos entre los padres y el hijo, lo normal, señala el Magistrado, hubiera sido nombrar un defensor judicial (art. 163 CC), pero el legislador a preferido que en los procesos acumulados y cuando se trate de pretensiones relativas a los hijos, actúe el Ministerio Fiscal en representación legal del menor.”*²

No obstante se podrá acudir a lo dispuesto en los art. 748. 4, 769.3 y 770. 6º de la LECiv, en los que se prevé la existencia de proceso especial que verse exclusivamente sobre alimentos de los hijos menores, por más que esta previsión legal parezca referirse a los hijos de las uniones no matrimoniales, aunque no puede entenderse de modo exclusivo. Actualmente tras la reforma de la LECiv, si no existe el proceso matrimonial, se podrá acudir a la previsión expresa del proceso especial para la reclamación de alimentos del hijo menor de edad y por un progenitor contra el otro, asumiendo aquel la representación legal del menor, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal.

Como se ha indicado para el caso de reclamar una pensión de alimentos en los hijos no matrimoniales, se deberá acudir a los artículos 748, 4º; 769.3 y 770.6º de la

² MONTERO AROCA Juan, *Los alimentos a os hijos en los procesos matrimoniales (la aplicación practica del artículo 93 del CC, , Tirant lo Blanch, Valencia 2002.*

LECiv para la reclamación judicial por uno se los progenitores en nombre del hijo menor y contra el otro. Del mismo modo la legitimación corresponde al hijo menor de edad, sin embargo y como en el caso anterior actuará en su nombre el representante legal de este que normalmente será uno de los progenitores, debiendo actuar de igual modo el Ministerio Fiscal en representación del menor.

Tal y como establece el art. 749 de la LEC, el Ministerio Fiscal también será parte en aquellos procedimientos en los que alguno de los interesados sea menor, incapaz o este en ausencia legal, como puede ser el caso de los hijos no nacidos ya que según el artículo 29 del CC se establece que al concebido no nacido se le tendrá nacido para todos los efectos que le sean favorables, al igual que lo contenido en el artículo 6 de la LEC el cual estipula que podrán ser parte en los procesos ante los Tribunales Civiles. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona, Secc. 12 de 22 de diciembre de 1999.

VI. FIJACIÓN DE LA PRESTACIÓN DINERARIA

La pensión de alimentos de los hijos menores de edad es una medida de “ius cogens”, es decir que aunque el progenitor que tiene la guarda y custodia no lo reclame expresamente, debe adoptarse de oficio tal y como señala el art. 93 del CC, el cual estipula que *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.”*

“Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

Sin embargo en el caso de los hijos mayores de edad, para fijar la pensión de alimentos tal y como señala el artículo 93 del mencionado CC, ello conlleva la interpretación de que para fijar la pensión de alimentos en estos se deberá acreditar la

convivencia del hijo mayor de edad en el hogar familiar y la carencia de unos ingresos propios.

Tal y como estipula el art. 146 del CC *“La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.”*, es decir de ello se desprende que la prestación alimenticia, puede ser variable y esa variabilidad, depende de la alteración de las circunstancias durante el tiempo de su satisfacción. Ello se encuentra estipulado en el precedente artículo 147 de la misma legislación el cual contiene que *“Los alimentos, en los casos a que se refiere el anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”*

Para determinar la cuantía a satisfacer se deberá atender a las necesidades del acreedor y los recursos del deudor de la pensión de alimentos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 142 a 146 del Código Civil, ponderando los ingresos anuales del obligado a prestarlos. (SAP Barcelona de 1 de septiembre de 1998)³

La pensión de alimentos normalmente se fija mediante una cuantía periódica mensual que debe satisfacer el progenitor que no tiene la guarda y custodia del hijo, ya sea matrimonial o no matrimonial. No obstante, puede fijarse una pensión mediante usufructo de determinados bienes que produzcan rentas mensuales, no pudiendo en ningún caso sustituir la pensión por bienes o capital.⁴

³ *“Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 142 a 146 del CC para fijar la cuantía de los alimentos que el marido debe prestar a la esposa para el hijo matrimonial, debe entenderse conjuntamente a la posición social de la familia el caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de donde se deduce que dicha deuda alimenticia consiste en una cantidad periódica prefijada estimativa de que en la misma halla debida satisfacción lo que por alimentos entiende el art. 142 del CC.”*

- MONTERO AROCA Juan, *Los alimentos a os hijos en los procesos matrimoniales (la aplicación practica del articulo 93 del CC, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.*

⁴ SAP Barcelona de 26 de marzo de 1999)

La pensión se debe fijar mediante una cantidad determinada de abono mensual determinado la cuantía que corresponde de modo individualizado a cada uno de los hijos en caso de que sean varios.(SAP Cantabria de 18 de febrero de 1999)

El art. 149 estipula que “El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad.”

Se incorporan dos tablas estadísticas:⁵

TABLA I: Pensión alimenticia para uno, dos y tres hijos cuando uno solo de los progenitores es el que obtiene ingresos.

INGRESOS	1 HIJO	2 HIJOS	3 HOJOS	4 HIJOS
800	181, 6	263,3	299,6	350,5
875	198, 6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1025	232, 7	337,4	383,9	449,1
1100	249, 7	362,1	412,0	481,9
1175	266, 7	386,8	440,1	514,8
1250	283, 8	411,4	468,2	547,6
1400	317, 8	460,8	524,4	613,4
1475	334, 8	485,5	552,5	646,2
1550	351, 9	510,2	580,6	679,1
1625	368, 9	534,9	608,6	711,9
1700	385, 9	559,6	636,7	744,8
1775	402, 9	584,2	664,8	777,6
1850	420, 0	608,9	692,9	810,5
1925	437,0	633,6	721,0	843,4
2000	454,0	568,3	749,1	876,2
2075	471,0	683,0	777,2	909,1
2150	488,1	707,7	805,3	941,9
2225	505, 1	732,4	833,4	974,8

⁵ , PEREZ MARTIN, Antonio Javier ,Tratado de derecho de familia, Tomo I, Volumen I, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, editorial Lex Nova 2007. PG 584-585

TABLA II: pensión alimenticia para un hijo cuando ambos progenitores obtienen ingresos

	900	1050	1200	1350	1500	1650	1800	1950	2100	2250	2400	2550	2700	2850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	587	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	286	321	355	389	423	458	491	526	560	594	628
900	184	218	252	285	320	354	388	422	457	490	524	558	592	627
950	183	217	251	284	319	353	387	421	456	489	523	557	591	625
1000	182	216	250	283	318	352	386	420	455	488	522	556	590	624
1050	180	215	249	281	317	351	385	419	454	487	521	555	589	623
1100	179	213	247	280	316	350	384	418	453	486	520	554	588	622
1150	178	211	246	279	314	448	382	417	452	485	519	553	586	621
1200	177	210	245	278	313	347	381	415	451	484	518	552	585	620
1250	176	209	244	277	312	346	380	414	449	482	516	550	583	619

NOTA: los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la columna corresponden a los ingresos del progenitor no custodio y los valores de las filas corresponden a los ingresos del progenitor custodio.

VII. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS

El efecto temporal que produce la solicitud de la modificación de los alimentos, es que no produce efecto desde la interposición de la demanda como ocurre en el caso de la solicitud de la prestación de alimentos, sino que sus efectos se producen desde la fecha de la sentencia en primera instancia.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de junio de 2007, en la que se establece que *“La extinción de la pensión de alimentos de los hijos acordadas en un procedimiento de modificación de medidas no puede tener efectos retroactivos desde la fecha en que se interpuso la demanda, pues la modificación sólo opera desde que es declarada judicialmente, sin perjuicio de que podría lograrse mediante la solicitud de medidas provisionales coetáneas a la demanda principal (Art. 775.3º LEC). De no ser así, el favorecido por la pensión sufriría el grave trastorno de tener que devolver lo percibido, aunque lo hubiera gastado en artículos de primera necesidad.”*

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2005, en la que se señala que *“Miguel Ángel,*

acordándose la extinción de las pensiones a favor de Antic y de Evase pretende que la extinción de la pensión alimenticia a favor de Antic y de Eva tenga efectos retroactivos al momento de ser interpuesta la demanda. Tal motivo tampoco puede prosperar, pues como ya resolvió esta Sala en sentencia de 18 de febrero de 2.003, no puede aceptarse la retroactividad que se pretende de dicha extinción, pues las modificaciones de medidas carecen de efectos retroactivos, sin perjuicio de que tales modificaciones puedan incluso lograrse con el uso de medidas provisionales coetáneas. Esta cuestión ya ha sido resuelta por varias Audiencias Provinciales que se pronuncian en el sentido de que los efectos de las sentencias definitivas que modificaban las medidas por nuevas circunstancias no pueden tener efectos retroactivos, pues la modificación no opera sino desde que es declarada judicialmente, en pronunciamiento definitivo o provisional, pues, de lo contrario, el favorecido por la pensión de que se trate (quien, salvo excepcionales economías privilegiadas, la recibe para la atención de los más elementales gastos de la vida cotidiana) se vería obligado a devolver lo percibido, aunque lo hubiera gastado en artículos de primera necesidad, con el grave trastorno que ello supone; por ello, mientras subsistan las medidas acordadas en una primera sentencia en atención a dichas medidas, organiza su economía la persona favorecida por la pensión correspondiente y la obligada a prestarla, cuya modificación, acreditando la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, puede incluso lograrse mediante el rápido procedimiento que brindan las medidas provisionales, que deberían interponerse coetáneamente a la demanda principal interesando la modificación de lo resuelto en el proceso de separación o divorcio (artículo 775.3 de la L.E.C.). (SSAP de Cáceres, Secc. 2ª de 12-05-2002 y de Huesca de 6-10-1998).”

Tras la sentencia que fija la pensión alimenticia a satisfacer por uno de los progenitores a favor del padre o la madre que sustenta la guarda y custodia de los hijos legitimados para su percepción, se pueden producir diversas circunstancias que impiden o imposibilitan la continuación de abonar la pensión alimenticia establecida en un primer momento del procedimiento. Para que se produzca la modificación de la pensión alimenticia deben darse diversos factores que pasamos a exponer a continuación:

1. Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia.⁶

- Reducción de ingresos del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia.

Las demandas que tengan por objeto la reducción de la pensión alimenticia de los hijos basada en la reducción de los ingresos del obligado a abonarlos, deberá contener los requisitos en los que pueda considerarse que implica un cambio sustancial de las circunstancias, lo cual implica lo siguiente:

- Que la reducción en los ingresos del obligado al pago de los alimentos se haya producido con posterioridad a dictarse la sentencia en la que se fijó la pensión.
- Que la reducción de ingresos tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida.
- Que la reducción de ingresos del obligado a abonarlos, no sea de carácter transitorio.
- Que el motivo o la causa de la reducción sea por causa ajenas al obligado a prestarlos.
- Que la reducción de ingresos se acredite suficientemente.

Por lo tanto en la presentación de la demanda se deberá señalar tanto la situación económico laboral en el momento de la adopción de la medidas en la primera o anterior sentencia y señalar la situación actual del obligado a prestarlos. Con ello se pretende hacer una comparativa de las circunstancias con el fin de acreditar si se ha producido una modificación relevante para proceder a la reducción de la pensión de alimentos a favor de los hijos en cuestión, y si esta modificación no es de carácter transitorio, sino que perdura o perdurará en el tiempo adquiriendo el carácter de permanente en el momento de solicitar la modificación de la pensión. Ello deberá ser acreditado por el obligado a prestarlos ya que tal y como estipula el artículo 217 de la LEC, sobre el actor recae la carga de la prueba de la reducción de ingresos.

De igual modo la reducción de ingresos debe tener cierta trascendencia careciendo de relevancia que los ingresos del progenitor no se hayan actualizado

⁶ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia, Volumen IV, La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, editorial Lex Nova 2007. PG 557-588.

conforme al IPC. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Sevilla Sección 8, de 27 de octubre de 2004.

Estas circunstancias peden darse en aquellos casos en que el obligado a abonar la pensión alimenticia pase a la situación de jubilado, perdida del trabajo que se prolonga durante cierto tiempo y que no tiene derecho a percibir la prestación por desempleo, situaciones de incapacidad laboral que produce una reducción de la prestación laboral y no puede mantener el mismo nivel de vida, etc....

- Aumento de las necesidades del progenitor obligado al pago de la pensión.

Uno de los debates principales en la materia es la existencia de nueva descendencia fruto de una nueva relación, debiendo incidir en estos casos no al mero hecho de un nuevo descendiente, sino a la repercusión que esta circunstancia tiene en el progenitor obligado a abonar la pensión alimenticia. La mera alegación de nueva descendencia no implica la reducción de la pensión alimenticia hacia los hijos del anterior matrimonio o pareja de hecho ya que los Tribunales no lo conciben como una alteración de las circunstancias a efectos de modificar una pensión alimenticia. Por lo tanto se considera que para que exista una modificación de las circunstancias se den los siguientes casos:

- Que el obligado al pago de alimentos no cuente con capacidad económica para atender ambas obligaciones alimenticias debiendo acreditar los ingresos que percibe con el fin de comprobar la dificultad para hacer frente al abono de la pensión alimenticia. De igual modo, si la nueva pareja obtiene ingresos suficientes para hacer frente a las obligaciones derivadas de este nuevo progenitor y a la nueva relación sentimental, tal y como estipula el artículo 154 del CC en esta recae también la nueva obligación alimenticia, ya que el obligado a abonar la pensión debe acreditar tanto la falta de ingresos para hacer frente a esta obligación como la imposibilidad de obtenerlos. (Ej.: imposibilidad de acceder a un nuevo puesto de trabajo)

- De igual modo si se acredita que durante un cierto tiempo se abono la pensión alimenticia de los hijos tras el nacimiento del nuevo descendiente, no se podrá considerar esta circunstancia como un hecho nuevo.

Por lo tanto y tras todo lo expuesto, el nacimiento de un nuevo hijo no conlleva la reducción de la pensión alimenticia de los hijos anteriores debiendo ponderar en todo caso los ingresos, la vivienda, el nivel de vida del obligado al pago, las posibilidades de nuevos ingresos, etc..... El artículo 39 de la CE estipula que los nuevos descendientes son idénticos a los hijos que tienen reconocida una pensión alimenticia que en ningún caso pueden ser mermados en beneficio de uno u otro siendo estos iguales ante la ley con independencia de su filiación, debiendo en los casos en que se produzca el mencionado detrimento en uno de ellos, ponderar como mencioné anteriormente, las circunstancias que rodean a ambas filiaciones.

- Aumento de ingresos del progenitor custodio

Cuando se establece una pensión por alimentos a favor del hijo, se pondera tanto los ingresos del progenitor obligado al pago como los ingresos del progenitor custodio ya que también es obligación de este hacer frente a las necesidades de su hijo no pudiendo valerse únicamente por la pensión alimenticia que abona el progenitor no custodio. Esta ponderación entre los ingresos que perciben los progenitores junto con la valoración de las necesidades a satisfacer del hijo de ambos puede alterarse, bien por aumentar o disminuir los ingresos del progenitor custodio o por el no custodio, en cuyo caso si es sustancial, se podrá solicitar una modificación de la pensión alimenticia establecida en sentencia.

Esta modificación sustancial de las circunstancias puede producirse cuando el progenitor custodio acceda a un puesto de trabajo no temporal siempre que estuviera desempleado/a cuando se estableció el importe de la pensión alimenticia, debiendo atenderse a las pautas de proporcionalidad es decir, atendiendo a la remuneración del progenitor custodio con el fin de que tras la reducción de la pensión no se vea afectada las necesidades familiares (art. 146 y 147 del CC). De este modo queda reflejado en la sentencia de la AP de Albacete, Sección 1ª, de 19 de mayo de 2003 o la AP de Alicante, Sección 4ª de 12 de junio de 2003.

También puede producirse una modificación sustancial de las circunstancias cuando el progenitor custodio que desempeñaba un empleo en el momento de la fijación de la pensión alimenticia, obtenga un aumento de sus ingresos de un modo sustancial, es decir un aumento de tal importancia que altere la proporcionalidad de los artículos 146 y 147 del CC. Debemos hacer mención de que en caso de que el progenitor custodio conviva “more uxorio” con otra persona, no es un aumento de sus ingresos o una modificación sustancial ya que sobre este tercero, no recae ninguna obligación de alimentos frente al hijo de su compañero/a sentimental. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Baleares, sección 4ª, de 9 de septiembre de 2003.

- Cambio de convivencia de los hijos.

El cambio de convivencia con progenitor con el que hasta ahora era el obligado a abonar la pensión alimenticia, es un cambio sustancial de las circunstancias y por tanto quedarán sin efecto las medidas adoptadas con anterioridad a este hecho. Puede darse el caso de que se vayan a vivir con el progenitor no guardador todo los hijos, tanto por decisión judicial como por acuerdo entre los progenitores, como por decisión del mayor de edad dependiente económicamente, produciéndose por lo tanto un cambio en la custodia de de los hijos y por lo tanto en la obligación de abonar la pensión alimenticia al progenitor que será el guardador custodio. En la petición de solicitud de custodia compartida deberá solicitarse, si se quiere percibir, una pensión alimenticia a favor de los hijos en la que el Tribunal deberá resolver, en caso contrario de que no se solicite, no se tendrá por establecida.

En el caso de que solo alguno de los hijos cambie de domicilio y conviva con el progenitor obligado a abonar la pensión alimenticia, esta deberá de reducirse puesto que el numero de hijos que conviven con el progenitor custodio se reduce valorando todas las circunstancias para determinar la nueva pensión a abonar y las nuevas pensiones alimenticias y obligados a prestarlas que puedan surgir.

Puede ocurrir tal y como establece la sentencia de la AP de Málaga, Sección 6ª de 14 de febrero de 2005 que “*habiéndose modificado el régimen de visitas en el*

sentido de que los menores estarán en compañía del padre de jueves a domingo, procede reducir proporcionalmente la cuantía de la pensión alimenticia”

En el mismo sentido pero con diferente resultado, se pronuncia la sentencia de la AP de Málaga, sección 4ª de 29 de diciembre de 2005, la cual establece *“para abonar una pensión de alimentos inferior a la hija, el padre pretende que conviva con él, alegando que ya que está estudiando en Málaga, podía vivir con él que también reside en dicha localidad, no gravando así la situación económica. Improcedencia: no puede pretender esa convivencia cuando ni tan siquiera, cuando era menor, tenía su guarda y custodia”*.

- Disminución de las necesidades de los hijos

Tal y como dispone la sentencia de la AP de Almería, sección 2ª de 7 de febrero de 2003, *“se reduce proporcionalmente el importe de la pensión de alimentos fijada a favor de la hija, en relación con la suma que se ha venido abonando al colegio privado por haberse producido el cambio a uno público”*

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2ª de 24 de febrero de 2006 cuando establece que *“procede reducir la pensión de alimentos, al haberse acreditado una disminución de las necesidades de la menor por el hecho de haber abandonado la guardería infantil y pasado a un centro público gratuito”*

- Hijos mayores de edad perciben ingresos.

Cuando los hijos mayores de edad empiezan a percibir ingresos, si la cuantía de estos ingresos es suficiente para cubrir las necesidades de los hijos, la pensión quedará extinguida, es decir, deberá producirse una independencia económica por parte de los hijos mayores de edad que hasta el momento percibían una pensión alimenticia del progenitor obligado debiendo tener en cuenta las necesidades de los hijos y la percepción que estos reciben.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Córdoba, Sección 1º de 18 de julio de 2003 cuando establece que *“se mantiene la pensión alimenticia a favor de*

hijo mayor de edad, con 19 años, a pesar de realizar trabajos no consolidados dada su edad, y estimándose precarios tanto en la transitoriedad como en la remuneración, no obstante se acuerda la reducción de la misma en un 50% durante los periodos de tiempo que aquel se encuentre trabajando”

En igual sentido se pronuncia la AP de Málaga, Sección 5º de 23 de septiembre de 2004 la cual contiene que *“cabe reducir el importe de la pensión alimenticia respecto de una de la hijas, puesto que esta realiza trabajos esporádicos”*

Una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2009, absuelve al padre del delito de impago de pensión de alimentos, dado que aquél estaba en a creencia que la pensión se había extinguido pues el hijo había abandonado los estudios y comenzado a trabajar. Esta argumenta que *“La pensión de alimentos dejó de ser pagada por el recurrente a partir de diciembre de 2005, en un momento en el que la situación había cambiado de forma relevante: ya en su declaración sumarial Anibal -hijo del recurrente- reconocía que había estado trabajando durante el verano para una ETT, para una empresa de aduanas y para el Colegio de Farmacéuticos; consta certificación que acredita que no se había matriculado en la universidad en 2006; y que durante el curso 2005-2006 no había aprobado ninguna asignatura (la certificación indica que fue suspendido en dos asignaturas, y que no se presentó a ninguna de las siete restantes).*

De los anteriores elementos no puede derivarse ciertamente que Anibal hubiera conseguido un empleo que le permitiera vivir holgadamente, pero evidencia que se encontraba ya incorporado al mercado de trabajo y en condiciones y disposición de desarrollar una actividad laboral para sufragarse sus necesidades. Es decir, constaba que ya "podía ejercer un oficio, profesión o industria" en el sentido del art. 152.3º CC, lo que ponía fin a su deber de prestación de alimentos.”

“El recurrente sostiene que actuó con la creencia de que la confirmación de la incorporación del alimentista al mercado laboral excluía (art. 152.3º CC) su obligación de pago, es decir, mantiene que actuó en una situación de error (art. 14 CP).”

2. Aumento de la cuantía de la pensión alimenticia.⁷

El artículo 147 del CC establece “*los alimentos aumentarán proporcionalmente según el aumento que sufran las necesidades del alimentista y de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos*”

Algunas causas que pueden modificar sustancialmente las circunstancias para propiciar una modificación de la pensión de alimentos para que esta obligación se aumente en su cuantía, son las siguientes:

- Aumento de las necesidades de los hijos.

En aquellos casos en que se produzca un aumento de las necesidades establecidas en el artículo 142 del CC tales como sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educación e instrucción y en definitiva, formación integral del alimentista, es decir los gastos ordinarios ya que estos tienen permanencia en el tiempo mientras que los gastos extraordinarios no.

No obstante como bien indica la AP de Málaga en sentencia de 29 de diciembre de 2005 “*el mero transcurso del tiempo no es motivo suficiente para modificar la pensión de alimentos en su día fijada judicialmente*”, sino que se deberá acreditar que ese paso del tiempo ha generado en los hijos gastos concretos.

Por ejemplo en el caso de que se diagnostique que uno de los hijos es celíaco, lo cual conlleva a que se produzca un régimen especial de alimentos y por lo tanto un encarecimiento de sus gastos, el caso de que se vea desprovisto el hijo de la vivienda familiar por cualquier causa debiendo acreditar que esta se encontraba ocupada de forma efectiva, el caso en el que el hijo estudie una carrera universitaria en el que para ello sea necesario desplazarse de población con los consiguientes gastos de alojamiento, manutención, siempre que esta enseñanza sea de carácter permanente y no una mera estancia anual en País extranjero.

⁷ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia, Volumen IV, La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, editorial Lex Nova 2007. PG 588-596.

- Aumento de los ingresos del obligado al pago de los alimentos.

Tal y como establece el artículo 146 del CC, *“la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”*

En este caso no solo habrá de tenerse en cuenta que el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia vea aumentado sus ingresos, sino también habrá de valorar que el hijo vea aumentada sus necesidades o que el progenitor custodio vea disminuido sus ingresos.

Para que los ingresos que se ven aumentados en el progenitor no custodio y alimentante, este aumento deberá ser real, sustancial y permanente. Igualmente se considera un aumento de los ingresos que dan lugar a una modificación de la pensión de alimentos, los casos en que el obligado a prestarlos deja de abonar la pensión alimenticia a otros hijos, pensión compensatoria o el préstamo hipotecario de la vivienda familiar.

No obstante no se producirá el aumento en la pensión de alimentos cuando aún habiéndose incrementado los ingresos del alimentante, a su vez se haya producido un aumento de las cargas como por ejemplo lo estipulado en la sentencia de la AP de Sevilla, Sección 6ª de 27 de noviembre de 2005, *“ el aumento de ingresos del padre por haberse trasladado a trabajar fuera de la península, no constituye una alteración sustancial que permita incrementar las pensiones de alimentos de los hijos, pues tal incremento salarial conlleva un plus de penosidad, al ocupar una plaza situada en otro continente con las dificultades de transporte y comunicación que ello acarrea, por lo que no puede considerarse un incremento de salario en sentido estricto ”*

- Descenso de los ingresos del progenitor con el que conviven los hijos

El hecho de que el progenitor custodio haya perdido su trabajo o reducido sustancialmente sus ingresos, implica una modificación sustancial de las circunstancias, lo que implica que el progenitor no custodio y alimentante deba compensar siempre que sus ingresos lo permitan. No obstante, no se considerará una disminución en los

ingresos del progenitor custodio la extinción de la pensión compensatoria. (AP de Barcelona, Sección 6ª de 6 de mayo de 2004 y AP de Cáceres, Sección 1ª de 4 de noviembre de 2004).

VIII. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.⁸

Como ha quedado acreditado al inicio de esta exposición referente a la pensión de alimentos, el artículo 39 de la CE refleja la obligación de los padres de prestar asistencia a los hijos habido dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Este artículo no diferencia entre los hijos mayores o menores de edad dependientes económicamente de sus progenitores, no obstante algunos artículos como el 110 y 154 del CC establecen que (reiterando lo ya expuesto):

- La obligación alimenticia existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación.
- Para la concesión de la prestación no es necesario acreditar la necesidad de percibirlos la obligación viene impuesta ex lege.
- Preferencia sobre los alimentos al resto de pariente, tal como establece el art. 145. 3º CC.
- No se ven afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre pariente.
- No serán aplicables las causas de extinción del art. 152 del CC.
- Los alimentos serán proporcionales al caudal y medios de quien los a y a las necesidades de quien los recibe.
- Para la actualización de los alimentos el Juez deberá adoptar medidas convenientes para asegurar la efectividad de la prestación atendiendo a las necesidades de los hijos.

Sentencia nº 1007/2008 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 24 de Octubre de 2008, *“procedencia de declarar en suspenso la pensión alimenticia establecida en favor de*

⁸ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia, Volumen IV, La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, editorial Lex Nova 2007. PG 604-623.

una menor en sentencia de separación durante el tiempo en que dicha menor perciba una beca por la Federación Española de Gimnasia concedida con posterioridad a la sentencia de separación. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores subsiste de manera incondicional en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, más ello no impide que, cuando el menor tenga ingresos propios que le permitan cubrir sus necesidades, como ocurre en el presente caso, pueda suspenderse la percepción de los alimentos durante el tiempo en que se mantuvieran dichas circunstancias. Inexistencia de interés casacional.”

No obstante en el caso de los hijos mayores de edad, a pesar de que la obligación de prestar alimentos no cesa hasta que el hijo alcance la posibilidad de proveer por sí mismo sus necesidades, si tiene un régimen diferenciado de los menores de edad como ya se había apuntado en apartados anteriores.

Por tanto y tras todo lo expuesto, la simple mayoría de edad de los hijos, no implica la extinción de la obligación de abonar la pensión de alimentos, debiendo concurrir algunas circunstancias de extinción previstas en los art. 150 y 152 del CC.

La extinción de esta pensión de alimentos, tal y como dispone el Magistrado Antonio Javier Pérez Martín deberá solicitarse mediante el procedimiento de modificación de medidas al que hemos hecho alusión anteriormente, sin perjuicio de que el hijo inste un procedimiento específico de alimentos frente a ambos progenitores.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2003 que declara que *“los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos”* que resulta decretado en el artículo 39-3 de la Constitución.

-El artículo 152.3 del CC estipula como causa de extinción el hecho de que el alimentista haya adquirido o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. A pesar de este artículo debemos acogernos a lo dictado por los Tribunales debido a su falta de concreción en la materia. Entre otras sentencias la AP de Málaga, Sección 6, de 19 de enero de 2003 estipula que *“no*

procede extinguir la pensión alimenticia declarada a favor de una hija mayor de edad, a pesar de haber realizado trabajos esporádicos con 16, 17 y 18 años en atención a la naturaleza de dichos trabajos que no le permiten sustento continuado". De ello se desprende que habrá que atender al trabajo que desempeñe y a la remuneración que obtiene de este, así como el carácter de temporal o permanente, no por el simple hecho de trabajar, se tiene independencia económica de sus progenitores.

No obstante, jurisprudencia mayoritaria ha establecido que cuando haya terminado sus estudios y desempeñe un trabajo remunerado que le reporte ingresos suficientes para atender sus necesidades básicas, aunque este sea de carácter temporal, es motivo de extinción de la pensión de alimentos a favor de este, debiendo analizar siempre el caso concreto para considerarlo o no como una modificación sustancial de las circunstancias. En este sentido se pronuncia la sentencias de la AP de Córdoba, sección 1ª de 6 de marzo de 2006 en el que *“ se declara extinguida la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad al haberse acreditado su incorporación al mercado laboral : carece de fundamento alegar que no han alcanzado independencia por el mero hecho de que el trabajo no es estable, ya que atendiendo a la realidad social del momento en que se aplican las leyes (art. 3.1CC) y en la actualidad la precariedad laboral es un hecho notorio ”*

-Se considera una causa de extinción el hecho de que se haya adquirido un empleo de carácter fijo o perciba una pensión periódica, así como el hecho de que el hijo este dado de alta en la seguridad social como autónomo y abonando sus cuotas mensuales.

A pesar de todo ello en el caso de que tras quedar extinguida la pensión de alimentos por motivos laborales, si el hijo posteriormente se queda sin empleo y se encuentra en situación de necesidad por no recibir ingresos, podrá iniciar un procedimiento de alimentos frente a ambos progenitores.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, Nº de Recurso 749/2007, Nº de Resolución: 253/2007 de fecha veintitrés de octubre de dos mil siete. establece lo siguiente: *“ En este sentido, y es reiterada doctrina y la jurisprudencia al respecto, no cabe fundamentar la pretensión sobre*

reclamación de alimentos de hijos mayores que ya tienen independencia laboral y económica en criterios estrictamente formales, a propósito del procedimiento de modificación de efectos, como sede procesal única, para resolver conforme a derecho la cuestión planteada, a propósito del cese de la obligación de abonar la pensión de alimentos, establecida en una sentencia, en favor de los hijos ya mayores de edad, una vez que se ha acreditado la independencia laboral y económica de los mismos.”

“cuando un hijo mayor de edad alcanza de una manera más o menos estable su independencia económica -al haberse incorporado al mundo del trabajo- cesa la obligación de los padres de prestarle alimentos. Esta realidad opera de una manera en cierta medida irreversible, puesto que una vez que se ha producido la independencia económica del hijo, lo único que cabría a éste -en el caso de venir a peor fortuna- sería solicitar de sus progenitores los correspondientes alimentos entre parientes, al margen todo ello de estos específicos Procedimientos de Derecho de Familia como en el que nos encontramos. “

Esta otra sentencia AP Barcelona, Sec. 18.^a, 426/2010, de 2 de julio ,extingue la pensión alimenticia en base a que “... la hija mayor Carolina, que ya ha cumplido los 25 años de edad, pues tiene 26 años en este momento, de manera que puede extinguirse la obligación paterna a contribuir a sus alimentos, tal como éste solicita, si se cumplen los requisitos para ello. De la prueba practicada se ha acreditado que ha terminado sus estudios de ADE y estuvo trabajando, con contrato indefinido de fecha 12 de enero de 2007 (F. 65) para un despacho de Abogados. Tras su cese en tal despacho, marchó a Inglaterra, donde está tramitando el percibo de un subsidio de desempleo y realiza un trabajo de tres o cuatro horas en un catering, al mismo tiempo que estudia inglés, tal como reconoció la Sra. Carmela en su interrogatorio. Así las cosas, esta Sala, tal como ha dicho en reiteradas resoluciones, considera que el hecho de haber terminado su formación y haber tenido un trabajo estable, con contrato fijo, en el que al menos, cobró el salario mínimo interprofesional, sin que se haya acreditado sus ingresos exactos, determina su independencia económica, al menos en ese período de tiempo, lo que unido al hecho de estar viviendo en Inglaterra donde trabaja, por tanto fuera de la vivienda familiar, determina que se declare extinguido su derecho a percibir una pensión alimenticia a través de este procedimiento matrimonial, sin perjuicio de que

pueda reclamar alimentos por derecho propio a ambos progenitores, si se considerara necesitada de ellos.

El art. 76,2 del Código de Familia de Catalunya establece respecto de los hijos mayores de edad que convivan con uno de los progenitores y que no tengan ingresos propios, que se deben fijar los alimentos que correspondan en los términos del art. 259 del mismo cuerpo legal. No se dan por tanto en este caso los referidos requisitos, pues Carolina ya no convive con la madre, por lo que además, carece ésta de legitimación para reclamar tales alimentos. “

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de AP Madrid, Sec. 22.ª, 770/2010, de 16 de noviembre, en la que se establece que "... Analizada la prueba practicada en los autos, se puede concluir que el hijo Víctor, que actualmente reside con la madre, ya no estudia, así lo reconoció expresamente la propia apelada, concluyó sus estudios de dibujo gráfico, y aún aceptando que el trabajo que desarrolla actualmente, como recepcionista no le reporta ingresos suficientes, es lo cierto que se hace preciso reservar a dicho hijo, si lo cree oportuno, el derecho a exigir los alimentos en el proceso declarativo que corresponda, y puesto que ya no se dan los presupuestos legales para mantener, ni siquiera temporalmente, la pensión de alimentos en sede de procedimiento de familia, fijada en su momento en la sentencia de divorcio de fecha 26 de febrero de 1998, por lo que, estimando el recurso en este apartado, es lo procedente declarar la extinción de la pensión de alimentos en favor de dicho hijo Víctor, con efectos desde la sentencia de instancia, entendiéndose consumidos todos los satisfechos hasta este momento, sin posibilidad de reclamación ni devolución"

Este otro Auto nº 22 de la AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 8 de febrero de 2010, determina que no procede a ejecución de alimentos debido a que "La pensión alimenticia existe aunque no resulte exigible, pues, como esta Sección ha declarado a raíz del Auto de 4 de Julio de 2006, si bien la extinción del deber de abonar una pensión de alimentos requiere formalmente un pronunciamiento judicial que así lo declare, dotado de eficacia "ex nunc" y recaído en un proceso de modificación de medidas, sin embargo, desde una perspectiva material, resulta jurídicamente abusivo y contrario a la buena fe exigir el pago en vía ejecutiva de una pensión cuando, de manera ostensible e inequívoca, se aprecie, y así se acredite de modo indubitado e

incuestionable, la presencia de alguna causa extintiva del derecho a percibirla, y, en consecuencia, el hecho de acceder a la pretensión ejecutiva ampararía un abuso de derecho y daría cobertura a una situación de enriquecimiento injusto.

La demanda sobre modificación de medidas articulada por el Sr. Oscar, de producirse el allanamiento o la estimación de la pretensión, acarreará la declaración formal de extinción del deber de abonar la pensión alimenticia a favor del hijo alimentista (mayor de edad, conviviente con la madre y perceptor de ingresos económicos procedentes del trabajo por cuenta ajena), sin que sea exacto afirmar que en el presente proceso de ejecución se ha reputado extinguida la pensión alimenticia, pues sólo se ha considerado inexigible a la vista de las actuales circunstancias del alimentista.”

-Otra causa de extinción es que el hijo no se aplique como es debido en el trabajo o en su formación académica como lo estipulado en la sentencia de la AP de Valencia, Sección 10ª de 26 de abril de 2002 en el que es causa de extinción “extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad cuando se comprueba que tiene 29 años y lleva 1 años matriculado en la facultad de derecho sin que hasta la fecha conste que a finalizado sus estudios”

En igual sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4, de 4 de marzo de 2010, en el que se señala que “Procede la extinción de la obligación alimenticia en el caso en que el alimentista no termina el bachillerato hasta los 21 años, y sigue preparando oposiciones para acceder al cuerpo de Policía a los 25 años. En un caso en el que la dependencia económica es imputable, por pasividad y evidente falta e aprovechamiento, al alimentista.”

No obstante la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 2001 declara: “que a tenor de lo dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil que determina que las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas; no cabe la menor duda que no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia. Se dice lo anterior porque dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años

de edad; no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un "parasitismo social".

-Causa de extinción por contraer matrimonio el hijo, es decir cuando un hijo ha contraído matrimonio, ya que este hecho altera el orden de prelación en la relación de alimentos de los parientes puesto que como se señala en el art. 144 del CC *“La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente...”*, pudiéndose aplicar de igual modo lo estipulado en el art. 152. 3º del Código Civil.

Otra causa que se aplica es la extinción de la pensión por falta de la convivencia del hijo con los progenitores, no obstante cuando la salida del domicilio familiar se haya producido como consecuencia de realizar unos estudios universitarios, deberá entenderse que no se ha producido esa salida efectiva del domicilio familiar . Sin embargo hay algunos tribunales que no consideran el cese de la convivencia como causa de extinción de la pensión de alimentos ya que para que ello se produzca deberán concurrir las circunstancias que se encuentran estipuladas en el artículo 150 y 152 del CC, en el que en el caso de que el hijo aunque no conviva con el progenitor custodio no tenga independencia económica, no procederá la extinción de la pensión, teniendo en cuenta siempre las demás causa de extinción.

En ocasiones, cuando se fija una pensión de alimentos, si el hijo no se encuentra conviviendo con ninguno de los progenitores, en caso de que se crean con derecho a percibirlos, deberá reclamarlo mediante el correspondiente procedimiento de alimentos entre parientes.

-Extinción de la pensión por falta de ingresos en el progenitor obligado al pago de los alimentos

Tal y como dispone el art. 152.2 del CC, cesará también la obligación de dar alimentos cuando el obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus necesidades o las de su familia. Esta reducción deberá

ser acreditada por el obligado a darlos y esa reducción se haya producido por causas ajenas al obligado a prestarlos, y que tiene carácter permanente.

-Extinción por cumplimiento de las cláusulas del convenio regulador

Realmente esta causa de extinción no es automática ya que habrá de valorar todas las circunstancias, es decir si en el Convenio regulador aprobado judicialmente se impone un límite temporal y este es aprobado judicialmente, llegado el momento habrá de valorarse todas las circunstancias. Por lo tanto, en ocasiones y como bien se refleja en la jurisprudencia, esta causa de extinción no ha prosperado como es el caso de la *sentencia de la AP de Jaén Sección 1ª de 22 de enero de 2004 en la que se expone que “el mantenimiento de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad hasta que termine la carrera de ingeniería aun cuando en el Convenio regulador se pactó que solo se abonaría durante los dos años siguientes”*

No obstante en esta otra sentencia de la AP de Sevilla, sección 8 de 18 de enero de 2006, si se establece esta causa de extinción cuando se estipula que *“ se extingue la pensión de alimentos de las hijas al concurrir las causas de extinción pactadas en el Convenio regulador, en virtud de la cual el padre quedaría exento de su abono si las hijas obtuvieran ingresos propios que les permitieran valerse por si mismas, estableciéndose además que en caso de contratos temporales, estaría igualmente exento de su abono en dichos periodos. Todo ello sin perjuicio de que renazca el derecho al cobro de alimentos de las hijas si sus circunstancias se vieran alteradas”*

- Por ser condenado el hijo por agredir al padre

El art. 154.2 del CC prevé como causa de *extinción “cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”* en este sentido se pronuncia la AP de Granada, Sección 3ª, 20 de mayo de 2002, la cual señala la *“extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad en base a la condena por agresión o malos tratos del hijo hacia el padre”*

- Limitación temporal de la pensión alimenticia

Como ya hemos indicado anteriormente, la pensión alimenticia de los hijos menores de edad es incondicional, sin embargo, en la mayoría de edad, esta obligación de abonar la pensión se limitara a que el hijo lo necesite, es decir, que carezca de independencia económica. En principio, a la pensión alimenticia no se podrá establecer un límite temporal ya que no se puede prever si en un futuro el hijo mayor de edad necesitara o no esos alimentos, siempre y cuando no se den las circunstancias de los artículos 150 y 152 del CC. No obstante tampoco debe ser ilimitado tal y como establece el art. 152.5 del CC en el que la falta de dedicación tanto laboral como escolar, podrá motivar la extinción de la pensión alimenticia aceptándose la fijación de un breve periodo de tiempo para concienciar de la finalidad de esta pensión si el alimentista no se aplica en sus labores. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Madrid, sección 22ª de 13 de septiembre de 2002 *“aun cuando el hijo ha cumplido 26 años de edad, no procede dejar sin efecto la pensión alimenticia, ya que actualmente se encuentra en una avanzada etapa de su formación académica que le ha de permitir su próxima integración en el mercado laboral, por ello se estima prudente limitar temporalmente a un año el abono de la pensión”*

Se ha debatido en múltiples ocasiones la posibilidad de no abonar la pensión de alimentos en los meses de verano o vacacionales en el que el progenitor no guardador tiene a su disposición al hijo o acreedor de la pensión alimenticia. Referente a ello se ha manifestado entre otras la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de junio de 1995 en el que se determina que ciñéndonos a lo estipulado en el art. 142 del CC los alimentos legales comprenden conceptos mucho más allá de los puntuales gastos que un hijo puede generar a diario o en sus vacaciones. La fijación de una pensión generalmente parte de la ponderación de unos ingresos anuales del progenitor obligado y de los gastos o conceptos también anuales (habitación, vestido, educación...) ajenas a los concretos sustentos de la fase vacacional.

De igual modo se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 15 de mayo de 1999 cuando dice que *...”no cabe rebajar la pensión ni total ni parcialmente durante los periodos en los que el menor permanezca de vacaciones con el padre, pues las necesidades del hijo no se circunscriben a las estrictamente*

alimenticias sin que al ser la contribución por alimentos globalizada de los gastos de vestido, educación, medicinas..., la contribución periódica ha de servir para solventar las necesidades globales del menor durante el año natural...

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 30/2010, de 17 de marzo: “... *El motivo se desestima toda vez que no contemplando el convenio regulador en su momento aprobado por Sentencia previsión alguna al respecto, el importe de la contribución alimenticia se fija en términos abstractos sin tomar en consideración los gastos de cada mes del beneficiario de la misma. En igual sentido, la SAP de Castellón de fecha 13 de diciembre del año 2.001 cuando señala “que el hecho de que el hijo permanezca un mes en el período estival de vacaciones junto al padre, no suspende la obligación de efectuar el pago de la pensión de alimentos establecida mediante resolución judicial. Y ello en base a que dicha cantidad se fija en términos abstractos, sin tener en cuenta los gastos concretos de cada mes del beneficiario de la misma, ya que ello sería enormemente complicado, habida cuenta de la variación que de los mismos puede producirse mensualmente, y que en ocasiones superará la cantidad fijada por el juez y en otras no llegará a cubrirla. Siguiendo el criterio propuesto por el apelante, se llegaría a situaciones tan extremas como tener que descontar los fines de semana que la menor pasa en su compañía o, por el contrario tener que satisfacer más cantidad si, por cualquier razón, no puede hacerse cargo un día de los que a él le corresponden del cuidado de la misma. Repetimos que no es el pago de los concretos gastos lo que se pretende con la fijación de la pensión, sino establecer una cantidad alzada, en base a la situación económica de los progenitores, al nivel de vida de la familia, y a cuál de ellos la tiene bajo su custodia, que se considere equitativa y justa para el caso en concreto, criterio que se ha seguido en la sentencia recurrida”. También, la SAP de Pontevedra de fecha 3 de mayo del año 2.006”*

IX. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL HIJO MAYOR DE EDAD PARA PROMOVER JUDICIALMENTE RECLAMACIÓN DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

La legitimación de los hijos mayores de edad es un tema clásico en el derecho de familia ya que el debate se centra en la legitimación o no de estos para intervenir como

parte en un procedimiento de reclamación de pensión alimenticia. El artículo 6 de la LEC establece que tienen capacidad para intervenir en un procedimiento las personas físicas.

Una de las posturas más claras la concedió el Tribunal Supremo mediante sentencia dictada el 24 de abril de 2000, en la que se otorgaba legitimación al progenitor con el que conviven los hijos para solicitar la pensión alimenticia, indicando que los únicos legitimados para intervenir en estos procedimientos serán los cónyuges, única y exclusivamente. La citada sentencia expone lo siguiente:

“el progenitor con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentren en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93. 2. 2º del CC, se halla legitimado para demandar al otro progenitor la contribución de este a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores.”⁹

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Málaga secc. 6ª, de 6 de febrero de 2002, cuando estipula que es improcedente que en los procedimientos especiales como son los de separación o divorcio pueda admitirse una personación de alguien que no sean los propios cónyuges.

Los artículos 13, 14, 150 y 301 de la LEC a priori se puede entender que se legitima a los hijos mayores de edad a intervenir o ser parte en los procedimientos matrimoniales, sin embargo, tan solo pueden ser interrogados para manifestar si este ha otorgado o no la representación al progenitor que en su nombre reclama los alimentos o en otro caso, para saber si en este concurren los presupuestos exigidos en el art. 93 y 142 del CC, para reclamarlos.

No obstante y tras este breve análisis, se puede apreciar que los dos requisitos básicos que deben darse son que el hijo mayor de edad conviva en el domicilio familiar y que este tenga falta de independencia económica. A pesar de lo establecido en el artículo 93 del CC referente a la necesaria convivencia en el domicilio familiar como

⁹ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, *Tratado de derecho de familia, Tomo I, Volumen II, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos*, editorial Lex Nova 2007. PG: 1148-1151.

presupuesto básico para la legitimación en la solicitud de alimentos, este requisito se ha obviado en aquellos casos especiales en los que por razón de estudios no existe convivencia diaria. En este mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias:

AP de Córdoba sección 2ª, de fecha 12 de enero de 2004: “ se concede legitimación a la madre para reclamar la pensión alimenticia de las hijas mayores de edad , negada por el Juzgado de Instancia, aunque están estudiando en otra ciudad distinta, fijándose excepcionalmente como importe el 30% de los ingresos del padre, que actualmente no trabaja”

AP de Ciudad Real, Sección 1ª de 24 de noviembre de 2004: *“la madre tiene legitimación para solicitar la pensión alimenticia a favor de la hija, aunque esta lleve residiendo temporalmente seis meses en otro país por la concesión de una beca”*

El requisito de la dependencia económica, es un requisito necesario en el que decaerá la legitimación de reclamar alimentos el hijo mayor de edad mediante representación, cuando conste que el hijo tiene trabajo que le conceden cierta autonomía económica aunque continúen conviviendo en el domicilio familiar. De este modo se pronuncia la sentencia de la AP de Barcelona, sección 18 de fecha 19 de mayo de 2004, la cual deniega la legitimación de la madre para reclamar alimentos a favor de la hija que trabaja esporádicamente adquiriendo cierta autonomía laboral.

La sentencia de la AP de A Coruña, Sección: 3, de 21 de septiembre de 2007, en el fundamento Jurídico Tercero, estipula que *“Entiende esta Sala, y así ya lo expuso, por ejemplo, en sentencia de 30 de noviembre de 2.006 , que si bien EL SEÑALAMIENTO DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD QUE SE ENCUENTREN EN EL CASO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 93, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL NO REQUIERE QUE ÉSTOS PARTICIPEN EN EL PROCESO EN CUESTIÓN, ESTANDO LEGITIMADO PARA PEDIRLOS EL PROGENITOR CON EL QUE CONVIVAN (ASÍ, SENTENCIA DEL TS. DE 24 DE ABRIL DE 2.000), NO SUCEDE LO MISMO EN EL CASO CONTRARIO, DE QUE SE PRETENDA DECLARAR EXTINGUIDO ESE DERECHO, PORQUE NI LA LEY SE PRONUNCIA EN TAL SENTIDO, ENTONCES, NI CABE SUPONER QUE AL TENER AQUÉLLOS PROPIA PERSONALIDAD JURÍDICA Y PLENA CAPACIDAD DE*

OBRAR, PUDIERAN ESTAR REPRESENTADOS, SIN MÁS, POR EL PROGENITOR EN CUYA COMPAÑÍA ESTÉN, POR LO QUE LA ACCIÓN DEBE DIRIGIRSE - TRATÁNDOSE DE ESTE TIPO DE PROCESOS- NO SÓLO CONTRA ÉSTE, SINO TAMBIÉN NECESARIAMENTE CONTRA EL HIJO MAYOR DE EDAD, QUE PODRÍA VERSE AFECTADO POR EL PRONUNCIAMIENTO QUE RECAYESE, ESTÁNDOSE ASÍ ANTE UN SUPUESTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 12.2 DE LA LEC.”

Tal y como dispone el Autor y Abogado José Luís Cembrano Reder, existe otra parte de la doctrina que entiende que el art. 93.2 CC, ha intentado evitar que los hijos tengan que comparecer enfrentados en el pleito familiar con sus progenitores.

La Audiencia Provincial de Madrid sección 22ª, de 10 de enero de 2003, establece en el fundamento segundo de la sentencia que *“segundo.- la falta de legitimación activa y pasiva esgrimida por la parte apelante no puede acogerse ya que tal como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2000, el artículo 93 párrafo segundo del código civil no establece norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges, a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad, únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados efectos civiles, entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia, por otra parte el artículo 24-1 de la constitución en relación con el artículo 7-3 de la ley orgánica del poder judicial posibilita el acceso a la jurisdicción no solo para demandar la tutela de los derechos que es titular el demandante de tutela judicial sino también a quien acude a los órganos jurisdiccionales invocando intereses legítimos. La inexistencia de la excepción de falta de legitimación pasiva conlleva también la de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que el progenitor con quien residen los hijos mayores beneficiarios de la pensión de alimentos está capacitado para soportar la acción supresora de la referida pensión sin necesidad del llamamiento de éstos.”*

La legitimación para reclamar alimentos corresponde, para una parte de la doctrina, sólo al hijo mayor de edad, en cuanto titular único del derecho de alimentos, debiendo personarse en el proceso iniciado por sus progenitores, y constituirse en parte o como interviniente adhesivo; sin perjuicio de poder el hijo autorizar expresamente al progenitor con quien convive para su reclamación en el proceso matrimonial tal y como se establece en el art. 127 del CC. No obstante para otro sector de la doctrina, la legitimación recae en el progenitor con quien convive el hijo mayor de edad, al entender que los alimentos correspondientes a éste, constituyen cargas del matrimonio, cuya titularidad la ostenta el cónyuge que las ha de soportar tal y como se refleja en el artículo 128 del CC; o simplemente, porque el progenitor conviviente actúa por un mandato tácito ; y, finalmente, no falta quien aboga por una legitimación del progenitor conviviente derivada de un derecho propio: el derecho de reembolso que corresponde a quien está satisfaciendo los alimentos en su totalidad frente a los otros obligados que, en este caso, es el otro progenitor (art. 145 del Código Civil). Se trata de una legitimación por sustitución, accionando no en nombre del titular del derecho de alimentos -el hijo mayor de edad-, sino en su propio nombre basándose en el art.130 del CC. No obstante, en la reclamación de alimentos por el hijo mayor de edad debe dirigirla frente a ambos progenitores como consecuencia del litisconsorcio pasivo necesario tal y como se contiene en el art. 131 CC.¹⁰

El Abogado y Autor, José Luís Cembrano Reder¹¹, sintetiza las diferentes tesis existentes en la doctrina referente a la legitimación activa de los hijos mayores de edad en la solicitud de la pensión de alimentos, enumeradas del siguiente modo:

a) tesis alimentista; por remisión del artículo 93.2 CC. a los artículos 142 SS. Se otorga al hijo y no al progenitor, lo que legitima sólo a aquél para reclamarlos. En necesaria la comparecencia o al menos ratificación de la petición, pues la representación y potestad se extingue por los artículos 169.2 y 315.1 CC...

¹⁰

BERROCAL LANZAROT Ana Isabel, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* › Núm. 721, Septiembre 2010 , pg: 2374

¹¹ CEMBRANO REDER José Luís, Abogado, *Asociación española de Abogados de Familia, Opinión, Efectos económicos, Hijos mayores, extinción, litisconsorcio pasivo necesario, publicado el 26 de marzo de 2008*

b) tesis del levantamiento de las cargas; tienen legitimación procesal sustantiva al cónyuge conviviente sin necesidad de intervención de los hijos en los pleitos de familia; Solo son parte, en su caso el Ministerio Fiscal, y como administrador de los gastos familiares de los hijos el otro cónyuge.

c) tesis sustitutoria o la tesis del desplazamiento de la legitimación; existe especial autorización legal a una persona (sustituto), en el proceso sobre derechos ajenos (sustituido), y titularidad del derecho por el alimentista (creación, modificación y extinción); procesalmente los exige para él pero en la persona del otro progenitor para evitar un perjuicio patrimonial propio, y permite entender en base al artículo 93.2 que el progenitor conviviente con el hijo tiene un derecho propio a ejercitar la acción derivada de la norma. Así se mantiene la cualidad procesal extrínseca de las partes, se respeta la titularidad del derecho de alimentos, y mediante la sustitución en derecho ajeno se cumpliría con el litisconsorcio pasivo necesario entre progenitor e hijo titular. No es preciso apoderamiento, y basta con que se deduzca del cumplimiento de los términos del artículo 93.2 CC... Es una legitimación extraordinaria concedida por ley, de la que él no es titular solo ha de probar: a) que le autoriza la sustitución la convivencia y dependencia y b) la relación entre el sustituto y el demandado (conforme a los artículos 142 del Código Civil).

GASTOS EXTRAORDINARIOS

I. CONCEPTO

No se establece ningún concepto en el Código Civil de los que son los gastos extraordinarios. No resulta fácil poder determinar que se entiende por gasto ordinario y por gasto extraordinario, sobre todo en aquellos casos en los que se precise asistencia médica o en lo referente a la enseñanza.

Para poder concretar en algún sentido lo que son gastos extraordinarios de un modo general, podemos señalar la Sentencia de la AP de Madrid Secc. 22ª, de 25 de abril de 2008, en la que se contiene un concepto de gastos extraordinarios, establecido del siguiente modo:

“Viene manteniendo esta Sala que el concepto de gasto extraordinario, en lo que se refiere a las atenciones de los hijos, hemos de inferirlo legalmente de su necesaria relación con el que, como de alimentos, se contiene en el artículo 142 del Código Civil, que define a los mismos como lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación o formación del alimentista.

El alcance de dicha obligación, en lo que afecta a los hijos, no tiene en todo caso la misma dimensión, ni cualitativa ni cuantitativa, pues se encuentra necesariamente condicionada, no sólo por los recursos del alimentante, sino también por el marco social, cultural, etcétera, en que se desenvuelve la vida cotidiana de cada familia que, en determinados supuestos, viene a crear una serie de necesidades que han de calificarse de normales u ordinarias, pero que, valoradas en otro ámbito distinto, podrían, por el contrario, alcanzar el rango de excepcionales o extraordinarias.

El Diccionario de la Real Academia define como extraordinario lo que se sitúa "fuera del orden o regla natural o común", añadiendo específicamente que es gasto extraordinario el "añadido al presupuesto normal de una persona, una familia, etcétera".

En consecuencia, y con carácter de generalización, habremos de considerar, en relación con la cuestión que ahora se debate, que los gastos extraordinarios en la vida de los hijos son aquellos que no tienen periodicidad prefijada, al dimanar de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de ser vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes, del alimentista, y ello en contraposición al concepto de los superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista.

Por lo expuesto, y al contrario de lo que alega la parte actora, el concepto de ordinario no puede vincularse a que el gasto tenga una periodicidad necesariamente mensual o inferior, pues si el mismo es previsto, o fácilmente previsible, y se reitera en períodos más largos, no por ello puede ser extraído, en orden a su cobertura, de la pensión alimenticia mensual, en la que ya se tienen en cuenta los mismos en orden a su prorrateo entre las pensiones que deben ser sufragadas con dicha periodicidad.

Bajo tales condicionantes no podemos acoger la pretensión articulada por dicha litigante, pues, conforme a lo en su día pactado con su esposo, no todo los gastos de educación habían de satisfacerse por mitad, sino tan sólo aquellos que, al igual que los de sanidad, tuvieran un carácter extraordinario, y en ellos no tienen encaje posible los reclamados por comedor escolar, libros de texto, uniforme, matrícula del colegio o actividades obligatorias desarrolladas en el mismo pues, con independencia de tratarse de gastos mensuales o anuales, nos encontramos ante partidas reiteradas, previstas y de elemental previsión en todo menor escolarizado .

Lo mismo ha de predicarse del desembolso derivado de la adquisición del uniforme escolar, pues sobre obedecer tal partida a una decisión unilateral de la actora, por cambio de centro escolar, sería igualmente necesaria la adquisición y sustitución, por desgaste, de otro tipo de ropa y calzado para asistir a cualquier centro escolar, sin que conste que ello sea más asequible económicamente que el uniforme, al que sustituiría.

Los gastos a que se refiere el documento número 11 de los aportados con el escrito rector del procedimiento (gabinete psicopedagógico y seguro escolar) no consta que respondan a unas necesidades específicas e individuales del hijo, constituyendo, por el contrario y como es de público conocimiento, una partida girada por los colegios privados a todos sus alumnos, normalmente al inicio de cada curso escolar.”

También podemos nombrar las Sentencia de la AP de Castellón de 17 d abril de 2007 y 19 de septiembre de 2006, en la que se establece que "los gastos extraordinarios constituyen aquellos que sobrepasan el régimen ordinario de alimentos, vestido, vivienda, ocio, salud y educación y que bien sean acordados conjuntamente por ambos progenitores, o bien sean consecuencia de una necesidad ineludible y/o asumible por el caudal de los progenitores (en este sentido, SAP Guipúzcoa Secc. 3ª de marzo 1999). Estos gastos, de los que en modo alguno se puede eximir ninguno de los progenitores y a los que, por ello, también deben hacer frente en caso de producirse, de conformidad con la definición perfilada por la jurisprudencia menor ha de considerarse como tales aquellos que no son ordinarios ni habituales, sino futuros y puntuales y que surgen de una especial situación ocasional que debe afrontarse con carácter excepcional, por afectar a facetas de indudable importancia para los hijos menores o mayores que no han alcanzado la independencia económica, siendo imprevisibles y fuera de lo común y de lo que es razonable esperar en cada momento atendiendo a lo que demuestra la realidad diaria.

Al igual que lo establecido en la Sentencia de la AP de La Coruña de 3 julio de 2.006 con cita de las sentencias de la Sección núm. 22 de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 1998 y 10 de julio de 2001, que recoge el tenor de éstas en cuanto a lo que son gastos extraordinarios son "...aquellos que no tienen periodicidad prefijada en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo de estar vinculados a necesidades que han de cubrirse, económicamente, de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista". De similar forma se expresa la sentencia de 22 de julio de 2002 del mismo Tribunal cuando indica que es gasto extraordinario el que "tiene lugar como consecuencia de circunstancias especiales en la

vida del menor, en el aspecto físico, material, personal o de asistencia médica y clínica, o por razón de la necesidad puntual y excepcional derivada de su propia formación escolar y académica, y sin perjuicio de valorar aquellos supuestos en los que el gasto venga cubierto por cualquier institución, de manera que en cada momento, y para cada caso concreto, se resolverá la cuestión, en el supuesto en el que las partes no lleguen a un acuerdo, mediando entonces la intervención judicial". En el mismo sentido, la sentencia de la AP de Navarra sección 2ª de 22 de abril de 2002. La sentencia de la AP de Tenerife, sección 4ª, de 22 de mayo de 2002, indica que son los que ostentan las notas "de no poderse prever como futuros normales". Por su parte, la sentencia de 14 de octubre de 2001, de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, reputa como tales "los distintos de los ordinarios, habituales y previsibles, no comprendidos, por tanto, en la pensión fijada para alimentos".

II. CARACTERISTICAS

Los rasgos más característicos de los gastos extraordinarios, vienen establecidos por la jurisprudencia, a través de numerosas sentencias. Se pueden destacar las siguientes¹²:

- GENERALIDAD: (no esta sujeto a temporalidad)

La Sentencia de la AP de Baleares, Secc. 3º, de 12 de julio de 2006, establece que “ En cuanto a la temporalidad fijada en la sentencia apelada se debe señalar que tienen dicho este Tribunal con reiteración -entre otras las sentencias de 22 de junio de 2000, 30 de abril de 2001, 15 de febrero, 14 de marzo y 25 de abril de 2002 y 16 de noviembre de 2005 , que la pensión compensatoria no aparece en principio configurada en la ley como una prestación de carácter temporal y limitado, sino, al contrario, sin sujeción a plazo ni término, sin perjuicio claro está de que el artículo 100 y 101 , puede ser modificada en caso de alteración sustancial de las circunstancias o resultar extinguida por la desaparición del desequilibrio económico que justificó su creación, debiendo seguir, en tales supuestos, el procedimiento establecido, en el que se aleguen y prueba bien la alteración de las circunstancias que determinaron su importe, bien la concurrencia de las causas de extinción previstas legalmente. ”

¹² Revista Sepin, Jurisprudencia, Fascículo 81, Octubre de 2008.

“ Ciertamente es que la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005 entiende que el artículo 97 del Código civil permite fijar la pensión compensatoria con carácter temporal, pero siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal, es decir, que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión ante la posibilidad real de desenvolverse autónomamente el cónyuge que sufre el desequilibrio, lo que no se da en el caso en que la esposa, dada su edad, y formación, le será altamente difícil conseguir un empleo fijo que le permita alcanzar dicho reequilibrio. ”

- EXCEPCIONALIDAD:

La sentencia de la AP de Badajoz, secc 2ª, 16 de septiembre de 2005, establece al respecto que “No hay razón justificada por la cual deba atenderse la pretensión de que los gastos de escolarización de la hija María Consuelo deban ser exclusivamente abonados por el padre. De la resolución recurrida se desprende que la excepcionalidad de los mismos genera la asunción al 50% entre ambos progenitores (auto aclaratorio de la Sentencia) y la recurrente no consigue desvirtuar lo razonable de esta decisión. Por ello, en tanto no se consiga acreditar que María Consuelo precisa de un programa de escolarización extraordinario, el actualmente seguido habrá de ser considerado ordinario; muy al contrario, los argumentos que utiliza la recurrente no hacen más que justificar que la escolarización de la hija, que ella entiende extraordinaria, obedece a simples imposiciones del padre, pero la excepcionalidad del trato dispensado a esta hija no supone por sí sólo que origine gastos extraordinarios; simplemente son más altos que los del resto de los hermanos”.

- IMPREVISIBILIDAD:

La sentencia de la AP Córdoba, Sec. 2ª, 83/2007, de 12 de abril establece que “Tal y como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la doctrina, los gastos extraordinarios, tanto en los casos en los que no exista una enumeración detallada en la ejecutoria, como cuando su concreción no sea suficiente, se extienden a los que se produzcan de forma imprevisible y resulten, además, necesarios.”

- FALTA DE PERIODICIDAD:

Este rasgo es resaltado por la Sentencia de la AP de Ciudad Real, Secc 2ª de 16 de noviembre de 2004, en la que se contiene que “dado que la sentencia de instancia aumenta la pensión de alimentos de los hijos, no solo por las circunstancias que concurren, sino también para englobar dentro de ella gastos extraordinarios periódicos, o que se producen con periodicidad, habría por congruencia con dichos parámetros, que rebajar dicha cuantía, para que quedaran fuera de sus argumentos dichos gastos extraordinarios, lo que supondría, en cierto modo atender al recurso interpuesto por el padre, que además de lo ya expuesto en el apartado anterior, pretende una rebaja, dejando al margen los gastos extraordinarios. El argumento dado por la Juzgadora de "periodicidad" con la que se producen determinados gastos extraordinarios de los contemplados por los cónyuges en el Convenio Regulador, se ha de compartir, respecto de las necesidades educativas tanto escolares como extraescolares, concepto de educación que es predicable no solo de las actividades propias de la asistencia a un centro educativo o clases particulares, (necesidades educativas), sino de las actividades de ocio que extraescolarmente, se organicen por el centro educativo, las cuales también son necesarias para la educación de los menores, como lo son las excursiones, gastos todos estos, que ciertamente tiene una periodicidad, y que han de ser sufragados por la madre con la pensión de alimentos que para los hijos se ha señalado en la sentencia de instancia, ya que dicha periodicidad y previsión desnaturalizan su carácter de extraordinarios para convertirlos en ordinarios.”

- CONSENSUADO POR LO PORGENITORES:

En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Málaga, Secc 6ª, de 26 de octubre de 2007, como Magistrado Ponente Ilmo. Sr. JOSE JAVIER DIEZ NUÑEZ, el cual se pronuncia en el siguiente sentido “*se debe partir de que la patria potestad de ambos progenitores sobre las que fueran sus menores hijas era compartida, lo que imponía asumir, de mutuo acuerdo, todo tipo de decisiones que afectaran a las mismas, lo que no consta, en absoluto, que se hiciera, como bien se desprende de la literalidad de la demanda de ejecución en la que se expresa por la representación procesal de la esposa ejecutante que esa serie de gastos fueron decididos adoptarlos por sí sola sin contar con el consentimiento del ejecutado por considerar que eran procedentes y de*

naturaleza extraordinarios, lo que, a su entender, facilitaba su reclamación en su cincuenta por ciento, tesis inadmisibles si nos atenemos al contenido del proveído de catorce de marzo de dos mil dos en el que siendo ya discutida la forma de actuación de la acreedora reclamante la juzgadora de instancia acordó poner en su conocimiento que "... en todo caso deberá dar cuenta de los gastos extraordinarios, ya sean relacionados con los estudios, el vestido o médicos, y con carácter previo a tomar la decisión de su realización, debiendo ser una decisión compartida con el progenitor, Don Carlos María,..." (folio 172), no siendo de recibo, por tanto, pretender atender a un sistema de hechos consumados en los que la opinión de unos de los interesados ha sido por completo desoída, dado que lo procedente hubiese sido concertar previamente y de común acuerdo cualquier tipo de decisión económica que afecte a las hijas matrimoniales para que en caso de desacuerdo hubiese sido el órgano judicial el que hubiese resuelto las diferencias entre los esposos, por lo que al no actuarse en la forma procedente determina el fracaso de la reclamación por el concepto de gastos extraordinarios en la cuantía pretendida en ejecución”

- AUTORIZADO JUDICIALEMNTE:

La sentencia de la AP de Barcelona, secc 18, de 30 de marzo de 2007, señala que *“Pues bien, debemos desglosar aquellas necesidades del descendiente común de carácter periódico y previsible, como las actividades extraescolares ordinarias, de aquellas otras que pueden surgir en un momento determinado, fuera de aquella previsibilidad periódica, para incluir la cobertura de las primeras en la pensión alimenticia mensual, y contemplar específicamente las segundas bajo el concepto de gasto extraordinario.....Si ello es así es evidente que la pretensión inicial del apelante debe ser desestimada, como también la fundamentada en que en el convenio no se plasmó pacto especial sobre tales gastos, pues, y vista la conflictividad entre las partes, se hace evidente que deben ser contemplados en la sentencia resolviendo de forma general, así como la petición formulada subsidiariamente, pues a falta de acuerdo entre las partes, necesariamente ha de acudir a obtener una resolución judicial.”*

- PROPORCIONALIDAD EN EL PAGO:

Esta otra Sentencia de la AP de las Palmas, secc 3ª, de 4 de marzo de 2008, establece que *“En este caso, es evidente que los ingresos del marido como piloto de líneas aéreas son muy superiores a los de la esposa, que apenas se está empezando a iniciar en el mercado laboral tras el cese de la convivencia matrimonial. Con estos datos, y habiendo solicitado la esposa un gravamen del 90% de los gastos extraordinarios para el padre, entendemos que la proporción adecuada es del 75% el padre y el 25% la madre.”*

- PRONUNCIAMIENTO EN SENTENCIA:

Esta otra Sentencia de la AP de Cádiz, secc 5ª, 21 de mayo de 2008, señala esta característica en el sentido de que *“Del contenido de los artículos 91, 92 y 93 se desprende claramente la voluntad de la ley de que en el proceso matrimonial queden resueltas cuantas cuestiones afectan a las derivadas del cuidado de los hijos, tanto de carácter personal como patrimonial, y al efecto ha de destacarse cómo el artículo 91 emplea la disyuntiva " en las sentencias o en ejecución de las mismas" cuando hace referencia a las medidas a adoptar en relación con los hijos; y el artículo 93 ordena al Juez la adopción de cuantas medidas sean convenientes para mejorar la efectividad y acomodación de las pensiones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento; por todo lo cual no puede sostenerse que para decidir acerca de los gastos extraordinarios que exija el cuidado de los hijos sea necesario el inicio de un procedimiento declarativo independiente o argumentar que es necesario su petición expresa para que así conste. En caso de desacuerdo en relación al carácter o no de extraordinario de un gasto habrá que dirimirlo a través de un incidente de los artículos 387 y SS de la LEC. Pues bien habida cuenta lo dicho, es palmario que los gastos extraordinarios del menor habrán de ser satisfechos al 50 por ciento por ambos progenitores, cuestión ésta que ha de hacerse constar en la parte dispositiva de esta resolución.”*

III. ESPECIFICIDAD DE GASTO EXTRAORDINARIO

Para establecer de un modo más especial, lo que pueden ser gastos extraordinarios, se señalan numerosas sentencias que se han pronunciado al efecto de un modo no genérico para supuestos concretos planteados en los Tribunales. Para especificar que se entiende por gastos extraordinarios, podemos destacar la siguiente jurisprudencia, en lo que respecta ha:

- GASTOS DE FORMACION:

En este sentido podemos diferenciar entre lo que se entiende por gastos escolares y los gastos extraescolares.

1. ESCOLARES

En lo referente a los gastos de si la **guardería** se puede considerar un gasto ordinario o extraordinario, la Sentencia AP de Cádiz nº 566/2007 de, secc 5ª de 19 de noviembre de 2007, señala que tras solicitarse *“el abono de la cantidad de 394 € como correspondiente al pago de la mitad de los gastos extraordinarios en relación con el abono de las facturas relativas a la guardería del menor, los gastos originados por la compra de una trona y el correspondiente a la vacuna de la varicela, todos ellos acreditados mediante la oportuna prueba documental como se infiere de las que constan a los folios 54 y siguientes de los autos. Ahora bien, dando por reproducidas las consideraciones de la Juez "a quo" expuestas en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia apelada, no se trata de gastos extraordinarios, especialmente cuando en la factura de la guardería se incluye el comedor, faltando las características principales de los mismos, las cuales ya antes se apuntaron, por todo lo cual procede a desestimación del recurso de apelación”*.

En lo que respecta al **Colegio privado**, la sentencia 251/2007 de la AP de Málaga, secc 6ª, 25 de abril de 2007, establece que *“pudiendo ir los menores a un colegio público, la madre decide unilateralmente matricularlos en uno privado. Entrando a resolver sobre esta cuestión, conviene señalar que la separación matrimonial no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos -artículo 92*

del Código Civil -, debiendo cada progenitor contribuir a satisfacer los alimentos de éstos, cuya cuantía, conforme determina la doctrina jurisprudencial -Sentencias del Tribunal Supremo de 24 marzo 1976, 16 noviembre 1978 y 5 octubre 1993, entre otras-, compete al prudente arbitrio judicial, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente por el suyo propio y personal mientras no se demuestre infracción legal, y a tal efecto, según determinan los artículos 143 y 144 del Código Civil, la prestación exigida ha de concretarse en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe y que, de acuerdo al artículo 142 del mismo texto legal, debe comprender todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica así como educación e instrucción, y es en base a este principio legal por lo que esta Sala considera que la cuantificación alimenticia establecida en la sentencia de 720 euros para los dos hijos del matrimonio ha tenido en cuenta la proporcionalidad que debe regir la cuestión, porque si bien dicha cantidad (360 € para cada hijo) ...los gastos de los hijos no se limitan estrictamente a los enumerados en el artículo 142 sino también a los de ropa, médicos, clases particulares y, sobre todo, a los de ocio y juego, por eso la pensión fijada no resulta proporcionada a los ingresos del recurrente si no fuera porque del concepto de alimentos se ha excluido los gastos del colegio privado al que asisten y así, si bien no ha quedado acreditado cuales sean los reales ingresos del recurrente lo que desde luego sí ha quedado acreditado es que los mismos superan con creces el sueldo de 1.560 euros... En relación a la inclusión de los gastos de colegio en los extraordinarios, dicha medida resulta correcta en esta litis al constar que al mismo asiste Gabino, el hijo mayor, desde el año 2003, cuando faltaban dos años para que acaeciera la ruptura matrimonial, por lo tanto, se trató de una decisión conjunta de ambos progenitores no pudiendo pretender el recurrente que sus hijos modifiquen su nivel de vida por la separación de sus padres que además cuentan con ingresos suficientes para sufragar esos gastos, si bien habrá de tenerse en cuenta en el cumplimiento de esta obligación que en la partida "gastos del colegio privado" a su vez irán incluidos los de enseñanza, libros y material escolar, autobús, excursiones, viajes y actividades extraescolares siempre que en estas últimas haya previo acuerdo entre los progenitores, y que no estarán incluidos ni los gastos de uniforme ni los de comedor al considerarse que éstos últimos están ya abonados con la pensión alimenticia, debiéndose entender que el recurso formulado prospera con la concreción de dicha partida."

Cuando se trata de establecer una educación inusual como puede ser la necesaria para una **educación especial** la Sentencia de la AP de Salamanca, secc1ª, de 22 de enero de 2007, se pronuncia al respecto, estableciendo que *“Por un lado, rebate la denegada inclusión en el convenio de una cláusula general afectante a gastos extraordinarios "que genere la hija común y no sean cubiertos por el sistema público, los cuales serán satisfechos por ambos progenitores por mitad e iguales partes". Y por otro lado, vuelve a reclamar en la presente instancia, los gastos ya producidos por la asistencia al Centro de Educación Minicole, de la hija común del matrimonio (nacida en 1 de Abril de 2003), y los abonados a la Psicóloga que ha asistido a la niña.”*

2. EXTRAESCOLARES

La Sentencia de la AP de Málaga, secc 6ª, de 25 de marzo de 2008, se pronuncia en el sentido de establecer si la **clases de música**, se consideran o no un gasto extraordinario, señalando que *“En este sentido pretende la recurrente que el padre asuma íntegramente los gastos de índole extraordinaria, particularmente los de conservatorio, de sus menores hijos, pero lo cierto es que ambos, están de acuerdo en que los niños continúen con sus estudios de música en el conservatorio, como hasta ahora, han venido haciendo los niños, por lo que resulta lógico, que los gastos que de ello se deriven, así como cualquier otro de índole extraordinaria que pudieran generar los niños, tales como gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, y otros que pudieran determinarse, y puesto que es obligación de los dos progenitores contribuir al sostenimiento de sus hijos, sean asumidos por el padre en un cincuenta por ciento de los mismos , procediendo en este sentido, estimar en parte el motivo de apelación deducido, y completar la Sentencia dictada en la instancia en tal cuestión”.*

Sobre el mismo concepto se pronuncia la Sentencia de la AP de Castellón, secc 2ª, de 7 de enero de 2008, en la que se establece que *“Al respecto y volviendo al concepto de gasto extraordinario al que nos hemos referido con anterioridad, y sentado el reconocimiento realizado por parte del Sr. Serafín de su obligación del pago del 50 % de los gastos a que se ha hecho referencia (ampa, libros, cursos escolares, odontólogo...) respecto de los gastos derivados de las clases de inglés, música y accesorios...., y de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa y el concepto de gastos extraordinarios al que nos hemos referido, procede*

considerar los mismos como consentidos por el Sr. Serafín, pues es lo cierto que dichas clases la menor las está recibiendo desde hace mucho tiempo, habiendo mostrado su conformidad el Sr. Serafín en procedimiento judicial anterior, por lo que no cabe atribuir a los mismos carácter de gasto ordinario (en este sentido nuestro auto de 21/12/07), sin perjuicio de que en un futuro la parte ejecutante comunique al Sr. Serafín el importe de las recibos con documentación acreditativa y conveniencia o no de dicho gasto para que puede mostrar su conformidad o no y proceder en su caso al pago voluntario.”

Referente a las **clases de tenis**, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, mediante Auto de fecha 29 de septiembre de 2008, establece que *“La práctica de un deporte puede ser aconsejable en este caso, pero nunca necesaria, cuando estamos hablando de un niño de tres años de edad... No tiene carácter de gasto extraordinario las clases de tenis del hijo de 3 años de edad, no pudiendo obligarse tampoco al padre a que durante todos los sábados y domingos de la temporada que coincidan con el régimen de visitas tenga que llevar al menor a las citadas clases.”*

En el caso de las **excursiones** organizadas por el centro escolar en los que se precisa un abono para su asistencia, la sentencia 101/2007 de la AP de Barcelona, secc 12, de 20 de febrero de 2007, señala que *“Ambos cónyuges sufragaran por mitad los gastos extraordinarios que puedan originarse. A título de ejemplo tendrán esta consideración la ortodoncia, gastos médicos o farmacéuticos no cubiertos por el sistema de seguridad social, actividades extraescolares tales como excursiones, campamentos, natación música, judo, ingles o similares o las actividades escolares de la misma naturaleza siempre que se facturen independientemente respecto a los gastos de comunicación y remisión por parte del Sr. Lázaro de copia de la factura o recibo de dicho gasto que en todo caso deberá ser satisfecho por la Sra. María discrepancia sobre la naturaleza de dicho gasto cualquiera de las partes podrá interesar del Juzgado un pronunciamiento al respecto quedando condicionado el pago de la mitad a la resolución que se dicte al respecto”.*

Sobre el mismo tema se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12.^a, de 14 de enero de 2010 que tras el hecho de que el padre no recogiera a los hijos en verano, la madre los llevó a campamentos y luego reclamó su

importe al padre, el tribunal consideró que tras la falta de consentimiento del progenitor no custodio en relación a los gastos de colonias y excursiones, se revela en las actuaciones practicadas, siendo adoptada tal decisión en forma unilateral por la madre guardadora y custodia de los menores, sin que conste justificación objetiva, en forma suficiente, para deducir que tales gastos fueron motivados por el incumplimiento del régimen de visitas del padre respecto a sus hijos en el periodo vacacional de verano.

3. ESTUDIOS NO OBLIGATORIOS:

La Sentencia de la AP de Barcelona, secc 18, de 28 de enero de 2008, se pronuncia en el sentido de establecer si el **gastos universitarios** se considera o no extraordinario, estableciendo que *“cuando se trate de gastos que no sean necesarios, aunque sean convenientes, será necesario el previo consenso de las partes para su asunción de manera análoga a lo que ocurriría si la convivencia no se hubiera truncado y se tratará de un gasto que representa un reembolso importante para la unidad familiar. Tal es el caso que nos ocupa. La hija pretende iniciar unos determinados estudios y para acceder a la universidad se ve obligada a hacerlo en la Privada. El coste de estos estudios es elevado, pero no se trata de un gasto extraordinario en el sentido estricto del término, por mucho que sea beneficioso para la hija o que sean los estudios por ella elegidos, por cuanto que estos estudios también pueden cursarse en la universidad pública”*.

Sobre el mismo concepto se pronuncia la Sentencia de la AP de Lugo, secc 1ª, julio de 2 2004, en el sentido de que *“los gastos de estudio en la universidad no son gastos extraordinarios sino ordinarios cuando el hijo accede a la misma. En tal supuesto, en cambio, si los mismos suponen cambio de domicilio o el pago de otros conceptos, pueden dar lugar a una modificación de las medidas acordadas con anterioridad para adecuarse a esa nueva situación. Todo ello claro está, teniendo en cuenta que el acceso a la universidad en las condiciones económicas de los que aquí son parte no puede considerarse suntuario. En cuanto a los gastos extraordinarios suntuarios -viajes al extranjero, elección de alternativas mas costosas frente a otras más económicas, etc., precisarán lógicamente el acuerdo de los cónyuges.”*

La AP de Gipuzkoa, mediante auto de fecha 3 de noviembre de 2009, en lo referente a **los cursos de Formación Profesional**, establece que *“Las cantidades que se reclaman en este apartado 2.- no puede merecer la consideración de gastos de carácter extraordinario al tener su origen en la educación de su hijo, en concreto sus estudios de Formación Profesional en Joyería, concepto que ha de integrarse dentro de la pensión alimenticia ordinaria. Las partidas que integran el presente motivo de impugnación suponen un gasto periódico y previsible que debe incluirse en la partida de formación, integrada pues entre los gastos alimenticios ordinarios, computada por tanto, en la cifra que se ha fijado como pensión alimenticia mensual para el hijo común.”*

- GASTOS MEDICOS

1. GASTOS PSICOLOGICOS

Algunas sentencias se pronuncian al respecto en el sentido de si se consideran o no los gastos producidos por consultas psicológicas, un gasto extraordinario, la Sentencia de la AP de Córdoba, secc 2º, de 22 de junio de 2007, establece que *“El convenio regular de la separación matrimonial, a los efectos que aquí interesan, establecía una pensión por alimentos para cada una de las hijas, de 150 euros. No establece explícita contribución a los gastos extraordinarios; pero sí "poner en conocimiento del otro cualquier enfermedad o dato relevante de las niñas, así como a velar porque en el entorno de las menores se cumplan las pautas educativas y de salud psicológica y física que se establezca para ellas por los propios padres o especialistas"; del mismo modo se contempla que "inicien estudios universitarios o se presentaren gastos médicos extraordinarios o de cualquier otra naturaleza extraordinaria y necesaria”.*

“En definitiva y esencialmente, la Sentencia recurrida las pensiones que impone al recurrente, a favor de sus hijas, no son sino las que acordó con su ex esposa en el convenio regulador -pensión por alimentos básica y gastos extraordinarios-, si bien en la Sentencia de divorcio estos se explicitan, debido a que lo que era en la separación matrimonial algo potencial, desgraciadamente se ha materializado con posterioridad, comenzando por la necesidad de concretarlo, en atención al apoyo psicológico y de logopedia que las niñas están necesitando y a la actitud no cooperativa del padre”.

IV. PAGO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

Anteriormente al día 4 de mayo de 2010, el procedimiento necesario para solicitar el pago de los gastos extraordinarios, era el previsto en los art. 712 a 716 de la LEC, para la liquidación de daños y perjuicios. En este sentido se pronunciaban algunos magistrados frente a las cuestiones que surgirán al no existir una regulación específica que determinara el procedimiento a seguir para reclamar los tan controvertidos gastos.

El magistrado del Juzgado de primera Instancia nº 8, de familia de Gijón, Ilmo. Sr. Ángel Luís Campo Izquierdo¹³, frente a la situación de la no concreción de gastos extraordinarios ni en convenio ni en sentencia, entendía que el modo de reclamarlos debía de realizarse a través del art. 712 de la LEC “ *por ser realmente la única vía posible con la actual regulación de la LEC, que permite a si mismo salvaguardar el principio de contradicción, doble instancia sin causar indefensión a ninguna de las partes.*

Una vez más, se pone de manifiesto la deficiente regulación que se ha hecho por el legislador, en relación con los procesos de familia, y en especial con las cuestiones inherentes a la ejecución de las resoluciones judiciales que resuelven las cuestiones planteadas en procesos de separación, divorcio o nulidad. En concreto la falta de regulación a la ejecución de obligaciones de pago periódico como son la pensión de alimentos, compensatoria, o el pago de cantidades indeterminadas o liquidas como son, en algunos casos, los gastos extraordinarios.”

Por todo ello entiendo que previamente, y ante la posible discusión de si un gasto es extraordinario o no, y en caso afirmativo de si a de abonar y cómo, se debe ir a un proceso declarativo cuya resolución pueda ser objeto de recurso; siendo esta resolución la que posteriormente puede ser título ejecutivo, al contener ya la condena al pago de una cantidad líquida y determinada.

¹³ Revista Sepín, editorial jurídica, familia y sucesiones, marzo-abril de 2009, nº 84, encuesta jurídica, coordinadora Pilar González Vicente, Magistrada Letrada Consejo general del Poder Judicial, PG 7

Examinando la LEC, solo existe un procedimiento que puede ser usado a tal fin, que es el previsto en el art. 712 y SS de la LEC.

A favor de acudir a este procedimiento, o al menos de obtener si no hay acuerdo una resolución judicial que declare ese gasto como extraordinario, véanse las SSAAPP de Córdoba de 15 de septiembre de 2005, de Málaga de 8 de marzo de 2002 y de 14 de mayo de 2008, de Zaragoza de 15 de noviembre de 2006, de las Palmas de 15 de junio de 2004 y de A Coruña de 22 de mayo de 2007.”

La Ilma. Sra. Emelina Santana Páez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 79 de familia de Madrid, entendía que *“en aquellos casos en que este claramente fijado y delimitado el gasto que como extraordinario se va a asumir, entiendo que sería posible presentar directamente una demanda de ejecución dineraria sin que sea preciso liquidar tal cantidad previamente, de conformidad con lo dispuesto en los art. 712 y SS de la LEC. Fuera de estos casos, a mi juicio, al no existir cantidad líquida, no podrá despacharse ejecución de conformidad con lo dispuesto en el art. 571 de la LEC, sino que deberá liquidarse previamente por el procedimiento previsto en los art. 712 y SS LEC para la liquidación de daños y perjuicios.*

Precisamente, en el III encuentro de Magistrado de Familia y la AEAFA, celebrado a finales del pasado año 2008, se acordó a este respecto que se despachara ejecución como cantidad líquida de los gastos extraordinarios que estén específicamente establecidos en el título (bien en la sentencia o en el Convenio). *“ En cuanto al resto de gastos extraordinarios, no determinados específicamente en la sentencia o en el convenio regulador, su reclamación deberá tramitarse conforme a lo regulado en el art. 712 de la LEC. Se propone delimitar tanto en los convenios como en las sentencias, lo que se consideran gastos extraordinarios, así como la forma y modo de prestar el consentimiento y su constancia (tácito o expreso)”*

En el mismo sentido se pronunciaba la Secretaria Judicial del Juzgado de 1ª Instancia nº 29, de familia, de Madrid Sra. Ángeles Leticia Morales Moreno, , que entiende que *“La Ley de Enjuiciamiento Civil no ha regulado de forma específica ningún procedimiento al que se pueda acudir cuando surgen problemas en relación con la ejecución de las sentencias matrimoniales, ni para la ejecución por incumplimiento*

del abono de la pensión de alimentos o compensatoria, ni por incumplimiento del régimen de visitas, y menos aún en cuanto a los gastos extraordinarios, produciéndose un vacío legal en esta materia causante de un sinnúmero de resoluciones contradictorias y una disparidad de criterios en relación con qué gastos son de carácter extraordinario, cuáles son de carácter necesario y si se necesita el consentimiento de ambos progenitores para la realización del gasto.

Lo deseable sería que en los convenios reguladores y en las sentencias dictadas en los procedimientos contenciosos se especificaran con claridad qué gastos tienen el carácter de extraordinarios y cuáles necesitan el consentimiento de ambos progenitores; si en dichas resoluciones quedan claros estos extremos, el procedimiento adecuado es el de ejecución de sentencia regulado en los Art. 548 y SS. LEC.

Teniendo en cuenta que no existe ningún procedimiento específico en relación con la reclamación de gastos extraordinarios, mi opinión personal, basada en el principio de economía procesal, es que se pueda tramitar una reclamación de gastos extraordinarios a través del procedimiento de ejecución de sentencia, sin necesidad de acudir al procedimiento del art. 712 LEC; ambos terminarían por auto contra el que se puede interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, con la diferencia de que en el procedimiento de ejecución se puede resolver tanto la reclamación de atrasos de pensión como la reclamación de gastos extraordinarios en un único procedimiento y con una única resolución, con las mismas garantías procedimentales y de seguridad jurídica para las partes.”

Tras tanta controversia, se hacía necesaria una reforma al respecto la cual se llevo a cabo a través de la reforma de la LEC 1/2000 por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, aplicable desde el día 4 de mayo de 2010. El principal problema surgía posteriormente cuando aparecía un nuevo gasto que no se recogió en el proceso inicial y que por lo tanto no se contemplaba en la sentencia. El tema ahora está solucionado ya que no procede directamente su ejecución. Así dispone el art. Artículo 776.4 de la LEC:

"Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. ... 4. Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de

ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto".

Este precepto va a arreglar problemas porque en lugar de abrirse la ejecución, forzará a que el Juez se pronuncie sobre si los nuevos gastos no contemplados en la sentencia tienen o no carácter extraordinario antes de abrir cualquier actuación ejecutiva.

V. ¿QUE SE ENTIENDE POR GASTO EXTRAORDINARIO?

En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia de Lleida mediante auto de 1 de diciembre de 2008, considera que son extraordinarios cuando reúnen la condición de ser IMPREVISIBLES, NECESARIOS, INDETERMINADOS, INESPECIFICOS, ILIQUIDOS, NO HABITUALES, debiendo notificarse previamente al otro progenitor salvo caso de urgencia. Dice literalmente que *"La cuestión a determinar en primer lugar es QUE SE ENTIENDE POR GASTOS EXTRAORDINARIOS, así la sección 18ª de la A.P. de Barcelona, en Autos de fecha 18 de octubre de 1999, de 14 de febrero de 2000, 25 de junio de 2001, 30 de abril de 2003 y 27 de abril de 2004, se pronunció en el sentido de que dentro del concepto de alimentos, y, por tanto, dentro de la cuantía de la pensión alimenticia fijada a cargo del progenitor no custodio, debe entenderse englobado, siguiendo los dictados de los artículos 142 del Código Civil y 259 del Codi de Família, "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y también la educación e instrucción del alimentista". Asimismo la referida sección 18ª, en Auto de 26 de febrero de 1999, explicitó qué son gastos extraordinarios, debiendo entenderse como tales "TODOS AQUÉLLOS QUE SALEN DE LO NATURAL O DE LO COMÚN" Y "QUE NO SEAN PREVISIBLES NI SE PRODUZCAN CON CIERTA PERIODICIDAD", precisando, en Sentencias de 19 de julio y 20 de noviembre de 1999 y 26 de enero, 3 de marzo y 22 de julio de 2004 y en los Autos de 30 de abril de 2003 y 27 de febrero de 2004, que "el concepto de gasto extraordinario es indeterminado, INESPECÍFICO, Y SU CUANTÍA ILÍQUIDA POR SU PROPIA*

NATURALEZA, QUE NECESITA PREDETERMINACIÓN Y OBJETIVACIÓN EN CADA MOMENTO Y CASO", "y que REQUIERE RECABAR Y OBTENER DEL OTRO PROGENITOR EL CONSENTIMIENTO PARA REALIZAR ACTOS QUE IMPLIQUEN CAMBIOS SUSTANCIALES para el modo de vida del menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los PROGENITORES HAN DE ACTUAR SOBRE UNA BASE DE TRANSPARENCIA Y DE COMÚN ACUERDO, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera".

En este mismo sentido se ha pronunciado la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo de destacar su auto de 6 de junio de 2002, que indica al respecto *"que la previsión en las sentencias de familia y en los convenios reguladores de que el pago de los gastos extraordinarios de los hijos se realizará por mitad entre los progenitores, con independencia de la pensión alimenticia ordinaria, que cubriría los gastos más habituales, plantea numerosos problemas en la ejecución, tal como se refleja en el caso de autos, derivados de las dudas que surgen en el momento de calificar como extraordinarios determinados GASTOS QUE, CON FRECUENCIA, YA SE HAN DEVENGADO Y SE HAN HECHO EFECTIVOS POR EL PROGENITOR CUSTODIO, que ejerce por esta vía la ACCIÓN DE REPETICIÓN del pago entre codeudores de parte alícuota, del artículo 1.145 del Código Civil. Como razona la resolución del tribunal de primera instancia, los GASTOS HABITUALES DEL ALIMENTISTA SON LOS QUE HAN DEBIDO SER COMPUTADOS para el establecimiento de la prestación alimenticia, así como para la distribución de la misma entre las dos personas jurídicamente obligadas a soportarlos, de forma proporcional con sus posibilidades económicas. Tales gastos son los ordinarios de manutención alimenticia, en sentido estricto, vestido, sanidad, habitación y educación, como son definidos por el artículo 259 del Código de Familia de Cataluña, en el mismo sentido que el artículo 142 del Código Civil. NO PUEDE IDENTIFICARSE LA MENSUALIDAD ORDINARIA ALIMENTICIA CON LOS GASTOS DE PERIODICIDAD TAMBIÉN MENSUAL, puesto que la referencia legal ha de realizarse a los gastos habituales, con independencia de su devengo, calculados en cómputo anual, aun cuando la obligación de pago se divida en doce mensualidades normalizadas. Esta es, entre otras, la RAZÓN POR LA QUE SE ESTABLECE EL PAGO EN LOS DOCE MESES DEL AÑO, CON ABSTRACCIÓN DEL HECHO DE QUE ALGUNO DE TALES PERIODOS LOS HIJOS PERMANEZCAN EN COMPAÑÍA*

DEL PROGENITOR CON EL QUE NO RESIDEN HABITUALMENTE, que ha de soportar, también, la carga de la manutención, y atención de las necesidades de los hijos cuando los tiene en su compañía. Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la doctrina, LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS, TANTO EN LOS CASOS EN LOS QUE NO EXISTA ENUMERACIÓN DETALLADA EN LA EJECUTORIA, COMO CUANDO SU CONCRECIÓN NO SEA SUFICIENTE, SE EXTIENDEN A LOS QUE SE PRODUZCAN DE FORMA IMPREVISIBLE Y RESULTEN, ADEMÁS, NECESARIOS. Si su devengo no es inmediato, tanto en los casos en los que expresamente se han previsto los conceptos, como en los que no lo han sido, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo COMUNIQUE FEHACIENTEMENTE al otro para que éste pueda consentir expresamente, -también de forma fehaciente-, o pueda asentir a la misma dejando transcurrir los treinta días desde la notificación de la propuesta de conveniencia del gasto, tal como prevé expresamente el artículo 139.4 del Código de Familia de Cataluña. Si se trata de un GASTO URGENTE, una vez devengado se notificará al otro progenitor para que, de igual manera, pueda formular su oposición, que habrá de ser resuelta entonces por decisión judicial, tal como prevé el artículo 138 de dicho texto legal".

Frente a la pregunta de si ¿Tienen carácter de gasto extraordinario los gastos escolares como matrícula, libros, uniformes? ¿Y los gastos médicos: ortodoncias, gafas, etc...?¹⁴

El Magistrado del Juzgado de primera instancia nº 5, de Familia de Málaga, Ilmo. Sr. José Luis Utrera Gutiérrez, establece que “*partiendo del concepto de gasto extraordinario como el contrapuesto a ordinario, habitual o previsible, la cuestión planteada merece una doble respuesta. La matrícula escolar, libros y uniformes son eventos previsibles y habituales en la mayoría de los centros escolares, siendo precisamente en muchos casos el único gasto que genera la educación. En cuanto tal, los gastos generados por tales conceptos han de estimarse incluidos en la pensión alimenticia, pues conforme al art. 142 del Código Civil, los alimentos comprenden también la educación e instrucción, no debiendo conceptuarse por tanto como gastos*

¹⁴ Revista Sepín, editorial jurídica, personas y familia, abril de 2005, nº 43, encuesta jurídica, coordinadora Pilar González Vicente, Magistrada Letrada Consejo general del Poder Judicial, PG 4

extraordinarios (SAP Alicante, Secc. 4ª, de 20 de noviembre de 2003). Respecto a los gastos médicos como ortodoncia o gafas, la respuesta ha de ser más matizada, pues precisamente por su naturaleza inicialmente son imprevisibles y normalmente no han podido ser tenidos en cuenta a la hora de fijar la pensión alimenticia. En consecuencia este tipo de gastos si deben considerarse extraordinarios, salvo que las dolencias que lo generen existiesen al tiempo de fijar la pensión alimenticia y hubiesen sido tenidos en cuenta, como necesidades especiales del menor, para cuantificar la pensión”

A la misma pregunta responde el Presidente de la Audiencia Provincial de Málaga Francisco Javier Arroyo Fiestas, el cual deja constancia que *“es extraordinario lo raro, excepcional, singular, extraño o sorprendente, es decir, lo que excede de los parámetros habituales. Con esta premisa debemos enfocar los términos de la pregunta, intentando dar una respuesta que genere seguridad jurídica, pues también podríamos establecer una casuística tan abigarrada, que nada solucionase, e incluso que crease más confusión. Debemos entender que nada de ello refería el convenio regulador, pues si así fuese, este sería ley entre las partes. La matrícula escolar, libros y uniformes son propios de la enseñanza privada (concertada o no) por lo que los importes suelen representar un capítulo económico importante, que no esta incluido en el genérico concepto de “instrucción” del art. 142 del CC, es decir, todos los conceptos que excedan de los abonables en la enseñanza publica deben considerarse extraordinarios. En cuanto a los gastos médicos, los que no estén incluidos en la cobertura de la Seguridad Social, seguro médico o voluntario o mutualidad, deben considerarse extraordinarios en cuanto imprevisibles e inesperados, pero de necesaria asistencia. En cuanto a la ortodoncia como gasto extraordinario (AP de Navarra, Secc. 3º, Sentencia de 24 de noviembre de 1998). El Código de familia Catalán, exige que antes del desembolso de gasto extraordinario, se notifique al otro cónyuge”*

La Sentencia de la AP de Madrid de 22 de Julio de 1999 dispone que *“ respecto de los gastos extraordinarios, no es dable acceder a las pretensiones del recurrente, pues los mismos son igualmente inherentes a la progenitora, de los que en modo alguno se puede eximir, a los que por ello también debe hacer frente en caso de producirse, que como su propio nombre indica, son distintos de los ordinarios y habituales y que ambos progenitores deben satisfacer el 50% por razones de equidad previamente decididos de mutuo acuerdo o en su defecto, decidirá la autoridad judicial”*

VI. GASTOS EXTRAORDINARIOS EN LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

Tras una encuesta realizada a numerosos magistrados sobre si deben ambos progenitores abonar los gastos extraordinarios de los hijos mayores de edad necesarios para una formación completa, al margen de la pensión de alimentos, sus respuestas son las siguientes¹⁵:

El Presidente de la Audiencia provincial de Burgos, D. Juan Miguel Carreras Maraña, se posiciona afirmativamente argumentando que *“Partiendo de la premisa de que la formación completa a que se refiere la pregunta es necesaria para el hijo en orden a culminar sus estudios de forma adecuada y en orden a obtener la mejor titulación y formación posible, esos gastos deben de ser pagados por ambos cónyuges, siempre que tengan disponibilidad económica a los efectos de los Art. 145 y 146 CC. Esta inicial y previa afirmación precisa de algunas consideraciones en orden a su adecuada justificación:*

1. Es preciso que se acredite que los gastos necesarios para formación completa son efectivamente necesarios a los efectos del art. 93-2 CC para la adecuada, integral y completa formación del hijo y que no responden a un capricho injustificado del hijo o del cónyuge custodio, ni a cursos accesorios o superfluos para su formación, o a una mera voluntad de continuar unos estudios previos que por el mal aprovechamiento del hijo o por su inadecuada optimización no precisan de estudios posteriores muy especializados, o de cursos sucesivos o de master en el extranjero o en centros privados, pues debe de tenerse en cuenta que el art. 142-2 CC, referente a la prestación alimenticia, y al que se remite el art. 93 CC, exige que la formación del mayor de edad no haya concluido por causa no imputable a la persona que precisa de los alimentos.

2. Acreditado que esa costosa y especializada formación del hijo es necesaria para su adecuada educación y que responde a una efectiva voluntad de optimizar sus estudios previos o de acceder al mercado laboral en las mejores condiciones formativas y de especialización posible, debe de entenderse que por su inicial imprevisibilidad y por su elevado coste no puede ser considerado como gasto ordinario amparado en la inicial

¹⁵ Revista Sepín, editorial jurídica, familia y sucesiones, noviembre-diciembre de 2010, nº 93, encuesta jurídica, coordinadora Pilar González Vicente, Magistrada Letrada Consejo general del Poder Judicial, PG 7.

pensión alimenticia. Todo ello, salvo que ya al fijar esa pensión alimenticia ordinaria del hijo se hubieran contemplado este tipo de gastos como incluidos en la pensión ordinaria; y por tanto, incluidos en la contribución del progenitor no custodio obligado al pago de la prestación alimenticia.

3. Fuera de este pacto expreso en convenio o de resolución judicial expresa en el proceso de familia, debe de entenderse que la naturaleza y cuantía de los gastos referidos excede de lo indispensable que regula el art. 142 CC y, por tanto, serán en su caso gastos extraordinarios que deben de abonar ambos progenitores. Son extraordinarios tanto en la acepción mas académica de la expresión, que supone lo que se sitúa fuera del orden o regla natural o común o lo que es añadido al presupuesto normal de una persona o familia, como en el concepto jurídico, ya que son gastos en principio no previsibles, no periódicos [véase la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 21 de septiembre de 2007 (SP/SENT/139526), y de las Palmas, Sección 3.ª, de 8 de mayo de 2006, sobre estudios en el extranjero] y de elevada cuantía, aunque este último extremo dependerá del caso concreto y de la concreta familia en la que se plantee la necesidad del gasto.

4. En todo caso, acreditada de forma cumplida la necesidad del gasto y su exceso sobre la pensión ordinaria, así como su desproporción en relación con la previa pensión ordinaria, debe de ser entendido como un gasto extraordinario que deben de abonar ambos progenitores. Ahora bien, para ello es preciso que tengan capacidad económica. Ello supone que, si pese a la necesidad del gasto y pese a su procedencia, los progenitores carecen de capacidad económica para atenderlo no queda otra solución que o pagar el gasto voluntariamente uno de los progenitores sin posibilidad de repercusión al otro progenitor o no hacer el gasto por falta de disponibilidad económica de los padres del hijo que pretendía realizar el gasto. En el caso de que ambos progenitores tengan capacidad económica, el gasto de formación completa se asumirá por ambos, pero no necesariamente de forma igualitaria, sino en proporción a su capacidad económica, como se deriva del art. 145.1 y del art. 146 CC.”

En el mismo sentido se pronuncia el Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia nº 5, de familia, de Bilbao, Ilmo. Sr. Francisco Javier Osa Fernández, el cual entiende al respecto que “*La obligación de los progenitores de contribuir a los gastos que entraña*

la formación de los hijos comunes entronca en nuestro ordenamiento con el deber de los padres de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", que contempla el art. 39-3 CE; y con el art. 154 CC respecto de los hijos menores sometidos a la patria potestad de sus progenitores, al recoger entre los deberes inherentes a la misma el de educar a los hijos menores y procurarles una formación integral, sin olvidar que el art. 142 CC establece que "los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable".

Dentro de este marco normativo, podemos diferenciar entre la obligación de los progenitores de contribuir a la educación y formación integral de los hijos comunes mientras los hijos son menores de edad, en cuyo caso es una exigencia derivada de la patria potestad, de aquellos otros casos en que los hijos, adquirida la mayoría de edad y emancipados legalmente ex art. 314-1.º y 169-2.º CC, siguen dependiendo de sus progenitores por no haber finalizado su formación profesional o universitaria.

Centrada la Encuesta en estos últimos, en los procesos matrimoniales y en la ejecución de sus resoluciones con frecuencia se plantean múltiples problemas en cuanto a la forma de cubrir los gastos precisos para finalizar la etapa de formación y capacitación de los hijos mayores de edad previa a su acceso al mercado laboral (másters o cursos de postgrado, oposiciones, cursos de especialización o de idiomas en el extranjero, etc.), que pueden ser cuantiosos y exceder con mucho de los gastos por estudio que concurrían al tiempo de establecer las pensiones de alimentos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que para resolver cada reclamación concreta habrá que partir de la resolución judicial que estableció la forma de hacer frente a las necesidades alimenticias de los hijos ordinarias y extraordinarias, lo que, en muchos casos, está previsto en un convenio regulador homologado judicialmente.

Por ello, del mismo modo que los hijos mayores de edad cuyos progenitores conviven en situación de normalidad han de consultar con ellos la realización de este tipo de complementos en su formación antes de tomar la correspondiente decisión,

cuando los padres están separados o divorciados, con las consecuencias derivadas de la peor situación económica que entraña toda separación o divorcio, con mayor motivo deberá consensuarse este tipo de gastos entre todos los afectados (progenitores e hijos) si se pretende la contribución a los mismos del progenitor con quien el hijo mayor de edad no convive. El consenso al que hago referencia entiendo que requiere comunicación previa de los estudios y aceptación de los mismos por el otro progenitor, no bastando con haber tenido un simple conocimiento a través del hijo sobre la realización de tales estudios complementarios sin haber mostrado oposición o desacuerdo, porque este simple conocimiento no puede interpretarse como aceptación para soportar la cuantía económica que suponga.

En conclusión, considero que la obligación de abonar tales gastos al margen de la pensión de alimentos dependerá de lo que haya previsto el Título Ejecutivo (convenio regulador o sentencia), si bien, teniendo en cuenta que tratándose de gastos extraordinarios no urgentes ni estrictamente necesarios, sino todo lo más convenientes o aconsejables para completar la formación de los hijos, deberán haberse acordado conjuntamente por los progenitores.”

La Magistrada de la Sección 10ª, de la Audiencia Provincial de Valencia, Ilma. Sra. Pilar Manzana Laguarda, entiende que no deberán ser abonados , argumentando su respuesta del siguiente modo: *“Si, conforme al art. 39.3 de la Constitución, art. 93.2.º CC y Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 24 de abril (SP/SENT/25066) y 30 de diciembre de 2000 (SP/SENT/25306), el derecho de los hijos a la prestación alimenticia no cesa automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsiste si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos, los gastos extraordinarios que generen, que, por definición, se encuentran al margen de la pensión alimenticia acordada, subsistirán con cargo a ambos progenitores en la proporción que se establezca en la sentencia matrimonial.*

La normativa aplicable sería, en primer lugar, el precepto constitucional contenido en el párrafo tercero del art. 39, que establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos. No distingue, pues, entre hijos mayores o menores de edad. Por su parte, los Art. 93, 142, 143 y 154 CC tampoco lo hacen. Los Art. 143 y 154 imponen a los progenitores la obligación de alimentar, educar y procurar una

formación integral a sus hijos. El art. 93 ordena al Juez que adopte cuantas medidas estime convenientes para asegurar su efectividad y acomodación a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Y el art. 142 del Código Civil señala que se comprende en el concepto ordinario y general de los alimentos, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y también la educación e instrucción del alimentista. En consonancia con esta disposición, todos aquellos gastos no incluidos en este apartado serán considerados gastos extraordinarios.

Los ejemplos que se contienen en la formulación de la pregunta (escuela de pilotos, estudios muy especializados, formación en centros extranjeros o privados, etc.), se refieren a gastos de instrucción y educación de los hijos mayores de edad y por su coste sugieren el aceptar como concepto general de gasto extraordinario aquellos que por su cuantía no pueden cubrirse con el importe de la pensión mensual establecida. Más como quiera que no participan de las notas de falta de previsibilidad y falta de periodicidad propias, según la jurisprudencia mayoritaria, del gasto extraordinario, difícilmente podrá prosperar su reclamación, por vía de considerarse como tal, si previamente no existe acuerdo entre los progenitores, salvo que por su carácter urgente ?por ejemplo, ¿la preinscripción o la matrícula? y su carácter necesario para completar su formación, puedan obtener una respuesta judicial favorable. Más, en todo caso, requerirían de un posterior proceso de modificación de medidas para obtener un aumento de la pensión alimenticia que contemple ese mayor gasto de instrucción, conforme al criterio de proporcionalidad establecido en el art. 146 CC.

En otras palabras, sólo prosperará, en caso de desacuerdo, la reclamación como gasto extraordinario de los gastos urgentes desembolsados con motivo de la matriculación o preinscripción en esas escuelas universitarias de alto coste, debiendo las partes acudir a un pleito de modificación de medidas para adecuar el importe de la pensión alimenticia ordinaria a esas nuevas necesidades de instrucción de los hijos. Finalmente, sólo apuntar que a pesar de ser muy loable ese deseo de completar la educación de los hijos, ese gasto tiene como límite la capacidad económica del alimentante.”

VIVIENDA FAMILIAR

I. CONCEPTO

Tal y como define el Magistrado Pérez Martín, la vivienda familiar es aquella en la que con carácter estable se desarrolla o desarrollaba en un pasado no muy lejano la convivencia entre los cónyuges o convivientes e hijos si los hubo ¹⁶

Otra definición viene dada por el Magistrado FRANCISCO DE ASIS SERRANO CASTRO, “ por vivienda familiar se puede entender aquella que constituya la residencia normal de la familia donde de manera estable y permanente han venido habitando los esposos, e hijos cualquiera que fuera el título jurídico por el que se hubiera ocupado esa vivienda”.

El artículo 96 del CC contiene que *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

¹⁶ Tratado de Derecho de Familia, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, Aspectos sustantivos, Pérez Martín, Antonio Javier, Tomo I, Volumen I. PG 432

Este artículo establece un uso limitado de la vivienda familiar tanto cuando convive o no convive ningún hijo en el domicilio familiar, ya que aun siendo menores de edad, llegará un momento en el que alcanzarán la mayoría de edad y tras ello una independencia económica.

II. ESPECIAL REFERENCIA A LA ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO EXISTAN DESCENDIENTES.

Cuando existan hijos menores la jurisprudencia mayoritaria ha establecido que no se imponga un límite temporal a la convivencia hasta que este alcance una independencia económica. Sin embargo para los hijos mayores de edad no se ha establecido jurisprudencia mayoritaria ya que algunos entienden que esta persistirá hasta que alcance independencia económica pudiendo aplicar un límite al igual que en la pensión de alimentos, y otros entienden que tras alcanzar la mayoría de edad ya que del art. 149 del CC se desprende que los hijos tras alcanzar la mayoría de edad no ostentan un derecho propio a vivir con los padres, puesto que estos pueden optar entre la satisfacción de los alimentos “in natura” o mediante el pago de una pensión pecuniaria

Así lo entiende la sentencia emitida por la AP de Córdoba, Sección 2ª de 9 de abril de 2002 *“el art. 96 del CC, no tiene aplicación automática cuando lo hijos son mayores de edad y optan por quedarse con alguno de los progenitores”*

Sin embargo otros autores como PEREZ-CALONGE; señala que *“como la norma del art. 96.1 del CC no distingue ente hijos que hayan cumplido o no 18 años, se interpreta el interés de los hijos aunque estos hayan alcanzado su mayoría de edad, pero sigan constituyendo una carga del matrimonio o de la familia, semejante a la interpretación que vino dando también la jurisprudencia en lo referente a la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio o de la familia, hasta la promulgación de la reforma del art. 93 del CC, por Ley 11/1990 de 15 de octubre, y en este sentido se sostiene que el interés de los hijos no pierde razón de ser por la sola circunstancia de que los hijos hayan alcanzado su mayoría de edad”*¹⁷

¹⁷ Tratado de Derecho de Familia, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otro procedimientos contenciosos, Aspectos sustantivos, Pérez Martín, Antonio Javier, Tomo I, Volumen I. PG 440

En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Málaga, sección 6ª de 17 de mayo de 2004 cuando establece que *“procede atribuir el uso de la vivienda a la esposa al ser el cónyuge que tiene en su compañía a la hija común que continua formando parte del conjunto familiar y que cuenta con la edad de 18 años”*¹⁸

En cuanto a la imposición de un límite temporal del uso de la vivienda familiar, se pronuncian las sentencias de la AP de Alicante de 14 de enero de 2010, AP de St. Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2008 y 25 de enero de 2010, AP de Cáceres de 12 de febrero de 2009, vienen reconociendo que la atribución del uso de la vivienda familiar por sentencia judicial, no puede perpetrarse indefinidamente, ya que el proceso matrimonial en modo alguno puede constituir una carga perpetua en el tiempo, aunque sea económica para uno de los cónyuges. Por ello ha de limitarse temporalmente el uso

En esta otra sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 20 de enero de 2003¹⁹, se impugna por la recurrente el pronunciamiento relativo a la atribución del uso ordinario de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, que limita su vigencia hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, por infracción del artículo 96 del Código Civil. La Sala considera, *“que el fin que persigue el legislador al atribuir el uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden atiende al propósito de amparar el interés más necesitado de protección, así como al de dar satisfacción al principio de protección integral de los hijos, representando, este último, un criterio de interpretación para la recta inteligencia del alcance que debe otorgarse al artículo 96 del Código Civil”*.

Por ello entiende la Sala que no procede limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, sino *“hasta que el más pequeño de los hijos alcance la independencia económica o al menos la mayoría de edad, si atendidas las circunstancias del caso, dicho interés continuara representando el más necesitado de protección”*.

¹⁸ Vivienda Familiar y cargas del matrimonio, SERRANO CASTRO francisco de Asís, Magistrado del Juzgado de primera Instancia nº 7 de Sevilla, El Derecho

¹⁹ MURILLAS ESCUDERO Juan Manuel, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 705, Enero - Febrero 2008

Sin embargo, se contrapone lo anteriormente expuesto con la reciente Sentencia emitida por el Juzgado de primera Instancia nº 16 de Familia de Zaragoza, el 23 de febrero de 2011 por el Magistrado- Juez D. BENJAMIN MONREAL HIJAR, basada en las leyes aragonesas en el que se estipula que *“Respecto del uso del domicilio y ajuar familiares, sitos en c/ Avda. XXXXXXXX, ambas partes están conformes en que la misma es titularidad privativa del Sr. XXXXXXXX. Este hecho conlleva que no se pueda hacer una atribución de su uso de forma indefinida al hijo menor y a la madre sino que debe limitarse temporalmente y así lo establece el artículo 7.3 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, a cuyo tenor: 'La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia'.....”se estima ajustado que dicho uso de la vivienda y el ajuar se limiten a un periodo de 3 años.”*

En relación a ello²⁰, el Magistrado Juan Pablo González del Pozo, comenta en el Diario La Ley, Nº 7529, Sección Doctrina, 16 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY, lo contenido en el apartado c) del art. 3.2 de la Ley Aragonesa 2/2010, que se refiere al *«destino de la vivienda y ajuar familiar»* y como *"a diferencia de lo establecido en el mismo apartado del art. 90 CC, no se habla aquí de la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, sino del destino de una y otro. Ello parece obedecer a la conveniencia de cohonestar este precepto con el contenido del art. 7 de la Ley, que, pese a llevar como rótulo el de «atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar», contempla en sus núms. 4 y 5 la posibilidad de adoptar, en relación con la vivienda y el ajuar, medidas distintas a la de la simple atribución del uso de los mismos, como acordar la venta de la vivienda familiar, bajo determinadas condiciones, o disponer el reparto de los bienes del ajuar entre los progenitores o, finalmente, autorizar la retirada de la vivienda de bienes privativos componentes del ajuar. En este sentido, es técnicamente correcta la redacción del art. 3.2 c) de la Ley al exigir que el pacto de relaciones familiares deba referirse al destino de la vivienda y del ajuar familiar, y no a*

²⁰²⁰ CEMBRANO REDER, José Luís, artículo de opinión en el apartado efectos económicos en la pagina de la Asociación Española de Abogados de Famita, ARAGON, VIVIENDA PRIVATIVA, ATRIBUCION TEMPORAL DEL DERECHO DE USO, 28 de febrero de 2011

la mera atribución del uso de una y otro, Cuestión sobre la que vuelve a incidir parcialmente, el mismo autor (Diario La Ley, N° 7537, Sección Doctrina, 29 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY), refiriéndose a la facultad que se concede al Juzgador en el Art. 7.4 , al que tacha de precepto técnicamente deficiente.”

Al igual que en la anterior sentencia Mediante Auto 1001/2009 de 4 de febrero de 2010, el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid del que es ponente el Magistrado D. Juan Pablo González del Pozo, se contrapone con aquellas sentencias que no establecen un límite temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar ya que en este caso se establece que *“Las tendencias más innovadoras y recientes en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales entienden que, con objeto de no generar injusticias manifiestas derivadas de la mecánica aplicación de una norma que, cual el artículo 96, párrafo 1º del Código civil, vincula inexorablemente el uso de la vivienda con la atribución de guarda, es menester no hacer atribuciones del uso de duración indefinida, a menos que esa sea la única forma de proteger y preservar los prioritarios intereses del menor a disponer de una vivienda digna en que habitar, y que, por otra parte, si la vivienda familiar es privativa del cónyuge no custodio (cual ocurre en este caso, en que la actora no ha discutido la afirmación de la contraparte de que la vivienda familiar es privativa del padre) la atribución ha de hacerse con carácter temporal para no privar al legítimo propietario de poder ejercitar, en un plazo razonable, sus facultades dominicales de disposición sobre el inmueble, especialmente si éste soporta una carga hipotecaria de larga duración cuyo amortización debe afrontar en solitario el cónyuge no custodio.”...” En suma, es posible sostener, en una interpretación conjunta y sistemática de lo establecido en el artículo 103.2ª y 96,1º del CC., que el uso de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar existente en la misma, no debe atribuirse necesariamente a los hijos menores y al cónyuge o progenitor en cuya compañía quedan, siendo posible adoptar otras soluciones distintas siempre que éstas garanticen de manera razonablemente segura, la adecuada cobertura de las necesidades habitacionales del menor.”*

El modo de vida actual lleva a que las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida se vean obligados a limitar temporalmente el derecho de uso aunque existan hijos menores de edad. La Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3.ª de 4 de junio de 2008, como Magistrado Ilmo. SR. D. Ricardo Moyano

Navas establece que *“La apelante sostiene que la sentencia apelada desborda el marco del proceso de divorcio al disponer que transcurridos dos años "deberá procederse a su venta a un tercero o a la actora". Desde luego, en estos términos literales el pronunciamiento es desacertado, pues no corresponde al Tribunal decidir el momento y el modo en que han de liquidarse los bienes gananciales, correspondiendo a los cónyuges -de común acuerdo o unilateralmente- el iniciar el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales en el momento que discrecionalmente elijan para interponer la acción judicial, si la liquidación no se realiza extrajudicialmente. Como tampoco puede predeterminarse en el proceso de divorcio que el destino del bien inmueble que constituye el domicilio haya de "venderse a un tercero o a la actora", pues pueden adoptarse muchas otras decisiones, desde la permanencia en proindiviso ordinario a la adjudicación al marido, etc.”*

“No obstante, la razón de ser del pronunciamiento, haciendo la salvedad de estos defectos, es tener en cuenta lo gravoso que representa para el cónyuge excluido del uso -interés menos protegible para el art. 96 del CC, cuando el otro cónyuge ostenta la custodia de los hijos menores- la perpetuación en el tiempo del uso por el cónyuge custodio y los hijos, soportando al mismo tiempo el pago de la mitad de la gravosa hipoteca y teniendo que atender a sus propias necesidades de habitación.lo expuesto no impide que el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el art. 96 del CC, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el art. 96 del CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio.”

“Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor -intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente- pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante. Atribuir el uso de la vivienda indefinidamente, soportando el excluido del uso el gravamen de la

hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar. Por todo ello, la solución arbitrada en la sentencia apelada no sólo es legal -rectificado el error ya apuntado anteriormente- sino además es justa, con la sola matización de que el plazo de dos años para la liquidación de la sociedad de gananciales es excesivamente breve, siendo más adecuado conceder tres años de derecho de uso exclusivo sujetos a dicha liquidación, sin hacer referencia al momento y modo en que dicha liquidación ha de producirse. Pero, simplemente, si transcurren los tres años sin haber alcanzado la sociedad ganancial estadio de liquidación, procederá el uso común del bien conforme a las reglas ordinarias de administración de bienes gananciales en condominio dentro de la llamada comunidad "postganancial".

En mi opinión, esta sentencia contempla las dificultades existentes hoy en días en nuestra sociedad, valorando y ponderando los derechos y las obligaciones que asisten a ambos progenitores tras la ruptura de la convivencia, debiendo soportar el progenitor no custodio una mayor gravosidad tras esa ruptura, ya que tras verse privado del uso de su vivienda, deberá seguir abonando la hipoteca y además, abonar los gastos de una segunda vivienda tras la ruptura. En esta sentencia se deja constancia de que el derecho debe estar a la orden del día, no pudiendo prolongar la mencionada situación durante un largo periodo de tiempo. No obstante, en cada caso hay que valorar tanto las necesidades de unos como la capacidad económica de otro, tal y como se hace en la anterior sentencia, ya que no se podrá dejar desprotegido al menor o al hijo mayor de edad que no tenga recursos económicos, prevaleciendo siempre el interés del menor y el interés más necesitado de protección.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sec. 6.^a de 26 de febrero de 2009, en la que el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez en el que en este caso se acordó mediante convenio regulador un limite temporal al uso de la vivienda familiar a la mujer custodia y a los hijos de estos, en el que se acordaba la venta inmediata del inmueble (2005) siendo el tema de debate *“la posibilidad de continuidad en el uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la demandante e hijos menores Emilia y Guillermo en su compañía, ciertamente pasa por constituir principio elemental, necesario e inspirador del dictado de cualquier medida*

que pueda afectar a los hijos habidos en el seno matrimonial el de que el interés de los mismos es prevalente sobre cualquier otro, incluido el de los padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado "bonum filii" ha sido elevado a principio jurídico universal orientador de la actuación al que deben someterse Jueces y Tribunales, quedando consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (artículos 92, 93 y 103.1 del Código Civil) y así, "ex lege", en el artículo 96.1 del Código Civil se dispone como regla general que en defecto de acuerdo entre los cónyuges aprobado por el juez, "el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden", norma sustantiva en la que se insta "ope sententiae" como solución al problema atender a las necesidades de un sujeto plural y colectivo y no exclusivamente a las de uno de los cónyuges, situación que fue contemplada por los ex cónyuges cuando a la firma del convenio regulador de los efectos de su divorcio pactaron que la vivienda que hasta entonces había sido la familiar quedar en uso y disfrute de esposa e hijos que quedaban bajo su guarda y custodia", y a su vez, "que el inmueble quedaba desde entonces a la venta, imponiendo como límite de ocupación el de los dos años, período que al día de la fecha ha vencido en exceso, por lo que debe entenderse que ese derecho pactado queda extinguido, sin que sea factible ahora pretender entrar en análisis de cuestiones extemporáneas en relación con el interés de los menores, pues lo decisivo a los efectos aquí debatidos no es otra cosa que partir de la base de que ante la no venta del inmueble y el transcurso del límite máximo de los dos años, se debe proceder a su desocupación, tratándose de concretar sin más si conforme a lo establecido en el artículo 90, penúltimo párrafo, del Código Civil, la medida judicialmente aprobada en el proceso anterior de divorcio, puede ser modificada judicialmente, pero para ello es necesario, señala el mismo precepto legal, que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias, de lo que se deduce: 1) Que haya existido, y se acredite debidamente, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges, o por el Juez, para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador de la separación o del divorcio, o en la correspondiente resolución judicial, de tal manera que las existentes al tiempo de solicitar la modificación de aquellas medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción; 2) Que dicha modificación o alteración de las circunstancias sea sustancial, es decir, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o el divorcio, se hubieran adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía por lo que hace a las prestaciones

económicas; 3) Que tal modificación o alteración de circunstancias, no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia en el tiempo, y 4) Que la referida modificación o alteración de circunstancias no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas, sustituyéndose por otras que resulten más beneficiosas al solicitante, debiendo entenderse por el tribunal, como así hiciera la juzgadora de primer grado, que, en absoluto, se observan cambios de circunstancias sustanciales a los efectos interesados, ya que el enfriamiento del mercado inmobiliario padecido en los últimos tiempos no justifica que demandante e hijos continúen en la ocupación del inmueble, por así haberlo convenido libre, voluntaria y en forma espontánea la misma, con el conveniente asesoramiento técnico en su día, por lo que esa previsibilidad de que no pueda operar la venta en fechas próximas futuras es incertidumbre que no puede mantenerse "sine die" mediante la continuidad de ocupación del núcleo familiar constituido por madre e hijos, máxime cuando consta en las actuaciones que tiene disponibilidad económica para su propia subsistencia y de la de sus hijos”, “..... que la ocupación pasa por constituir un entorpecimiento al posible interés de presuntos compradores, no ya solamente por el que pueda tener la propia demandante en no facilitar la venta sino, incluso, por la posible situación de precariedad a que podría llegarse a pesar de la importante inversión en su adquisición (valorada en unos setecientos cincuenta mil euros), lo que se traduce en el dictado de una sentencia plenamente confirmatoria de la recurrida al ser totalmente ajustada a derecho en su pronunciamiento objeto de apelación.”

Esta sentencia a la que se ha hecho alusión, explica con detenimiento el porque se produce el desalojo de los hijos y de la madre que tiene la custodia, ya que como en anteriores sentencias enunciadas, entiende el magistrado que no se puede prolongar el uso de la vivienda familiar “sine die”, debido a la situación de desigualdad en que incurre el progenitor no custodio, así como tras transcurrir el periodo de tiempo estipulado en convenio colectivo del uso de la vivienda familiar, que en este caso vemos que es posible establecer un limite a su uso según las circunstancias en cada caso, se produce una precariedad en la ocupación, tema que desarrollamos a continuación

No obstante y tras todo lo expuesto, sorprende la más reciente de las sentencias²¹ dictada por el Tribunal supremo en fecha 14 de abril de 2011, por la magistrado Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías establece que tras formular recurso de apelación ante el Fallo emitido por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de 1^a Instancia número 3 de Valladolid, en sentencia con fecha 16 de octubre de 2007 en la que se acordó en el punto segundo del Fallo atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor el uso de la vivienda que fuera domicilio sin el límite temporal, la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 5 de septiembre de 2008, en la que se estimó parcialmente los recursos de apelación acordando limitar temporalmente el uso y disfrute de la que fuera vivienda conyugal a la Sra. Agustina y su hija al momento en que se produzca la liquidación de la sociedad ganancial. Tras ello la Procuradora de la madre custodia, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el fundamento de derecho segundo como motivo único en el que se contiene *“Infracción del Art. 96 CC, por establecer una limitación del uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, con privación de dicho uso al menor de edad. Entiende la recurrente que se produce una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales. Señala que en este punto existen dos líneas jurisprudenciales: a) la primera contenida en la sentencia impugnada y en las de la misma sección de la Audiencia Provincial de Valladolid (nº 17/2007, de 17 enero; nº 342/2007, de 15 octubre), que admiten la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor, permitiendo que pueda extinguirse este uso siendo menor el hijo y, por tanto, dependiente; b) una segunda línea la identifica la recurrente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, 209/2007, de 18 mayo; 514/2005, de 14 octubre, que cita a su vez otras en el mismo sentido, que consideran imperativa la aplicación del Art. 96 CC y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores.”*

“El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una

²¹ Base de Datos de Derecho de Familia – Lex Nova.

regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.”

“El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.”

“Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (Art. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.”

“Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios.”

Esta sentencia reitera lo estipulado en esta otra sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 1 de abril de 2011, en la que es igualmente Ponente la Excm. Sra. D. Encarnación Roca Trias²² referente a la atribución del uso de la vivienda familiar a los

²² Fuente. Base de Datos de Derecho de Familia – Lex Nova

hijos menores de edad, lo cual determina que es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, pues el Art. 96.1 no contiene ninguna limitación mientras sigan siendo menores. El interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja.

La única diferencia existente entre ambas, es que una se decide en el seno de un matrimonio y la otra entre parejas de hecho, la cual salva del siguiente modo: *“debe recordarse que el recurso se plantea en una separación de dos personas que no han contraído matrimonio, pero lo que se discute no son los efectos económicos o de otro tipo que la finalización de la convivencia plantea a los convivientes, sino que se refiere a la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos. Se trata, por tanto, de una cuestión que debe ser resuelta fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño”*.

“El primer problema previo a resolver consiste en la respuesta a la pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC, ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios. Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los Art.. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC” ... “En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los Art.. 14 y 39 CE”.

Por lo tanto, la atribución de uso de la vivienda familiar habiendo hijos en común, no distingue que estos sean fruto de un matrimonio o de una pareja de hecho, no pudiéndose limitar el uso de la vivienda mientras los descendientes sean menores debido al principio del interés del menor.

En base a esta sentencia se pronuncia el abogado JOSÉ LUIS CEMBRANO REDER²³ en el que llega a la conclusión de que tras el precepto de "...incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio", establece que "con ésta doctrina queda claro que cualquiera que sea el régimen, cuando existan menores el pacto entre las partes limitativo del derecho de uso de la vivienda familiar queda jurídicamente condicionado a que el Juzgador compruebe y confirme que no perjudican sus derechos, y esto me preocupa porque aleja las posibilidades de transacción y además se asienta en la desconfianza sobre la capacidad de los progenitores para darse soluciones. Todos sabemos lo difícil que es buscar y pactar soluciones, pero mucho más cuando en sede tan alta se insiste en la precariedad de los acuerdos y en la falta de capacidad de las partes para dar firmeza a su propia voluntad. El control y condicionamiento sistemático de éste tipo de acuerdo supone:

a) lo artificioso de que las partes voluntariamente pueden vender o renunciar sobre el uso de la vivienda familiar sin control, salvo en convenio, b) que la libertad de establecimiento de domicilio, aceptada incluso por el otro progenitor, requiere indirecta supervisión judicial al controlar ese derecho de uso, c) dificulta los convenios, porque la voluntad de las partes está afectada, d) afirmación de un principio de grave desconfianza institucional sobre los progenitores, e) complica los convenios, al imponer cláusulas suspensivas o resolutorias ante eventuales contraprestaciones a la disposición, cesión o renuncia del derecho, f) se trata de una indisponibilidad circunstancial y efímera, pues si no fuera un derecho renunciabile no cabría lo dicho en el apartado a), g) añade inseguridad jurídica, al dejar en suspenso los posibles acuerdos con compromisos o promesas de venta, h) da pie a estrategias y acechanzas (aprovechamiento unilateral de lo negociado), i) la discrecionalidad de la supervisión incorpora un innecesario elemento de aleatoriedad (según el fiscal/ juzgador de turno), j) contradice el fundamental principio de libertad de las partes en sede civil, que en derecho de familia no tiene que tener otras excepciones que no sean las justas y mínimas precisas, De otro lado, en orden a la naturaleza alimenticia del derecho,

²³ CEMBRANO REDER, José Luís, artículo de opinión en el apartado efectos económicos en la página de la Asociación Española de Abogados de Familia, MENORES: LIMITACION TEMPORAL // SUPERVISION JUDICIAL DE LOS PACTOS, EN CASO DE MENORES NO PUEDE LIMITARSE EL USO DE LA VIVIENDA; Obiter dicta: SUPERVISION JUDICIAL DE LOS PACTOS , 24 de mayo de 2011

hemos de tener en cuenta: k) El derecho de uso de la vivienda no tiene el mismo rango que a los alimentos líquidos, l) ante un convenio dañino, Fiscal y el Juzgador pueden incidir cautelarmente y de oficio en el pacto de alimentos líquidos. En suma, la Sala inyecta nuevamente un principio de desconfianza institucional contra los progenitores que dificultará soluciones y evitará una necesaria fluidez y confianza; es una sentencia, en éste punto, paternalista, como ya lo fuera la famosa Sentencia del "comodato" aplicada a la cesión desinteresada de la vivienda familiar, que sembró la desconfianza precisamente en la buena fe del familiar que cedía en modo altruista la vivienda, y que tanto tiempo hemos tardado en recolocar doctrinalmente. Pienso que la Sala, precisamente en éste punto, podría, y debería, haber sentado otra doctrina, porque la dicción del art. 96 lo permite. Y esto, además, cuando resulta que los vientos circulan en otras direcciones."

III. TITULO CONSTITUTIVO DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Para definir cual es el título constitutivo de la atribución del uso de la vivienda familiar, se señalan algunas sentencias que se pronuncian al respecto, con la finalidad de determinar que derechos se adquieren frente a terceros tras la atribución de su uso y los límites temporales que pueden sufrir sus ocupantes..

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera, de 8 de octubre de 2010 dictada por la Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Torres, en el fundamento de derecho cuarto establece que: *Es cierto que esta Sala ha declarado en las sentencias a que se refirió la recurrente en el acto de la vista oral, que el derecho a la vivienda acordado judicialmente en la sentencia de separación o de divorcio no tiene carácter de derecho real. Las sentencias de 14 y 18 enero 2010 coinciden en la misma doctrina en relación a la naturaleza del derecho atribuido al cónyuge adjudicatario de la vivienda y señalan que: "De la ubicación sistemática de este precepto [art. 96 CC] y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de*

2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquier actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)". La sentencia antes citada, de 18 enero 2010 dice que "el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad".

“Ciertamente, la doctrina resumida ha sido dictada para los supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, sin contraprestación, pero ello no impide que la fijación jurisprudencial de la naturaleza del derecho al uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o divorcio sea aplicable en todos aquellos casos en que ello sucede.”

En esta sentencia, se deja constancia que la atribución del uso de la vivienda familiar no es un derecho real inscribible en el Registro de la propiedad como tal, y a la misma conclusión se llega y se deja constancia en la resolución de 18 de noviembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad número 2 de Sevilla, a la inscripción de un pretendido derecho de uso de vivienda familiar, inscrito en el Boletín Oficial del Estado núm. 7, de 8 de Enero de 2010, Marginal: BOE-A-2010-349 , en el que se establece que “2. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo, el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo -que puede ser variable-, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo.

Como ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho. Sin embargo, la duda en cuanto a los efectos que de tal «derecho» se derivarán, así como el hecho de no atribuirse al cónyuge, que es el verdadero titular del derecho de uso configurado por el Código Civil, inclinan a concluir que no se constituye un derecho al uso de la vivienda como el legalmente tipificado e inscribible en el Registro”.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia²⁴ del Tribunal Supremo, Sala Primera de 18 de marzo de 2011 en el que el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos ratifica la doctrina jurisprudencial que considera precario la ocupación de la vivienda aunque la esposa e hijos tengan atribuido judicialmente el uso en un procedimiento matrimonial. En ella se concluye que *“La respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005, citada por la sentencia recurrida y a partir de ellas muchas otras (SSTS 30 de junio de 2009, [RC n.º 1738/04], 22 de octubre de 2009, [RC n.º 2302/05], 14 de julio de 2010, [RC n.º 1741/05] 11 de noviembre de 2010 [RC n.º 511/06] o 22 de noviembre de 2010 [RC n.º 39/07] entre las más recientes), que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar. A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas*

²⁴ Fuente. Base de Datos de Derecho de Familia – Lex Nova

reguladoras de ese negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario. “C) Como también ha declarado la sentencia de Pleno de esta Sala de 14 de enero de 2010 [RC n.º 2806/2000], el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección...Asimismo, procede, en cumplimiento de lo dispuesto en el último inciso del párrafo tercero del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reiterar como doctrina jurisprudencial la siguiente: «La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”.

Anterior a las ya expuestas es esta otra Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de 2 de octubre de 2008, resuelta por el Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, al igual que en las anteriores, el magistrado entiende que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

La mencionada sentencia reitera lo anteriormente expuesto pues considera que “A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista. B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del

concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista. D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte -porque no pueden serlo- en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.”

GUARDA Y CUSTODIA

I. PATRIA POTESTAD

En el Reglamento num. 2201/2002 del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2003, se define la responsabilidad parental como “*los derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*”.

No obstante, en el Código de Familia de Cataluña han ido más allá y han suprimido en su exposición de motivos el término de patria por el de “potestad del padre y de la madre”, ya que la titularidad y el ejercicio de la potestad, la ejercen tanto el padre como la madre.

El artículo 154 estipula textualmente que “*Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.*”

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.”

El artículo 1903 del CC hace responsable a los padres de los hechos cometidos por los hijos que se encuentren bajo su guarda

El artículo 156 del CC contiene que *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados la patria, potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”

Por lo tanto la patria potestad será ejercida por ambos progenitores salvo que se den las circunstancias establecidas en el artículo 170 del CC por incumplimiento de los deberes paterno filiales. No obstante se atribuirá a uno solo de los progenitores cuando se imposible que el otro progenitor realice el ejercicio debido por ejemplo a una grave enfermedad mental, alcoholismo crónico.., cuando un progenitor este ingresado en prisión, cuando uno de los progenitores ha estado un largo periodo de tiempo sin ocuparse de sus hijos, es decir cuando no tiene relación lo que también podrá dar lugar a que en caso de que sea grave, se le prive del ejercicio de la patria potestad, cuando existe una importante conflictividad entre los progenitores, cuando uno de los progenitores mantiene una postura agresiva frente a sus hijos y los que le rodean²⁵

La patria potestad será causa de su privación tal y como dispone el art. 170 del CC cuando sea establecido por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial, pudiendo los Tribunales, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

También podrá privarse del ejercicio de la patria potestad cuando se incurra entre otros delitos de coacciones (172.2CP), violencia psíquica (173.2 CP), delitos relacionados con la pornografía (198 CP), sustracción de menores(225 bis CP), abandono de menores o incapaces(233.1 CP) etc...

II. GUARDA Y CUSTODIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA

La función de la patria potestad tras el cese de la convivencia entre los progenitores, conlleva que una de las funciones del ejercicio de esta enumerada en el art. 154 del CC de tener en su compañía a los hijos, se desdobra en la función de que a uno de ellos se le atribuirá la guarda y custodia o a ambos si se acuerda que sea compartida, o en otro caso, el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancia para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por lo tanto los termino

²⁵ Tratado de Derecho de Familia, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otro procedimientos contenciosos, Aspectos sustantivos, Pérez Martín, Antonio Javier, Tomo I, Volumen I. PG 168.

“guarda y custodia” y “régimen de visitas y estancias” no son sino dos conceptos temporales de la función de “tenerlos en su compañía”²⁶

Las medidas sobre el cuidado de los hijos serán adoptadas en beneficio de ello, tras oírles si tuvieren suficiente juicio, y siempre a los mayores de doce años (art. 92 del CC), tampoco deberá separarse a los hermanos y es aconsejable que sean los propios padres los que propongan el régimen de custodia (art. 159 del CC)

A la hora de determinar a cual de los progenitores se atribuirá la guarda y custodia de los hijos se ponderan muchas situaciones tales como el trabajo que desempeñan aunque este según el Tribunal supremo en sentencia de 14 de febrero de 2005 no es impeditiva para su ejercicio, hay que tener en cuenta también la enfermedad o padecimiento psíquico o físico del progenitor.

La custodia compartida se ampara en el derecho del hijo a preservar su relación con los dos progenitores, y en la Carta de los derechos del niño, así también como en el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos recogido en la constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según se indica en el Código Civil.

En ocasiones hay padres que no quieren asumir sus obligaciones con estos, siéndole más cómodo delegar en su madre toda la educación del menor. Por ello hay que abrazar en los efectos que contaba la custodia compartida no pudiéndonos aferrar a un reparto igualitario del tiempo ya que en ocasiones ello no es posible, desterrando en esto casos la posibilidad de su aplicación. En este sentido se pronuncia el Magistrado D. Antonio Javier Pérez Martín establece una diferencia entre:

-Custodia legal conjunta: “ significa que los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño y suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia, que varía según las circunstancias de cada caso.

²⁶ Tratado de Derecho de Familia, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, Aspectos sustantivos, Pérez Martín, Antonio Javier, Tomo I, Volumen I. PG 232

- Custodia física conjunta: significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los periodos de convivencia no tengan forzosamente la misma situación. En general se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño, siendo frecuente los repartos al 50%.

Como bien indica el magistrado, hay que desterrar la idea de dividir el tiempo de convivencia igualitaria al 50% y empezar a interpretar la coparentalidad como un reparto al 50% de los derechos y obligaciones de ambos padres, poniendo en practica real los derechos y deberes inherentes de la patria potestad.

De este modo lo que se intenta es eliminar la idea de que mientras un progenitor tiene las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad puesto que se le ha otorgado la guarda y custodia y las obligaciones que ello conlleva, el otro progenitor no custodio al que se le ha aplicado el régimen de visitas y que en innumerables ocasiones incumple, lo que se aplica con ello es un reparto injusto de las obligaciones que se deben cumplir frente a un hijo, ya que en estos casos mientras el progenitor custodio debe estar constantemente alerta y no descuidar sus obligaciones para con sus hijos, el progenitor que disfruta del régimen de visitas, a parte de estar exonerado de estas obligaciones constantes, en ocasiones cuando debe de cumplirlas si su tiempo no se lo permite, puede eludirlas, produciéndose por tanto un desequilibrio en el ejercicio de la patria potestad. Actualmente existe una sentencia de la AP de Córdoba, sección 3ª, de 4 de marzo de 2010 en el que elude al padre tras su incumplimiento reiterado del régimen de visitas, de su responsabilidad penal frente al hijo. Por lo tanto, lo que estamos admitiendo es que tan solo el progenitor no custodio tiene la única obligación de abonar la pensión alimenticia a sus hijos, debiendo el progenitor custodio a parte de suministrarle alimentos, decidir las 24h del día sobre la educación de su hijo y hacerse cargo de las obligaciones que ello conlleva sin cabida a la interrupción, bajo aplicación del Código penal por eludir las obligaciones que conlleva la guarda y custodia atribuida. No obstante el progenitor no custodio en estos casos solo será privado de la patria potestad pero deberá seguir cumpliendo las obligaciones del Art. 110 del CC el cual estipula que “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.”

La mencionada sentencia establece en el Fundamento Segundo que “...el artículo 94 del mismo Código Civil desde el punto de vista del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores; y desde esta óptica unilateral, lo conceptúa como goce de los derechos de visita, comunicación y tenencia del hijo en la propia compañía. Precisamente por esta concepción del citado derecho-deber familiar que late en el indicado artículo 94, es por lo que esta modalidad de relación entre el padre y los hijos tiene carácter potestativo y no imperativo o prohibitivo. De modo tal que, si esa comunicación del padre con el hijo viene establecida formalmente como una facultad del progenitor, y finalmente acaece que la citada norma penal sólo sanciona el incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial, forzoso será reconocer, en méritos del estricto principio de legalidad penal, que lo denunciado no es encuadrable en el concreto precepto indicado por la acusación, pues lo contrario supondría asimilar inadmisiblemente, en demérito del referido principio y en perjuicio del denunciado, elementos conceptuales tan diferentes como obligación y facultad.”

Sorprendentemente y en contraposición con la reciente sentencia a la que hemos hecho alusión anteriormente, la Sentencia nº 56/2007 de AP Valencia, Sección 1ª, 28 de Febrero de 2007 se condena a la madre custodia de los hijos por la falta del artículo 618.2 del C.P , imponiéndole la pena de multa de 20 días a razón de una cuota diaria de 20 euros, con la expresa advertencia de que en caso de impago procederá la responsabilidad civil subsidiaria, conforme al artículo 53 del Código Penal, ya que fue denunciada por corresponder al padre no custodio la compañía de los hijos en la semana del 5 al 11/12/05, impidiendo la madre al padre hacer uso de su derecho. Se considera en la sentencia que esa forma de actuar denota una voluntad de incumplimiento con conocimiento y voluntad de llevar a cabo una personal decisión contraria a la obligación impuesta en sentencia, y por lo tanto incurre en el precepto del art. 618 del CP.

Al igual que en la Sentencia nº 88/2006 de AP Las Palmas, Sección 1ª, 2 de Mayo de 2006 , el cual establece que la falta del art. 622 castiga el incumplimiento del régimen de custodia establecido por la autoridad judicial, y aun cuando ciertamente la guarda se ha atribuido a la madre en sentencia, el padre tiene un régimen de visitas que conlleva la asunción de la guarda de su hijo mientras ejercita el mismo, por lo que debe concluirse necesariamente que el progenitor custodio que impida que el no custodio se

relacione con el menor en el periodo de tiempo fijado para ello en la resolución judicial o convenio regulador judicialmente aprobado, estará infringiendo el régimen de custodia de sus hijos menores así establecido, incurriendo por ello en la falta citada tipificada en el art. 622 del CP.

Es totalmente contradictorio que un padre en este caso, pueda no ejercer el régimen de visitas establecido en sentencia quedando ello totalmente impune y que sin embargo la madre en este caso, que tiene la custodia de los hijos, no favorezca al cumplimiento del régimen de visitas o interfiera en el, se incardine en el art. 618 o en el 622 del CP.

No obstante la sentencia 71/ 2011 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 10 de marzo establece que “...*Aunque dicho artículo se refiera a que el progenitor no custodio "gozará del derecho" a tener un régimen de visitas con sus hijos menores o incapacitados, tal régimen de visitas no supone únicamente un derecho del progenitor no custodio sino que también implica una obligación de dicho progenitor; o dicho de otra manera: un derecho del menor o incapacitado a relacionarse y estar en compañía del progenitor no custodio.*”

Como bien indica el Magistrado Antonio Javier Pérez Martín, “volvemos a insistir en que estamos ante un problema de nombre” custodia y régimen de visitas”. Y no de reparto de tiempo de convivencia”²⁷

“Por ello la postura más correcta a mi parecer es evitar los conceptos de régimen de visitas y guarda y custodia, uniendo las obligaciones y derechos que estos conllevan en un solo concepto de “reparto del ejercicio de la potestad” ya que este concepto abarca tanto la estancia física con lo hijos, como la obligación de suministrar alimentos por ambos progenitores, pudiendo hacer un reparto desigual del tiempo de estancia con estos en función de las posibilidades de cada progenitor otorgando por ejemplo de lunes a viernes a la madre y sábados y domingos con el padre, pero ambos como obligados a ejercer la patria potestad en sentido estricto, uniendo en este

²⁷ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, Tratado de Derecho de Familia, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, Aspectos sustantivos, Tomo I, Volumen I. PG 272

concepto todas las obligaciones y derechos existentes antes de la ruptura matrimonial. En este caso, cuando se produzca un incumplimiento de su ejercicio por uno de los progenitores, responderán en igualdad de condiciones superando ese concepto de derecho de visitas del progenitor no custodio con el fin de eludir sus responsabilidades y cargar inherentes al custodio. En estos casos reservaría el derecho de visitas para aquellos periodos vacacionales en que el progenitor custodio disfruta de sus hijos en un periodo de un mes o tres meses de verano, concediéndole el DERECHO de visitas al progenitor no custodio en ese momento.”

Así la Audiencia Provincial de Barcelona nº102/2007, Sección 18ª, 20.2.2007 y AP Barcelona, 181/2007, Sección 12ª, 9 de marzo de 2007 se refieren por un lado a “un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres”, o dicen que “es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental... en la que tanto uno como otro de los progenitores, están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”

En su aplicación habrán de ponderarse las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones... u otras similares.

La Sentencia 549/2009 de la Audiencia provincial de Barcelona, de 28 de julio de 2.009, Sección 12ª establece que “...fundamental criterio normativo y el de “beneficio y conveniencia” o interés de los hijos (art. 82 CF, art.92, 2º y 4º CC) Con ello se trata de distribuir la función de guarda y custodia, como ejercicio concreto de la potestad (Art. 132 y SS del CF) atribuyéndole su ejercicio al progenitor que cotidianamente ha de velar por los hijos, si bien al otro progenitor le sigue correspondiendo la potestad, ejercida de forma conjunta entre ambos ,y un correlativo derecho de visitas o de relacionarse con sus hijos, como así lo reconoce el art. 76 CC

(vide tb. El art. 160 CC). ... Para que pueda concederse la guarda y custodia compartida es preciso que exista un claro entendimiento entre los dos padres, así como que no exista mucha distancia entre el domicilio de ambos y exista facilidad de comunicación de los padres hijos y los, teniendo en cuenta si realmente estos salen beneficiados de este sistema de guarda y custodia, que debe fijarse con carácter restrictivo”

La abogada Fernández Garrido en un artículo publicado en AEAFA, comparte el criterio con otros juristas de cambiar en el anteproyecto del *Codi de Família de Catalunya* el término “custodia compartida” por el de “responsabilidad parental compartida”, ya que el primero parece que da derechos y poder, mientras que el segundo significa lo que el término indica. Hemos conseguido que ese término (“responsabilidad parental”) sea aceptado y así se recoge en el texto propuesto y discutido. “Este artículo se hace referencia de forma muy poco clara a dos conceptos distintos: responsabilidad parental (compartida) y custodia (individual). Tal como se aplica en la legislación europea, el concepto de responsabilidad parental se correspondería con el concepto de potestad de la legislación española y catalana, por lo que exista o no divorcio o separación, siempre será compartida entre ambos progenitores, salvo el caso excepcional que permita ser privada la potestad sobre los hijos.”²⁸

En un artículo publicado en la revista LEXFAMILY²⁹ se hace un estudio de la sentencia dictada por la Sec. 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en el que aunque mantiene el mismo tiempo de reparto de convivencia entre los menores y los progenitores que señaló el Juzgado de Violencia de la Mujer nº 1 de Málaga acuerda dar la custodia al padre que es con quien pernoctarán los hijos. El razonamiento de la Audiencia Provincial para no otorgar la custodia compartida es el siguiente: “.....según se desprende de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número Diez de Málaga en fecha doce de abril de dos mil seis en juicio rápido 144/2006, por lo que esa custodia compartida que pueda decretarse en casos excepcionales, ante el

²⁸ FERNÁNDEZ GARRIDO Montse, LA CUSTODIA COMPARTIDA: Ventajas e inconvenientes, AEAFA, 14 de enero de 2010, PG: 11

²⁹ LEX FAMILY, opinión, ¿Pero, un régimen de visitas en el que los hijos están con el progenitor no custodio seis horas y media al día y se reparten los fines de semana y vacaciones, no es una custodia compartida?

enfrentamiento de los padres, por el órgano judicial, no es de apreciar, dado que el aspecto fundamental a tener en cuenta en estos casos es la estabilidad física y emocional de los menores, lo cual no obsta a que se mantenga ese régimen amplio de visitas, estancias y comunicaciones establecido judicialmente, pareciendo apuntar más bien la resolución judicial impugnada a identificar esos dos aspectos de una misma cuestión, lo que es la guarda y custodia compartida con la fijación de un régimen amplio y tremendamente flexible de visitas y comunicaciones, sin que consten en autos factores tan esenciales a los efectos resolutorios de la cuestión como la cercanía de domicilios de los progenitores, cambio del entorno social, familiar y educativo de los hijos, razones que avalan la decisión a adoptar acerca de que la guarda y custodia de los hijos matrimoniales quede atribuida en exclusividad al padre, pero manteniéndose el régimen de visitas establecido al efecto en la sentencia”.

“Como vemos la cuestión nuclear no es otra que definir lo que se entienda por custodia compartida. Las modalidades posibles de custodia compartida son ilimitadas, ya que las circunstancias de cada grupo familiar pueden prestarse a todo tipo de combinaciones. La custodia compartida no admite standard y podría decirse que en cada caso habría que hacer “un traje a medida” y para confeccionarlo nadie mejor que los propios progenitores que son los que conocen perfectamente todo lo que acontece en el grupo familiar.”

“Hay que desterrar el mito de que la custodia compartida significa necesariamente un reparto por mitad (incluyendo pernocta) de los períodos de convivencia del niño con cada uno de los padres. Puede calificarse de custodia compartida todo reparto de convivencia que vaya más allá del régimen de visitas habitual que se otorga cotidianamente en los juzgados de familia. Además, más que al tiempo de convivencia, hay que atender al reparto de tareas de atención y educación a los hijos entre los progenitores.”

En el diario ARAGÓN DIGITAL³⁰, se publica que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha otorgado a una madre la custodia de un

³⁰ Revista digital Lex Family, el diario digital de Aragón, El TSJ de Aragón otorga la custodia a la madre en su primera sentencia sobre custodia compartida

menor anulando así el fallo de la Audiencia de Teruel, que la había concedido a los dos progenitores.

Los magistrados fundan su decisión en que ninguno de los padres presentó el plan de relaciones familiares que exige la ley para poder hacer efectivo un sistema de guardia y custodia compartida y que, en su momento, fue requerido por la Audiencia Provincial a las partes.

Además, entienden que, en atención a la corta edad del menor, que se encuentra en la primera infancia, “la custodia individual de la madre resulta más conveniente en este caso”.

La sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, otorgó la guardia y custodia del menor a la madre en tanto que la patria potestad quedaba compartida por ambos progenitores.

Además, la resolución judicial estableció que el padre podría tener consigo al menor dos días a la semana, los martes y jueves, desde la salida de la guardería hasta las siete de la tarde y los fines de semana alternos, y los periodos vacacionales y estivales divididos por semanas.

En este caso al igual que el anterior, se produce un error en la determinación del concepto de custodia compartida ya que en este caso se está aplicando pero con conceptos divididos entre guarda y custodia para la madre y derecho de visitas para el padre, otorgándole una mayor responsabilidad a uno de los progenitores por el mero hecho de aplicar un concepto u otro.

Àssun Pérez Aicart, coordinadora de la Plataforma Feminista por la Custodia Compartida y María Sanahuja, juez decana de Barcelona, reflexionan sobre el tema de la custodia compartida y feminismo en un artículo publicado en el Mundo (edición Catalunya)³¹

³¹ LEXFAMILY, opinión, Feminismo y custodia Compartida.

“En lo que toca a la custodia compartida, es inaceptable, desde esta óptica feminista, hacer depender su aplicación como regla, tal y como ocurre en la práctica en la actualidad, de la sola decisión o autorización de la mujer. Flaco favor se nos hace si seguimos concibiendo la crianza como un territorio preferentemente femenino por naturaleza... Por no mencionar el enorme sufrimiento que la mala resolución institucional de los conflictos familiares está generando a los menores. A nuestro entender se hace necesario una regla fuerte favorable a la custodia compartida, una nueva norma que garantice el derecho de los menores a las relaciones familiares estables e igualitarias, y también que garantice la libertad de las personas, sean mujeres u hombres, para desarrollar plenamente proyectos irrenunciables, entre ellos la filiación y la crianza, derecho-deber al que ningún padre ni madre tiene porqué renunciar, ni del que tampoco nadie, sin causa objetiva, razonable y demostrada, tiene porqué ser excluido.”

El Magistrado- Juez del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Sevilla, Francisco Serrano Castro, señala que tras el avance de la sociedad en lo referente a la superación de los roles sociales existentes hasta la actualidad se tiene que superar la concepción e imagen del padre o madre no custodios visitantes.³² *“Especialmente en el caso de los padres, resulta sumamente importante que sean ellos mismos los que lo logren, ya que para muchos su meta exclusiva sigue siendo poder estar con sus hijos en fines de semana alternos, unas horas entre semana como mucho, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y un mes en verano.”*

“Tras la separación o el divorcio, el modelo de guarda y custodia monoparental exclusivo presenta unas profundas quiebras que repercuten negativamente en madres, padres, hijos e hijas. A pesar de ello, este modelo no se puede descartar. Lo más importante es que ambos progenitores asuman y se comprometan en el ejercicio conjunto de corresponsabilidad parental que han de intentar armonizar en interés de los hijos o hijas, fomentando lazos de vinculación sólidos y estables paterno y materno-filiales.”

“Aun cuando nuestra ley civil no lo diga expresamente, lo mismo cabría predicar, como decía, en lo que concierne a la valoración de la aptitud de obstrucción

³² LEXFAMILY, opinión, Corresponsabilidad Parental y Custodia Compartida.

de derechos del otro progenitor y de los propios menores, que cabría colegir e interpretar en aquel progenitor, padre o madre, que se opusiera a un régimen de custodia compartida posible, viable y que podría resultar altamente beneficioso y positivo para los intereses de los hijos menores. Quizá ese régimen no podría prosperar con ese planteamiento obstruccionista de uno de los progenitores, mas insisto, ello debería ser causa suficiente, en todo caso, para considerar que la idoneidad para la custodia exclusiva se haya de otorgar al otro, que era favorable a ese régimen de custodia compartida, pasando a disfrutar aquel o aquella del régimen de visitas que pretendía para éste. Lo contrario sería jugar con cartas marcadas.”

Este mismo magistrado, Ilmo. Sr. Francisco serrano, pone en practica lo anteriormente mencionado mediante la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla de 11 de julio de 2008, en la que establece que “*se omitirá, de forma consciente, hacer referencia expresa al término de "atribución de custodia" y con la finalidad, se insiste, de eliminar, o al menos reducir, la carga e impacto emocional que es fuente y origen de conflictividad familiar. Por consiguiente, dada la polémica y actitud beligerante de ambos progenitores, se entiende conveniente desligar esa conflictividad de cuestiones meramente terminológicas, procurando compatibilizar el legítimo interés de ambos progenitores con el de mantenimiento de una real y efectiva situación de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger entre un modelo de custodia exclusivo u otro de custodia compartida.”*... “*Esta decisión, especialmente, se adopta en beneficio de la hija menor, entrañando una solución ecléctica, pues implica una distribución de funciones parentales que aún sin alcanzar ni reunir las características de un modelo de custodia compartida, se aproxima a los aspectos positivos que reporta para los hijos, superando los límites y fronteras de un modelo de custodia exclusiva, pues a la postre, no existen compartimentos estancos que separen uno de otro. En este sentido ya se ha pronunciado este Juzgado en Sentencia de fecha 3 de Diciembre de 2.007, (autos num. 421/06), y Sentencia de 21 de febrero de 2.007 (autos 1.378/05) confirmando ese criterio la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de fecha 31 de Marzo de 2.008, recaída en ese último procedimiento.”*

En un artículo de opinión publicado en la Revista Digital de Derecho de Familia Lex Family,³³ se señala que “Cada día se hace más necesario abrir un debate en torno al concepto de guarda y custodia, ya que con relativa frecuencia vemos en resoluciones judiciales como se deniega la custodia compartida pero de facto se establece la misma a través de un amplísimo régimen de visitas. En estos casos, ya se está pidiendo desde múltiples sectores que se acoja el término responsabilidad parental sin tener que atribuir específicamente a ninguno de los progenitores la guarda y custodia de los hijos.”

La sentencia dictada el 27 de diciembre de 2007 por la Sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en la que los motivos para no conceder la custodia compartida son que el Ministerio Fiscal no informó favorablemente y el informe psicológico practicado concluye que convendría mantener un reparto de estancias de la menor acoplado a la disponibilidad de uno y otro progenitor para atenderla, como han venido haciendo tras la ruptura, destacando dicho informe la pobre comunicación interparental existente y la dinámica relacional entre progenitores, descrita como hermetismo e impenetrabilidad de la madre y dependencia ansiosa del padre.

En una noticia publicada en el diario La información, se apunta que el juzgado de primera instancia número 6 de Elche³⁴ ha dictado la primera sentencia en la que se debía resolver sobre guarda y custodia de un menor con aplicación de la Ley Valenciana 5/11, en la que se ha acordado un régimen de convivencia compartida, previsto de modo progresivo, en consideración a la corta edad de la menor, que tiene en estos momentos nueve meses.

La sentencia acuerda el ejercicio compartido de la patria potestad sobre la menor y el régimen de convivencia será compartida, con aplicación de forma progresiva, ya que atiende a la corta edad de la menor, un bebé de nueve meses.

³³Revista Digital de Derecho de Familia Lex Family, Opinión, La custodia compartida y un régimen de visitas amplio es una misma realidad, pero los tribunales se niegan a reconocerlo.

³⁴ Revista Digital Lex Family, opinión, Información.es, La custodia compartida ya funciona a pleno rendimiento en Valencia

La jueza, ante la falta de acuerdo entre ambos progenitores ha decidido aplicar la convivencia compartida de la menor, atendiendo a su interés, que "debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores".

En esta sentencia se ha acogido al artículo 5.2 de la Ley 5/2011 de Relaciones Familiares, que apunta que por régimen de convivencia compartida "*debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí, con sus hijos menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial*". Indica que esta separación de los progenitores "*repercute considerablemente en su desarrollo psicológico y físico posterior, con minimización de los efectos de la influencia que pueda ejercer cualquiera de los dos progenitores sobre el menor y evitación e sentimiento de abandonado*".

De igual modo, en el mismo diario de la información³⁵, se publica que el Tribunal Supremo ha fallado que unos padres, residentes hasta hace pocas fechas en Alicante, tengan la custodia compartida de sus tres hijos, con un régimen de una semana en el domicilio de cada uno de ellos. La sentencia anula otro fallo de la Audiencia Provincial de Alicante, dictado en marzo de 2010, en el que se concedía el cuidado de los menores a la madre, al considerar que no hay argumentos ni se dan las circunstancias para esa decisión. Previamente, el alto tribunal ya había revocado por las mismas razones otra sentencia de la Audiencia Provincial, emitida en 2006.

No obstante, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de julio de 2011, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011, promovido por el Presidente del Gobierno, contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Y se hace constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del

³⁵ Revista Digital Lex Family, opinión, La información.es, El Supremo falla que unos padres tengan la custodia compartida de sus hijos una semana cada uno.

recurso –4 de julio de 2011–. Esta noticia se publica tanto en el diario de Mallorca.es, como en la revista digital Lexfamily. Comentada por el abogado Manuel Molina, en el que reflexiona del siguiente modo³⁶:

“1º) Mayo de 2010: El Parlamento de Aragón aprueba la Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares. A iniciativa del Partido Aragonés, y con el responsable voto favorable de CHA, PP, y –ojo al dato (que es clave) – también del PSOE. Que esta última fuerza política apoyara dicha ley no resultó extraño desde un punto de vista ideológico, dado que la norma defiende (de acuerdo con la igualdad que anuncia su nombre) la Custodia Compartida de los hijos –como medida preferente tras separaciones y divorcios. Es decir, la posibilidad de que ambos progenitores sigan participando de forma efectiva en el cuidado y educación de sus hijos después de las rupturas de pareja. Un derecho fundamental especialmente para los hijos. Y una medida progresista que en otros países lleva años siendo defendida por sus homólogos ideológicos (como ejemplo: la socialista –y declarada feminista francesa Ségolène Royal quien, siendo Ministra de Familia, impulsó la Ley de Custodia Compartida en el país vecino). Pero sigamos con nuestro periplo a través del proceloso mundo de la coherencia política.

2º) Marzo de 2011: El Parlamento de la Comunidad Valenciana aprueba la Ley de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos Progenitores no conviven. En la misma línea, establece la Custodia Compartida –como medida preferente tras las rupturas; promoviendo una auténtica igualdad entre ambos progenitores respecto a su dedicación a los hijos. Lo curioso es que en Valencia –a diferencia de Aragón el PSOE votó en contra. ¿En qué quedamos? –Se pregunta uno (con cierta tendencia a la ingenuidad crónica) – ¿la Custodia Compartida de los hijos por ambos progenitores (madre y padre) es una medida justa, igualitaria y progresista, o no lo es?”

Tras ello, lo que se deja entrever, es que no está definido que es exactamente la custodia compartida y cuando ha de aplicarse, ya que en mi opinión los conceptos de

³⁶ MOLINA DOMÍNGUEZ, Manuel, El Tribunal Constitucional admite a trámite el recurso contra la ley de Custodia compartida de Valencia revista Digital Lex Family, Relaciones familiares al TC (o Jekyll y Hyde) – diariodemallorca.es

“guarda y custodia”, y “derecho de visitas”, dividen tanto unas obligaciones y unos derechos que deberían ostentar ambos progenitores sin distinción alguna ya que ambos deben responder de sus obligaciones con el menor del mismo modo. Por lo tanto hay que desterrar los conceptos que tras aplicarlos otorgan amplios márgenes de incumplimiento de las obligaciones que conlleva la patria potestad a uno de los progenitores y los reducen al mínimo a otro, tras realizar los mismo actos. El artículo 90 del Código Civil en conexión con los artículos 154 y 92 de ese texto legal, señalan que la separación no exime a los padres de los deberes para con los hijos debiendo por lo tanto ensalzar conceptos tales como “ejercicio compartido de la patria potestad” que engloba todos los derechos y obligaciones que la patria potestad conlleva, en igualdad de condiciones sin distinción alguna, pues ambos deben cumplir con sus responsabilidades frente a su hijo del mismo modo.

DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS A SUS NIETOS

I. REGULACION

Artículo 90. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

Artículo 94. prr 2º. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

Artículo 160. *Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.*

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Artículo 103. PRR. 2º *“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos las medidas siguientes:*

Excepcionalmente, los hijos podrán 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.

Artículo 161 del CC. *“Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”.*

Todos estos artículos enumerados, vienen a proteger el llamado «derecho de relaciones personales»³⁷ de los abuelos con sus nietos, cuyo fundamento es exclusivamente el interés del nieto, al que se permite comunicar y relacionarse con unas personas con las que mantiene no sólo un vínculo de parentesco sino también de afectividad, facilitándose de esta manera el desarrollo integral del menor. Este derecho de relación, de carácter personalísimo e irrenunciable (lo que no significa que sea obligatorio su ejercicio), temporal (se extingue con la llegada a la mayoría de edad del nieto o con la muerte del nieto o de los abuelos) y variable (su contenido va a depender de las circunstancias de cada caso) guarda algunas similitudes con el derecho de comunicación y visita que se reconoce al progenitor que no ejerce la guarda en caso de separación.

II. DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITA DE LOS NIETOS CON LOS ABUELOS EN LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Gracias a la ley 42/2003 de 21 de noviembre de modificación del CC y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se ha reconocido el papel importante que tienen los abuelos dando cumplimiento así con lo previsto en el art. 39 de nuestra Carta magna.

Este derecho se da sobre todo en aquellos casos en que uno de los progenitores ha fallecido o cuando no se tenga una relación constante con los progenitores, es decir, un desinterés de los progenitores de que los hijos se relacionen con sus abuelos.

³⁷ COLÁS ESCANDÓN, Ana María: Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), ED. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2005, 294 pp. Anuario de Derecho Civil › Núm. LVIII-2, Abril 2005, Autor: Nieves Moralejo Imbernón, Cargo: Universidad Autónoma de Madrid , Páginas: 829-837

Por ejemplo la sentencia del Tribunal supremo, sala 1ª de 20 de septiembre de 2002 establece una “ *fijación de régimen de visitas entre las menores y los abuelos, tíos y primos de la familia materna, ya que las malas relaciones existentes entre el padre y los familiares de la madre fallecida no pueden influir en la concesión de dicho régimen y aunque es cierto que existe el temor fundado de posibles versiones manipuladas que estos pueden hacer llegar a las menores sobre la muerte de la madre que hagan al padre responsable directo de la misma, deben establecerse los medios correctores: apercibir a los familiares maternos de tal circunstancia y controlar por el equipo técnico el resultado de las visitas*”

En este contexto el legislador se preocupa de ampliar las relaciones familiares más allá del ámbito paterno-filial que, aunque prioritario, no puede aislarse del resto de relaciones. Así, entiende que los abuelos ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo.

Ana María Colas Escandón, realiza una síntesis de diferencias existentes entre derecho de comunicación y visitas del progenitor y los que amparan a los abuelos: La primera tiene que ver con su naturaleza y fundamento: los padres no sólo tienen derecho, sino que están obligados a mantener esta relación personal con los hijos; para los abuelos, en cambio, sólo surge esta obligación cuando se adopta un acuerdo o se dicta una resolución judicial que así lo imponga. En segundo lugar, muy relacionado con lo anterior, el derecho-deber de los progenitores es de carácter imperativo, de orden público, pero no así el de los abuelos que, desgajado de cualquier relación paterno-filial, constituye un derecho independiente, como lo demuestra la circunstancia de que los padres pueden haber sido privados de la posibilidad de comunicarse con sus hijos, sin que esto afecte a sus progenitores-abuelos del menor. También respecto de la extensión del derecho se aprecian algunas diferencias, siendo mucho más amplio el de los padres, ya que las visitas constituyen en este caso un instrumento eficaz para controlar el ejercicio de la guarda por el progenitor custodio. Otras diferencias tienen que ver con la titularidad del derecho (que corresponde exclusivamente a los progenitores, en el primer

caso; y a los abuelos y a otros ascendientes -como bisabuelos, tatarabuelos-, en el segundo), con el procedimiento en que se establece el derecho de cada uno o, por último, con la mayor o menor posibilidad de coerción en *caso de incumplimiento* (si se trata de los progenitores podrá forzarse incluso el ejercicio de las visitas siempre que ello no entrañe un riesgo para el menor).

Como señala Marta CARBALLO HIALGO³⁸ es que salvo supuestos excepcionales, las visitas de los abuelos nunca podrá tener la misma extensión que las visitas de los hijos con el progenitor no custodio. Ello se debe a que las visitas de los padres es una necesidad afectiva de orden natural para el niño, y que a su vez viene exigida por el propio deber de ejercicio de la patria potestad, siendo fundamental el contacto personal con sus progenitores.

No existe un régimen de visitas establecida para los abuelos, debiendo ponderar en estos casos la relación que hayan mantenido los abuelos con el nieto, la edad de estos, el lugar donde residan, etc.... debiendo en todo caso obedecer al interés del menor.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Madrid, secc. 24 de 14 de abril de 2005 en la que se estipula que “las relaciones entre abuelos y nietos, no pueden tener la misma extensión que las paterno-filiales”

Puede ocurrir, que en ocasiones el régimen de visitas sea con carácter restrictivo y cautelar como puede ser las visitas en los puntos de encuentro o que estas sean en presencia de terceras personas, tal y como se acordó en sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Secc. 1º, de 12 de enero de 2006, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Secc. 1º, de 28 de julio de 2006.

³⁸ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, Tratado de derecho de familia, Procedimiento contencioso, separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho, otro procedimiento contenciosos, Editorial Lex Nova, Vol. I parte 2, febrero de 2007.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

La titularidad del derecho³⁹, se atribuye tanto a los abuelos como también a los nietos, que podrán acudir a la autoridad judicial, solicitando el reconocimiento del derecho y la concreción de las circunstancias en que deberá ser ejercido, incluso aunque sus progenitores se opusieran. El sujeto pasivo es tanto el nieto (o bisnieto) menor de edad como el mayor de edad incapacitado, pues, en definitiva, se trata de permitir una relación enriquecedora entre abuelos y nietos cuando éstos se hallan privados de la capacidad necesaria para decidir por sí mismos con quién trabar o no contacto. En cambio, quedan excluidos los menores emancipados dada su asimilación a los mayores de edad (art. 323 CC).

En los casos en que el progenitor custodio o ambos de común acuerdo impidan a los hijos relacionarse con sus abuelos, deberá darse audiencia al menor en el transcurso de las actuaciones procesales, de conformidad con el reconocimiento a éste de un cierto ámbito de decisión sobre su medio personal, familiar y social, que de una manera muy clara han plasmado los artículos 92, párrafo 2.º, 154, penúltimo párrafo, CC, y 9 LOPJ.

De igual modo la legislación a la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, en su artículo 9 establece que *“El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.”*... *“Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.* El Art. 17 de la LOPJM de 1996 nos dice que *“En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal”*

³⁹ COLÁS ESCANDÓN, Ana María: Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), ED. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2005, 294 pp. Anuario de Derecho Civil › Núm. LVIII-2, Abril 2005, Autor: Nieves Moralejo Imbernón, Cargo: Universidad Autónoma de Madrid, Páginas: 829-837

El artículo 90 CC prevé, que los cónyuges puedan establecer de modo expreso un régimen de comunicación y visitas a favor de los abuelos. Según se deduce del precepto, el Juez, antes de aprobar el convenio, deberá dar audiencia a estos ascendientes solicitándoles asimismo su consentimiento. Dado que el derecho de relación de los nietos con sus ascendientes, se concibe en beneficio exclusivamente del menor. En caso de negativa por parte de los abuelos a ejercerlo, o de incumplimiento de los términos del convenio por ellos autorizado, deberá denegárseles este ejercicio en razón de que el derecho tiene como base la existencia de una relación de afectividad y un interés por parte de aquéllos que, si resulta inexistente, dejará desprovisto de fundamento su ejercicio, amén de las sanciones que serán aplicables a aquéllos, junto con lo estipulado en el art. 94 del CC. La denegación de los acuerdos deberá hacerse mediante resolución motivada si considera que estas visitas no amparan suficientemente el interés del menor.

Como puede comprobarse, en el procedimiento de mutuo acuerdo los abuelos simplemente pueden dar su asentimiento al régimen de visitas que hayan fijado los cónyuges pero carecen de facultad para solicitar que dicho régimen sea modificado, al igual que sucede en los procedimientos contenciosos, debiendo asentir los abuelos al régimen de visitas establecido por un progenitor o por otro.

Sólo en caso de que no se hubiera llegado a un acuerdo podrán éstos (o el menor, representado o no por un defensor judicial, según los casos) acudir ante la autoridad judicial solicitando el reconocimiento de un derecho a relacionarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 160, párrafo segundo, del CC. Incluso es posible que esta misma decisión se adopte en caso de acogimiento del menor por terceras personas, de conformidad con el artículo 161 CC, siempre que el Juez lo juzgue beneficioso para aquél, analizando las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

La actitud impeditiva de los progenitores del menor o incapaz al ejercicio por los abuelos de éste de su derecho a relacionarse con su nieto podrá dar lugar a un cambio en el régimen de comunicación y visitas inicialmente acordado (para lo cual podrá acudir a la autoridad judicial), a una indemnización de daños y perjuicios ex artículo 1101 CC si las condiciones de ejercicio de este derecho se hubieran establecido en convenio y, en

último término, a una responsabilidad extracontractual de los padres frente al hijo por el daño moral causado. Si la negativa procede del propio nieto, por una mala relación que éste pueda tener con sus abuelos, no deberá imponerse a aquél una comunicación y visitas que han sido previstas por el legislador exclusivamente en su interés.

Cuando sean los abuelos los que se nieguen al ejercicio de este derecho o incumplan su contenido una vez determinadas las condiciones en que aquél debía ser ejercido, las sanciones que corresponderá aplicarles, ante la ausencia de declaración legal, son también, como en el caso de los padres, el sistema de multas coercitivas propias de la ejecución forzosa de una obligación de hacer personalísima (art. 776.2 LEC), la responsabilidad contractual del artículo 1101 CC, la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC por daños morales a su nieto y, de lege ferenda, la indignidad, desheredación y la de constituir una causa lícita para denegar -el nieto- derecho de alimentos a sus abuelos en caso de necesidad de éstos.

No obstante los abuelos podrán solicitar el régimen de visitas en un procedimiento independiente al de la separación, nulidad o divorcio, tal y como se contiene en el art. 250 de la LEC en su apartado 13º *“Las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil. En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV de esta Ley.”*

Este procedimiento⁴⁰ esta pensado para aquellos casos en que por fallecimiento de uno de los progenitores, por ausencia, o incluso cuando el progenitor custodio este privado de la patria potestad, exista conflicto entre progenitor custodio y abuelos etc.... la demanda deberá dirigirse contra el progenitor custodio que convive con los hijos menores ante el juzgado competente del lugar de residencia de estos. La legitimación activa la tienen los abuelos y la legitimación pasiva el progenitor con el que conviven los hijos y que se opone a las visitas o a su extensión.

⁴⁰ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, Tratado de derecho de familia, Procedimiento contencioso, separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho, otro procedimiento contencioso, Editorial Lex Nova, Vol. I parte 2, febrero de 2007. PG 1869.

IV. MODIFICACION DEL REGIMEN DE VISITAS

El art. 160 CC abarca las visitas desde la simple ida del nieto a casa de sus abuelos o la venida de éstos al domicilio del menor, hasta la pernocta de éste en casa de aquéllos. La facultad de comunicación incluiría no sólo el derecho a conversar directa y personalmente por teléfono o videoconferencia, sino también a intercambiar correspondencia escrita, ya sea por vía postal ordinaria o empleando los nuevos medios técnicos como el fax o el correo electrónico respetándose en el caso de las comunicaciones el derecho de intimidad recogido en el artículo 18 CE. No obstante, en el caso de que el ejercicio de estas facultades estuviera resultando perjudicial para el menor, podrá acudir al juez para que deniegue, suspenda o modifique los términos de la relación entre abuelos y nietos, si entendiera acreditada una justa causa.

La modificación, suspensión o extinción del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos es una de las medidas ante la falta de ejercicio o, al contrario, el ejercicio inadecuado de estas facultades por parte de aquéllos⁴¹.

Las visitas de los abuelos con los nietos están enfocadas siempre al interés del menor, debiendo ser beneficiosas para este. En ocasiones se deniegan las visitas cuando por ejemplo ha transcurrido mucho tiempo sin que exista relación entre nieto y abuelos, cuando un informe psicosocial refleja que al menor le causa ansiedad o desestabilización, o cuando estos ejercen una influencia negativa en los menores. En este sentido se pronuncian las sentencias de la AP de Zaragoza, secc. 2ª, de 13 de junio de 2006 o la Sentencia de la AP de Asturias, secc. 7ª de 19 de febrero de 2002.

La suspensión ha de producirse en concurrencia de una justa causa, que habrá de ser probada ya que el legislador parte de la presunción de que las relaciones entre nietos y abuelos son beneficiosas para aquéllos (art. 160, párrafo 2.º, CC) tales como los malos tratos físicos o psíquicos inflingidos al nieto por los abuelos o viceversa, la injerencia de los abuelos en el ámbito de la patria potestad de los progenitores de sus nietos, malas

⁴¹ COLÁS ESCANDÓN, Ana María: Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), ED. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2005, 294 pp. Anuario de Derecho Civil › Núm. LVIII-2, Abril 2005, Autor: Nieves Moralejo Imbernón, Cargo: Universidad Autónoma de Madrid, Páginas: 829-837

relaciones existentes entre el nieto y sus abuelos, situaciones de drogodependencia o alcoholismo de los abuelos etc...

Por último, defiende la autora Ana María Colas Escandón que la extinción del derecho, entendida como suspensión definitiva de esta facultad, no es posible, dado el carácter inalienable que posee este derecho. La búsqueda de la protección de los intereses de los nietos conduce a una mera supresión temporal de este derecho, que, por idénticas razones, no está sometido a un plazo de prescripción o caducidad y es irrenunciable por sus titulares. En estos casos se ha considerado oportuno establecer las visitas con la compañía de un equipo técnico como se estableció en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002

No obstante, sí constituyen causas de extinción según Ana Maria Colas, la mayoría de edad, emancipación o recuperación de la plena capacidad por parte del nieto, la muerte o declaración de fallecimiento de éste o de sus abuelos.

V. ¿ES UN DERECHO DE LOS ABUELOS VER A SUS NIETOS?

La Sentencia nº 225/2007 de AP Barcelona, Sección 18ª, 10 de Mayo de 2007⁴², pone en duda la existencia de un derecho que ampare a los abuelos para ver a sus nietos lo cual fundamenta del siguiente modo:

“Antes de estudiar el concreto caso de autos, hemos de señalar que la doctrina ha reflexionado sobre la naturaleza del derecho o relación existente entre nietos y abuelos, planteándose si estamos ante un auténtico derecho de los abuelos, ante un derecho de los nietos, ante un deber-derecho de los abuelos -derecho en función del logro del interés del menor--, o incluso ante un conflicto de intereses que el legislador ha de resolver. A nuestro juicio, lo que regula la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos, así como el art. 135.2 CF, es más bien un límite a la patria potestad. Partiendo de una disputa entre padres y abuelos, el juez debe analizar en cada caso si protege el interés de los abuelos por mantener relaciones con el nieto, de modo que cuando interese al menor tal relación, concederá a los abuelos ese

⁴² Base de datos, V-lex.

derecho, y lo denegará cuando no permita satisfacer el interés del menor o éste corra grave peligro de aceptarse la petición de aquellos. El error de base está posiblemente en que son los abuelos los que, ante una negativa del hijo titular de la patria potestad, inician un procedimiento judicial demandando mantener una relación con el nieto, procedimiento que concluirá en su caso, con una resolución favorable, en las que se les otorgue un derecho de relación, esquema que ha llevado a la equivocación de suponer que los abuelos tienen un derecho de visitas, que el juez reconoce y concreta. Pero no es exactamente así: el juez lo que hace es analizar la conveniencia o no para los intereses del menor de mantener esa relación, y procede a declarar, cuando hay oposición paterna -y solo en este caso--, el derecho de aquellos frente al de los padres a mantener esa relación, resultando así que estamos ante una resolución judicial que es constitutiva de ese derecho, y no declarativa de un derecho persistente y generalizable: no declara un derecho, sino que constituye un derecho cuando entienda que es conveniente para los intereses del menor, pues a diferencia de los supuestos del derecho de visita paterno, en cuanto la ley reconoce un derecho al padre no guardador basado en la propia naturaleza de las cosas, es decir, en la conveniencia recíproca para ambas partes, padres e hijos, de satisfacer su natural necesidad de conocimiento y relación con su descendiente o ascendiente más próximo, como modo primordial de realización personal, esta situación no se presenta del mismo modo en las relaciones padres-abuelos, por lo que no merece la misma tutela jurídica que la ley otorga a los padres, máxime cuando existe un conflicto agudo entre los padres y abuelos.”

“Finalmente diremos que el "derecho de visita" de los abuelos se concederá por la autoridad judicial sobre la base de dos grupos de presupuestos; el primero, que con su concesión se satisfaga el interés del menor, pero además, deberá cumplirse otro requisito, el consentimiento de las partes implicadas, abuelo y menor cuando tuviera suficiente juicio, con lo que si una vez concedido tal derecho a los abuelos, cesará cuando falte alguno de los presupuestos expuestos, lo que conlleva que cuando los abuelos revoquen tal consentimiento, incluso aunque el menor quiera la relación, el juez no puede obligarles a mantener unos vínculos personales que no desean : en definitiva, si tienen facultad de prestarlo libremente para su constitución, es lógico entender que también pueden libremente revocarlo en cualquier momento.”

Sin embargo esta sentencia se contrapone con esta otra Sentencia nº 576/2009 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 27 de Julio de 2009⁴³, con ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Jesús Corbal Fernández, el cual ha confirmado en una sentencia el derecho de los abuelos a contar con un régimen de visitas para poder ver a sus nietos en el caso de que se produzca el fallecimiento del padre o la madre del menor, al considerar que la relación entre unos y otros es "siempre enriquecedora". Rechaza en una sentencia el recurso de casación interpuesto por el padre de un niño de cuatro años de Onteniente (Valencia) y confirma una resolución dictada por la Audiencia Provincial en noviembre de 2004 en la que ratificaba que los abuelos tenían derecho a visitar a su nieto dos domingos al mes y durante las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad.

El Tribunal Supremo reconoce la petición de los abuelos en atención al "interés superior del menor" y en correspondencia con "el legítimo derecho" de éstos a "tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto".

La sentencia dice literalmente que *“Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio NO CABE REDUCIR LA RELACIÓN PERSONAL A UN MERO CONTACTO durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente, y nada impide que pueda comprender "pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos"..., sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos” (S. 28 de junio de 2004, núm. 632).*

“ c) 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 (S. 28 de junio de 2004), sin que en el supuesto que se enjuicio se aprecien circunstancias que justifiquen una reducción del régimen de visitas en el sentido pretendido por el padre. Además, si la relación del nieto con los abuelos es siempre

⁴³ Base de datos de Aranzadi.

enriquecedora (S. 20 de septiembre de 2002), por otro lado no cabe desconocer el LEGÍTIMO DERECHO DE LOS ABUELOS A TENER UN ESTRECHO CONTACTO PERSONAL con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse SIN PERJUICIO DE TOMAR EN CUENTA LA VOLUNTAD DEL MENOR QUE DEBERÁ SER OÍDO AL RESPECTO, y que habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia de 20 de septiembre de 2002 , CUANDO SE ADVIERTA EN LOS ABUELOS UNA INFLUENCIA SOBRE EL NIETO DE ANIMADVERSIÓN HACIA LA PERSONA DEL PADRE.”

VI. ¿ACTUAN EN INTERES DEL MENOR LOS PROGENITORES?

Un artículo publicado por PEREZ RÍOS en el diario EL PAÍS, refleja la situación actual de los tribunales españoles en la materia del siguiente modo:

“Blanca, una cordobesa de 65 años, dejó de ver a dos de sus nietos en 2005. Y no porque lo quisiera, sino porque se lo impide la madre de las criaturas, separada de su hijo en 2005... En el 97% de las rupturas matrimoniales, según el Instituto Nacional de Estadística, los jueces conceden la custodia de los hijos a las madres separadas, el padre debe atenerse al régimen de visitas que se determine y, si la madre lo incumple, los abuelos paternos quedan desamparados. Hasta ahora, la mayoría se resignaba. Pero ya muchos han dicho basta, y están organizándose y exigiendo su derecho en los juzgados.

La reforma del artículo 160 del Código Civil que se aprobó en 2005 reconoce expresamente que "no podrán impedirse sin causa justa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados". "En caso de oposición", continúa el texto, "el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias". Pero una cosa es la ley y otra su cumplimiento. Y no sólo por la endémica lentitud de la justicia, sino porque en España no existe una jurisdicción especializada de familia, como sucede, por ejemplo, con los juzgados mercantiles o los de menores. Sólo en las grandes ciudades funcionan juzgados especializados en esos temas, capaces de dar una respuesta rápida a esas situaciones personales y con

equipos psicosociales. En el resto del territorio hay que esperar meses y meses, y lo que sucede en la práctica es que la inmensa mayoría de las denuncias que presentan las mujeres contra sus ex maridos por malos tratos provocan la suspensión del régimen de visitas del padre a los niños. Y por extensión, de los abuelos.

La abogada gaditana Soledad Benítez-Playa, como la mayoría de sus colegas, aconseja "huir de la judicialización del problema", pero en ocasiones la demanda judicial es el único recurso. Es lo que le ocurre a A., una mujer de la Comunidad Valenciana que quiere ocultar su identidad porque está pendiente de sentencia. Su hija falleció en 2006, y desde entonces está batallando por ver a su única nieta, de tres años. "Reclamo los mismos derechos que se le suele reconocer a un padre separado: un mes de vacaciones, fines de semana alternos y la mitad de la Semana Santa y las navidades", explica la mujer. "A esa niña la crié yo. No se le tiene por qué privar de su familia materna".

"Centenares de casos como el de esta abuela han llegado a los tribunales, y las respuestas han sido variadas: desde el reconocimiento para que los abuelos vean a los nietos dos o tres horas semanales o quinquenales a un fin de semana mensual o unos días de vacaciones. Incluso el Tribunal Supremo se ha pronunciado ya en dos ocasiones para sentenciar que las visitas de los abuelos con los nietos han de mantenerse, aunque aquéllos hablen mal del otro progenitor. Otra cosa es que, una vez haya sentencia, se ejecute. Y es que el sistema judicial español se ocupa muy poco de ello. La mayoría de los jueces están desbordados, los secretarios judiciales siguen sin tener atribuida por ley la ejecución de las sentencias, y el ministerio fiscal, que debería velar por los más desfavorecidos -en este caso, niños y ancianos- está desaparecido en la jurisdicción de familia.²

"Claro que tengo derecho a pedir que me dejen ver a los nietos, pero ¿qué saco con ganar el pleito si la madre se niega a cumplir la sentencia y han de ir los mossos a buscarles para que los pueda ver?", se pregunta María de los Ángeles González, abuela de 72 años vecina de Barcelona. "El abogado me ha aconsejado que no pleitee", explica.

“La psicóloga Amaya Beranoaguirre ha tratado a centenares de parejas antes, durante y después de la separación en los 18 años que lleva trabajando en el Servicio de Igualdad del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. “Los niños se utilizan en muchas ocasiones como moneda de cambio y arma arrojadiza. No sólo para lograr bienes materiales tras el divorcio, sino para fastidiar al otro. Y en esa tesitura los más perjudicados acaban siendo los abuelos”. En su opinión, la ruptura matrimonial es la evidencia de un fracaso, “y falta estabilidad psíquica para pensar en los abuelos y los niños, porque bastante tiene la pareja con pasar el duelo”. Beranoaguirre invoca la condición egoísta del ser humano para explicar lo que ocurre con los abuelos. “Los hijos esperan recibir de ellos, pero no piensan en ellos”.

Como ejemplo acreditativo de la opinión fundamentada en sus estudios de la psicóloga Amaya Barangaire, se contiene en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Secc. 3.ª, de 28 de mayo de 2008 como Magistrado Ilmo. Sr. D. Ildefonso Quesada Padrón, que establece que *“Lo que no puede aceptarse es que bajo el manto de la ampliación de las visitas y de la recogida del menor se pretenda encubrir un régimen de visitas para los referidos parientes de la parte recurrida, pues si, ha estado ausente determinados períodos de tiempo, el régimen de visitas establecido para tal progenitor no puede llevarse a cabo dada tal ausencia, todo ello debido a que es que por la parte actora se trató de que judicialmente se confirmase lo que en la práctica se había estado llevando a cabo por los litigantes, es decir, la ampliación del régimen de visitas con la matización de la recogida del menor por parte de dos familiares directos del recurrido, su madre y un hermano, ello habida cuenta de la situación laboral del mismo, tal como se colige de la certificación de la vida laboral del mismo (folios 66-67), con períodos de actividad y períodos de desempleo; es decir, ratificar judicialmente el cambio de circunstancias que tácitamente se había operado”*

“Ha de indicarse que, tal como se desprende del contenido del art. 94 del Código Civil, de aplicación también al presente supuesto, el derecho de visitas no puede ser objeto de interpretación restrictiva, por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la recaudación y reforzamiento de las relaciones entre los padres y los hijos, evitándose distanciamientos innecesarios y rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, difíciles de recuperar. Tal derecho sólo puede ceder en la hipótesis de que exista un peligro concreto y real para

la salud del menor, bien sea física, psíquica o moral del mismo, tal como se establece por la jurisprudencia (así SS.T.S. 19.10.92, 21.7.93, entre otras). ...”Por ello, partiendo de la base de que no hay obstáculo alguno para que los familiares paternos tengan relación con el menor, pues ello redundaría de forma beneficiosa en el mismo (al menos no se ha probado lo contrario), tal como se ha señalado por reiterada jurisprudencia al interpretar el referido precepto sustantivo (así T.S. 2,5,00, 23.11.99 y 11.6.98 entre otras), el mero hecho de que la madre y el hermano que se señala por la parte recurrida puedan recoger al menor cuando por razones laborales o enfermedad no pueda realizarlo personalmente, no puede conllevar la restricción del régimen de visitas a su favor, por lo que procede mantener la decisión del juzgador a quo”.

Como criterios establece la Sala, a tener en cuenta⁴⁴:

a) que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas.

b) No obstante, si se debe valorar cuando existiendo animadversión de los abuelos hacia el padre estos influyan en los nietos.

c) No cabe reducir la relación personal (derecho legítimo) de los abuelos con el nieto (de naturaleza singular) a un mero contacto.

d) ha de tenerse en cuenta al menor, que ha de ser oído.>

Como mencione anteriormente, en la actualidad se demanda por todo aquello que a los padres no les gusta que suceda, pero no en interés de sus hijos, sino para satisfacerse ellos mismos, mirando su propio bienestar. Es el caso de la anterior sentencia en la que a pesar de no perjudicar en nada al menor que es recogido en el colegio por la hermana o familiares allegados del progenitor al que le corresponde las horas de visita, el progenitor custodio demanda entendiéndolo que no se está cumpliendo estrictamente el régimen de visitas, sin valorar si realmente es o no perjudicial para su hijo.

⁴⁴ AEAFA, Efectos personales, José Luis Cembrano Reder, 29 SEPTIEMBRE 2009

Pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5, de 26 de marzo de 2007, en el que fue ponente Magistrado Ilmo. Sr. JOSE LUIS CASERO “ y en cuanto a que se autorice a éstos a recoger y entregar al menor si el padre no lo hiciera, no tiene ello que ver con su derecho de comunicación sino con el relativo al del padre no dándose cuenta o explicación para ello, a diferencia de lo que ocurre respecto de la recogida del menor en lugar distinto del domicilio materno, siquiera del mismo modo que antes, cabe reiterar que la rigidez del sistema de comunicación no puede llevarse a límites extremos que sólo redundarían en perjuicio del menor y así es que eso mismo, la recogida de la menor por terceros, ya lo autorizó también el proveído de 26-09-06 con motivo, entre otros, de la circunstancia de la orden de alejamiento, entendiéndose la Sala que su determinación forma parte de la ejecución quedando a la decisión del Tribunal de la Instancia cuando se den las circunstancias que así lo aconsejen, fuera de lo cual regirá la regla general de la recogida y entrega por la parte. “

MEDIDAS CAUTELARES

I. MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL ART. 158 DEL CC.

En ocasiones, debido a un cambio trascendental de las circunstancias familiares, tales como enfermedad o padecimiento psíquico o físico, es necesario que los Tribunales den una respuesta rápida e inmediata para proteger el interés de los menores. El procedimiento a seguir en estos casos, es de carácter urgente que da tutela judicial efectiva inmediata a los intereses de los menores⁴⁵. Este procedimiento de contiene en el art. 158 del CC el cual establece que *“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

⁴⁵ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, la modificación y extinción de las medidas, aspectos sustantivos y procesales, Tomo IV, LexNova 2007. PG 338

Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.”

Este procedimiento está indicado para aquellos casos en que se haya producido un hecho de especial gravedad a los menores y pueda producir un perjuicio o peligro real para estos. Jurisprudencia reiterada ha señalado que la modificación de medidas por esta vía debe realizarse con carácter restrictivo, razonando siempre la prevalencia del interés del menor, después de constatar la existencia de un peligro del que debe ser apartado o una situación que le depare un perjuicio. El auto que se dicta no tiene carácter definitivo y siempre se deja abierta la posibilidad de discutir la misma cuestión en el procedimiento de modificación de medidas

Hay que determinar el grado de gravedad que padece el progenitor a la hora de determinar la modificación de la guarda y custodia la cual deberá ser determinante ponderando si es un riesgo para los hijos ya que si puede ser paliado con tratamiento, no resultará un obstáculo. En ocasiones tras la ruptura matrimonial se produce una situación de depresión por el que sufren algunos progenitores, debiendo en estos casos ponderar y valorar en que grado de depresión se encuentra el progenitor custodio debiendo en caso de modificación o medida cautelar, acreditar que está en un grado alto y que tiene efectos negativos en los menores, sino, no será obstáculo para el otorgamiento o modificación de la custodia.⁴⁶

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Málaga, Sección 5ª de 9 de diciembre de 2004 en el que “esta justificada la atribución de la guarda y custodia de lo

⁴⁶ Tratado de Derecho de Familia, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, Aspectos sustantivos, Pérez Martín, Antonio Javier, Tomo I, Volumen I. PG 254

menores al padre al padecer la madre un cuadro sicótico esquizofrénico crónico paranoide que no admite tratamiento ambulatorio”

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Córdoba Sec. 2º de 11 de noviembre de 2002 “atribución de la guarda y custodia al padre al quedar acreditado que la madre padece un trastorno depresivo ansioso en fase de remisión, debiendo mantener tratamiento antidepresivo-ansiolítico a bajas dosis para prevención de recaída”

II. MEDIDAS PREVIAS EN CASO DE URGENCIA

En aquellos casos en que se ha producido un incidente familiar tales como la violencia, la víctima debe acudir a la jurisdicción penal con la finalidad de que se dicte una orden de protección (art. 544 ter. LECr) en la que se acuerden además de las medidas penales procedentes, las medidas civiles que regulen la situación.

De igual modo se precisa una protección civil en estos casos, la cual se encuentra estipulada en el art. 771.2 de la LEC, en la que se ha previsto un cauce especial para la adopción de medidas inaudita parte *“la vista de la solicitud, el Secretario judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes, que señalará el Secretario judicial y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador. De esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno.”*

III. BREVE DISTINCION ENTRE MEDIDAS CAUTELARES (ART. 158 CC) Y MEDIDAS PREVIAS

Como bien indica la sentencia la de AP Madrid, Sec. 24.^a, de 13 de marzo a la que posteriormente se volverá a hacer alusión, "... Centrado así el debate en la presente alzada, conviene al caso previamente recordar, que **las medidas cautelares**, tanto desde el punto de vista sustantivo (art. 158 del C.C.); o desde el punto de vista adjetivo (actual artículo 768 de la L.E.C. 1/2000, de 7 de enero); participan de los caracteres de sumariedad, urgencia, provisionalidad y temporalidad. Es decir, se adoptan en un procedimiento de no plena "cognitio"; son provisionales, para cubrir un periodo de tiempo breve y en la idea de que no tienen valor si no se instan luego en el pleito principal y de manera definitiva. ..." . Estas se encuentran reguladas en el art. 158 del Código Civil y en este cabe la excepción de que existiendo resolución judicial anterior y en atención a la protección del superior y exclusivo interés del menor resulte "imprescindible" la suspensión o adopción de medidas de protección.

Sin embargo las medidas previas son aquellas que se encuentran reguladas en los Art.. 771 y 772 LEC y 104 CC, y tienen por objeto la adopción de las medidas referidas en los Art.. 102 y 103 CC en caso de crisis matrimonial, de forma provisional y cautelar, y pendiente de la iniciación del correspondiente proceso matrimonial.

La solicitud no exige ninguna formalidad (puede ser por una simple comparecencia), ni tampoco la representación y defensa por abogado, pero sí para toda actuación o escrito posterior (art. 771.1 párrafo 2). Estas medidas sólo subsisten si dentro de los 30 días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio. Y así debe advertirse en el auto.

La principal diferencia entre ambas es que las medidas cautelares revisten el carácter de urgencia a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle un perjuicio, prevaleciendo siempre el interés del menor.

La sentencia de la AP Málaga, Sec. 6.^a, 158/2003, de 9 de septiembre se resuelve un caso en el que se ven inmiscuidos ambos procedimientos en los Fundamentos de Derecho"... SEGUNDO.- Según el artículo 748.4º de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, a los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores, les será de aplicación las disposiciones del Título Primero del Libro IV, (Art.. 748 a 781) donde se regulan los Procesos Sobre Capacidad, Filiación, Matrimonio y Menores, siendo algunas de sus Disposiciones Generales que las partes actuarán con asistencia de abogado y representadas por procurador (artículo 750), y que los procesos se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, dándose traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el art. 405 de la presente Ley (art. 753). Dentro de la regulación específica de los procesos matrimoniales y de menores, el artículo 770 dispone que las demandas que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil (del matrimonio), se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a una serie de reglas, entre ellas, la sexta establece que los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio. De lo anterior se deduce que cuando el objeto del proceso se limite a la guarda y custodia de los menores -como aquí acaece- el mismo se seguirá por las normas propias que regulan el Juicio Verbal con las especialidades contenidas entre otros, en los citados artículos 750 y 753, y que dentro de este procedimiento se podrán adoptar medidas cautelares, para lo cual se seguirá el procedimiento establecido para la adopción de las medidas propias de los procesos matrimoniales, pero distinguiendo siempre lo que es el proceso principal del de la adopción de dichas medidas cautelares. TERCERO.- Comparado el anterior esquema legal con lo actuado en el presente procedimiento, resulta claramente que éste ha tenido por objeto estrictamente el adoptar medidas cautelares sobre la guarda y custodia de los menores y el consiguiente derecho de visitas para el progenitor no custodio, y de este hecho se extraen conclusiones procesales: 1. El presente procedimiento se ha tramitado exclusivamente a fin de acordar unas medidas cautelares sobre la guarda y custodia de los menores con aplicación de las reglas contenidas en el 771 (sobre medidas provisionales) al que remite el artículo 770.6º, 2. Para que con carácter definitivo se acuerden medidas referentes a dichos extremos deberá plantearse un procedimiento en la forma descrita

en los artículos 748 y SS. de la LEC, y, 3. El artículo 771.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que contra el auto que se dicte en dicha sede no cabe recurso alguno, por lo que tampoco cabría recurso de apelación contra el auto que acuerda las medidas cautelares, tal como así se plantea por la parte apelada en el presente recurso, y como la causa de inadmisión de un recurso de convierte en causa de desestimación del mismo procede la confirmación de la resolución recurrida...”

IV. ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS URGENTES

La adopción a la que hemos hecho alusión anteriormente solo puede estar justificada por un carácter de urgencia, que normalmente se da en aquellos casos en que se produce un episodio de violencia familiar en los que o peligre la vida del cónyuge o de sus hijos⁴⁷.

En el encuentro de Jueces y Abogados de familia de 2003 sobre Incidencia de la LEC en los procesos de familia, se llegó a la siguiente conclusión: “38ª. Requisito de urgencia.

Para la adopción de medidas previas urgentes adoptadas inaudita parte, no basta con la manifestación de la parte solicitante, sino que de probarse la urgencia de la petición. Cabe la posibilidad de que el Tribunal oiga a la parte personalmente antes de adoptar las medidas, e incluso, si es posible, se recomienda que también sea oído el otro cónyuge cuando ello sea posible y no demore la adopción de las medidas. También es recomendable realizar alguna gestión en orno a posible existencia de denuncias penales previas. Respecto a los documentos acreditativos, en este mismo encuentro se indico que en caso de malos tratos, la denuncia y el parte de lesiones serían suficientes, o bien solo la denuncia, entiendo en cuenta la gravedad de los hechos. Podría servir también el informe emitido por una institución dedicada a la atención de las víctimas de violencia domestica.”

⁴⁷ PEREZ MARTIN, Antonio Javier, al modificación y extinción de las medidas, aspectos sustantivos y procesales, Tomo IV, PG 1039.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP Madrid, Sec. 24.^a, 331/2008, de 13 de marzo de 2008 en la que se establece que *"... Centrado así el debate en la presente alzada, conviene al caso previamente recordar, que las medidas cautelares, tanto desde el punto de vista sustantivo (art. 158 del C.C.); o desde el punto de vista adjetivo (actual artículo 768 de la L.E.C. 1/2000, de 7 de enero); participan de los caracteres de sumariidad, urgencia, provisionalidad y temporalidad. Es decir, se adoptan en un procedimiento de no plena "cognitio"; son provisionales, para cubrir un periodo de tiempo breve y en la idea de que no tienen valor si no se instan luego en el pleito principal y de manera definitiva. ..."*

"... en el presente, se considere correcta la decisión del órgano "a quo" de suspender provisionalmente el régimen de visitas al existir prueba indiciaria del peligro que pueden causar las visitas del menor con su padre por la existencia de ciertas conductas agresivas y sexualizadas; este peligro debe estar totalmente descartado y hasta que este riesgo esté totalmente disipado en el pleito principal; se insiste, hoy por hoy, procede mantener la indicada medida cautelar. ..."

Esta otra sentencia de la AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.^a, 2/2005, de 17 de enero, se pronuncia respecto a los **REQUISITOS** a tener en cuenta para la adopción de medidas cautelares, estableciendo que *"Entiende el recurrente que se han mezclado indebidamente las normas aplicables para la adopción de las medidas cautelares, de acuerdo con lo previsto en el art. 762 L.E.C. y las dispuestas en el art. 763 para el internamiento no voluntario, sin que se dé el supuesto básico del art. 762, "dado que el procedimiento de incapacitaron ya se ha iniciado" y sin que, de otra parte, se respeten tampoco lo dispuesto en el art. 763.3º, "pues se obvian los trámites legalmente establecidos y la motivación del propio precepto, que no tiene por finalidad el internamiento no voluntario por razones socio económicas o socio sanitarias, sino por razón de trastorno psíquico de la persona que no esté en condiciones de decidirlo".*

"... Pues bien, el procedimiento a seguir es indudablemente el establecido en el art. 762 L.E.C., pues no hay duda de que estamos antes una medida cautelar de las contempladas en el mismo. Esta norma prevé la posibilidad de que el tribunal competente adopte, incluso de oficio, "las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio", indicando, en su

párrafo tercero, que tales medidas "podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación". Esta última regla deja sin apoyatura la objeción de la parte recurrente relativa al hecho de estar ya en trámite el expediente de incapacitación. Por otro lado, se pone de manifiesto, del contenido literal del artículo, que las medidas cautelares en esta materia no implican ni exigen la concurrencia de un trastorno psíquico del afectado, sino tan solo la necesidad de otorgar al mismo la protección que por sus concretas circunstancias no puede garantizarse por sí mismo. El citado art. 762 no establece un cauce rígido o especial para la adopción de las medidas, caracterizadas por su carácter urgente y transitorio, salvo la "audiencia de las personas afectadas", siendo así que la interesada, D^a Carolina , que ya había sido objeto de examen por parte de la juez de instancia en el expediente de incapacitación, fue nuevamente oída en referencia concretamente a la medida que se pretendía adoptar. En el citado expediente no se había personado sino el Ministerio Fiscal, pues la hermana de la presunta incapaz, D^a Diana , designada defensora judicial, manifestó expresamente que "estima innecesaria para los intereses de su defendida su personación en el proceso, ya que está conforme con la declaración de incapacidad solicitada por el Ministerio Fiscal y su personación no aportaría elemento relevante para la decisión judicial". Siendo la persona "afectada" por la medida D^a Carolina y no existiendo más partes personadas, lo previsto en la última frase del art. 762.3º L.E.C . no resultaba de aplicación, siendo así que, en todo caso, la audiencia de las partes puede obviarse cuando así lo aconsejen razones de urgencia. En el caso de autos el ingreso en un centro geriátrico se acordó un día después de conocerse la situación descrita y además, la postura de la defensora ya había quedado suficientemente clara, al indicar en la primera comparecencia que hizo ante el juzgado (folio 44) que "no puede atender de manera fija como tutora porque tiene enfermos en casa y está jubilada y enferma", siendo fácil deducir que, si estaba conforme con la declaración de incapacidad y pese a ello no podía prestarse a recibir en su casa o en todo caso atender personalmente a su hermana, el ingreso de la misma en un centro adecuado debe parecerle correcto y oportuno. Por todo ello, la falta de audiencia de la hermana en el curso de las medidas cautelares, no integra una infracción procesal generadora de indefinición ni puede por tanto ser causa de revocación de la resolución recurrida. ..."

V. MEDIDAS QUE PUEDEN ADOPTARSE

Como se ha mencionado, la resolución que se dicte incluirá los efectos a que se refiere el art. 102 del CC el cual establece que *“Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes: Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.”*

De igual modo, podrá acordarse lo referente a la custodia de los hijos así como el uso de la vivienda y ajuar familiar tal y como se establece en el art. 771.2 de la LEC anteriormente mencionado. No obstante si ya se han adoptado las medidas urgentes pero no se ha establecido un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio podrá solicitarlo mediante la vía del art. 158 del CC, como ya se explico anteriormente.

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia Sevilla, n.º 7, de 9 de diciembre de 2010, adopta una serie de medidas cautelares debido a unos acontecimientos que revestían carácter de urgencia, en la que se establece que *“... En coherencia con lo expuesto, y en lo que concierne a la apreciación del interés de la menor que es objeto de valoración en el presente procedimiento, se ha de resaltar, de nuevo, que el objetivo de dar cobertura y protección a cualquier niño sometido a situaciones de real y lesivo maltrato, se ha de mantener con independencia de si la violencia o agresión procede de uno u otro progenitor, es decir, ya provenga del padre o de la madre.*

Por la presente resolución se han de arbitrar medidas cautelares que garanticen que, provisionalmente y hasta que recaiga sentencia definitiva en los autos principales en los que se insta la privación de patria potestad de la madre de la pequeña xxxxxx, se provea un régimen jurídico de guarda a la persona (tío paterno de la niña) que, de facto, se viene ocupando de su cuidado y atención de forma adecuada y satisfactoria, tal y como puso de manifiesto la propia menor en diligencia de exploración judicial.

El interés de la menor reclama que se adopte esa medida, puesto que en el precedente procedimiento penal que se instruye en el Juzgado de Instrucción num. 9 de Sevilla por tentativa de homicidio de la madre al padre de xxxxxx, y malos tratos continuados hacia la propia niña, se acordó una medida de alejamiento no solo hacia el padre agredido sino también con relación a la menor. Ahora bien, esa medida no se extendió a dar cobertura, como se ha dicho, a la situación de guarda de hecho generada, que además se amplió al completo ejercicio de las funciones, derechos y deberes que comprende la patria potestad (o en su defecto la tutela) desde el momento en que falleció el padre de la niña. No existe, ni puede existir, en esta fase cautelar oposición a la adopción de esa medida, sin perjuicio de que no se puedan establecer relaciones de contacto y comunicación con la madre en base a la medida de alejamiento que se encuentra aun vigente y sin perjuicio también de lo que se decida en esta vía civil, al respecto, en los autos principales de privación de patria potestad. Cautelarmente también y a fin de exigir a la madre el cumplimiento de contribuir a los alimentos de su hija, se fijará una pensión mensual que percibirá el actual guardador custodio que la atiende. Dicha pensión se consensuó en el acto de la vista, y se concretará en una suma mensual de 100 euros, cuantía proporcional a los ingresos de la pensión de viudedad que percibe la Sra. y los gastos que ha de asumir. ..."

"... Por último se ha de significar que tal y como se ha expuesto y razonado, en el presente caso se aprecia la existencia de razones gravísimas que ponen en perjuicio la integridad física y psicológica de la menor, aconsejando incluso en esta fase cautelar la adopción de medidas relacionadas con el ejercicio de la patria potestad. Esas razones quedaron dramáticamente puestas de manifiesto en la propia exploración reservada de la menor, en la que la niña, de once años de edad, expuso:

- Que la madre le pegaba habitualmente, que le había hecho daño, habiendo tenido que ir alguna vez al Hospital por tales agresiones.

- Que su madre también pegaba a su padre que se encontraba malito en cama, sin poder moverse y que necesitaba hasta de una bombona de oxígeno para respirar. El Sr., padre de la menor, falleció después de una larga enfermedad degenerativa (distrofia muscular) el pasado 16 de septiembre de 2.010.

- Que su padre había tenido que denunciar varias veces a su madre llamando por teléfono a la Policía y que el día 21 de Julio fue ella quien le avisó porque su madre intentó matar a su padre.

Un relato corto y escalofriante de una menor cuyo rostro, pese a todo, reflejaba felicidad dando muestras de la capacidad de recuperación que tienen los niños con un tratamiento adecuado de afectividad y cariño. El que ahora le proporciona su tío y familia que la tiene acogida. ..."

"... Resulta incuestionable que se ha de reaccionar con eficacia y contundencia a fin de proteger y dar cobertura a menores que se ven sometidos a situaciones de maltrato bien por padecerlas en su entorno de vida familiar o bien por sufrirlos ellos mismos directamente. Dicho planteamiento se ha de mantener con independencia del sexo de la persona que comete la agresión y que ha de ser calificada como maltratador o maltratadora.

El reproche social, y consiguiente reacción legal y judicial contra el maltrato en el ámbito familiar, ha de dirigirse a procurar que los niños, en el caso de madres maltratadas, no sigan sufriendo el miedo, la humillación, el acoso psicológico que es común en aquellos hogares en que un hombre, por el hecho de serlo, ejerce violencia sobre el resto de componentes de la unidad familiar, especialmente sobre esas madres que el agresor considera inferiores, desde una relación no horizontal sino vertical, de sumisión y dominio. Una relación patológica o manifiestamente responsable y lesiva en la que se intenta prevalecer y estar por encima por la mera condición sexual, y en la que la agresión, tal y como se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 de Violencia sobre la Mujer, se ejerce sobre esposas, novias o compañeras por ser consideradas personas carentes de los mínimos derechos de respeto, libertad y capacidad de decisión.

Sería en esos supuestos en los que el interés legítimo superior de los niños, justificaría que los Tribunales de Justicia de forma motivada y en apreciación del daño y riesgo al que han estado sometidos, pudieran adoptar, de forma cautelar y definitiva, una medida tan radical y trascendente como la de privar al padre maltratador de la posibilidad de obtener su custodia e incluso de privarle del ejercicio de la patria potestad. ..."

VI. TRAMITACIÓN DE LA PETICIÓN DE MEDIDAS

En el encuentro de Jueces y abogados de Familia de 2003 al que se ha hecho alusión, en el apartado 42^a se establece que la petición inaudita parte podrá solicitarse tanto con el escrito inicial como posteriormente si se demora la comparecencia. Por lo tanto cabe la posibilidad de solicitar las medidas urgentes después de presentar la solicitud de medidas, así como antes de que se haya dictado la solicitud de medidas previas.

El Tribunal deberá dictar resolución acordando las medidas urgentes, no siendo necesaria la asistencia de los cónyuges para que se ratifique en su petición, así como tampoco será necesaria la audiencia a los hijos cuando deba decidirse sobre la custodia de estos. La resolución deberá revestir la forma de auto y contra este no podrá interponerse recurso alguno. En principio, estas medidas solo tiene una vigencia de 23 días (10 días hasta la citación a la comparecencia, 10 días de prueba y 3 para dictar auto), ya que posteriormente se sustituirá por las que se contenga en el auto de medidas previas.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP Málaga, Sec. 6.^a, 74/2008, de 12 de marzo de 2007, en la que se señala que “...*Habiéndose solicitado en demanda reconvenional en procedimiento de divorcio, al amparo de lo establecido en el artículo 773 LEC (que regula las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, precepto inserto en el Capítulo dedicado a la regulación especial de los procedimientos matrimoniales y de menores), la adopción de medidas cautelares para que durante la sustanciación del procedimiento el esposo abone cantidades mensuales en concepto de levantamientos de cargas familiares además de una cantidad fija de litis expensas, por el Juzgado se tramita dicha solicitud de acuerdo a lo establecido en el artículo 733 y siguientes de la misma Ley, (preceptos propios del procedimiento para la adopción de medidas cautelares) tal como se acuerda en providencia de 21 Junio 2006, y una vez terminada toda esa tramitación, se dicta auto el 11 Octubre 2006, objeto del presente recurso, en el que se adoptan las medidas, como cautelares solicitadas, con la consecuencia de que se admite el recurso de apelación que contra el mismo se formula. ...*”

"... al tratarse de medidas que se piden en la misma demanda reconvenional matrimonial, es de aplicación, como citaba la reconviniante, el artículo 773 LEC y los trámites que debieron seguirse para la sustanciación de esa pretensión son los contenidos en el mismo precepto que remite al artículo 771 de la misma Ley, en cuyo apartado cuarto dispone que contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno, por lo que el Juzgado «a quo» no debió admitir a trámite el recurso de apelación interpuesto, y por ello, al tratarse de normas de orden público, dicha causa de inadmisión se torna en este trámite en causa de desestimación del recurso formulado al no poderse decretar la nulidad de actuaciones de acuerdo a lo establecido en los artículos 227.2 (2º párrafo) y 465.4 LEC. ..."

Conviene diferenciar entre las medidas que pueden solicitarse ante el Juzgado de Instrucción y ante el Juzgado Civil. El alejamiento no es una de las medidas que pueden ser acordadas por los Juzgados de Familia o de Primera Instancia⁴⁸.

En este caso concreto deben solicitarse medidas provisionales previas, conforme a lo determinado en el art. 771 de la LEC. La competencia corresponderá al Juzgado del domicilio del solicitante, en este caso de la esposa, tal y como determina el punto primero del art. 771 LEC, cuya aplicación ha de ser preferente a la regla del art. 769 LEC. Es decir, atendiendo al lugar en el que tenga su residencia provisional u ocasional. Entre las medidas que pueden instarse, se encuentran las comprendidas en los artículos 102 y 103 C.C.

En la misma Resolución que se dicte citando a los cónyuges, podrían acordarse las denominadas medidas provisionales previas «urgentes», (art. 771.1 párrafo 2.º LEC) que únicamente comprenderían las del art. 102 C.C.; es decir, guarda y custodia y vivienda, pero no régimen de visitas. Estas medidas de carácter excepcional deberán pedirse expresamente por el solicitante, con claridad y precisión, acreditando de forma indubitada la urgencia del caso.

Al margen de estas actuaciones, bien de forma paralela, antes o después, consideramos conveniente poner estos hechos en conocimiento del Juzgado de

⁴⁸ Revista Sepin, consulta de abril de 2002, 24774.

Instrucción. Ciertamente hay que lamentar la ausencia de coordinación entre estos y los Juzgados de Familia en relación con los asuntos de violencia doméstica. Por ello, valoramos muy positivamente acuerdos como el alcanzado por la Junta Sectorial de Jueces de Málaga, estableciéndose un Protocolo de Coordinación entre unos y otros.

La sentencia de Audiencia Provincial de Santander, Sección 2, de 21 de abril de 2009, entiende que” *El recurso plantea en primer lugar la cuestión general de la admisibilidad de las medidas cautelares en el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección menores (art. 779 LEC), pues el juez de instancia ha rechazado las aquí solicitadas por entender que la falta de previsión expresa de medidas cautelares en la regulación de ese proceso significa que no es posible su adopción. Pues bien, a la vista de la regulación general de las medidas cautelares y aún de la específica de ese procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, este tribunal no puede compartir el criterio del juez de instancia; la tutela cautelar de los derechos es hoy una forma más de protección jurisdiccional de estos, y así lo dice expresamente la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando en su art. 721 dice expresamente que "todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare"; la norma proclama así su aplicación general a toda clase de procesos, y por ello el hecho de que en el proceso de oposición a resoluciones administrativas no se prevea expresamente la adopción de medidas cautelares no debe interpretarse como prohibición de las mismas, sino como una admisión implícita de la aplicación del régimen general; aunque, ciertamente, en algunos procesos especiales la propia Ley regula de forma específica la adopción de medidas provisionales que bien pueden calificarse como cautelares, el silencio en este otro proceso especial no debe tener una especial significación prohibitiva, ni a su singular naturaleza impugnativa de una resolución administrativa previa le conviene siquiera una exclusión general de medidas cautelares, cuando, como incluso en el proceso contencioso-administrativo se prevé la existencia de tales medidas (Art.. 120 y SS. LJCA). Y, en fin, cuando el art. 158 del C.Civil otorga amplias facultades al juez para la protección de los menores "en todo caso", expresamente dispone que esas medidas podrán adoptarse "dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria", evidencia*

que no solo no se hace exclusión normativa alguna de la posibilidad de su adopción como medida cautelar en todo tipo de procesos, sino incluso la vocación expansiva de tales facultades, incompatible con la limitación de las facultades del juez hasta la decisión definitiva del asunto. Por lo demás, no hay doctrina legal al respecto, pero la mayoría de las Audiencias Provinciales son encuentran inconveniente alguno a la adopción de medidas cautelares en este proceso, conforme a las normas generales (AAP Barcelona 19 Octubre 2007, Sevilla 4 Noviembre 2003, Guadalajara 27 Septiembre 2003), aunque alguna disienta de tal criterio (AAP Granada 29 Septiembre 2004).

SEGUNDO: Por lo anterior, este tribunal entiende que es posible la adopción de medidas cautelares también en estos procesos de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores y del procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, siendo de aplicación el procedimiento previsto en los Art.. 721 y SS. LEC . y los presupuestos para la adopción de las medidas de que se trate, si bien la propia naturaleza del procedimiento principal y su objeto imponen dos consideraciones: la primera, que a la hora de considerar la tutela judicial pedida en el proceso y cuya efectividad pretende asegurarse mediante la medida cautelar, no puede dejar de considerarse que junto al interés y el derecho del solicitante existe siempre en estos casos el interés superior del menor (Art.. 158 CC y 2 y SS. Ley Orgánica de Protección del Menor, art.4 Ley de Cantabria 7/1999 de 28 de Abril), cuya protección es la razón de ser fundamental del procedimiento tanto principal como cautelar. De otra, que en este proceso hay por definición una actividad previa de la administración protectora de los menores, que será quien, en ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas, habrá definido inicialmente cual sea el interés del menor, mediante actos de naturaleza administrativa directamente ejecutivos, aunque sean impugnables ante la jurisdicción civil, por lo que el juicio sobre la apariencia de buen derecho que impone la Ley para la adopción de las medidas cautelares no se produce sin más sobre situaciones jurídicas creadas y existentes entre partes privadas, sino que ha de comprender también el criterio de la Administración que por Ley tiene la función protectora de los menores

Frente a la cuestión de si **¿Pueden solicitarse las medidas urgentes relativas a la guarda y custodia, y atribución del uso de la vivienda en medidas provisionales, si existiera urgencia o necesidad?**

José Luís Utrera Gutiérrez. Magistrado Juzgado 1.^a Instancia n.º 5, de Familia, Málaga entiende que la respuesta ha de ser afirmativa en base a las siguientes consideraciones:

“a) Las razones de urgencia que justifican tal solicitud no deben suponer un impedimento para que la parte afectada pueda presentar directamente la demanda de separación con medidas provisionales coetáneas, sin necesidad de tener que solicitar inexcusablemente medidas provisionales previas para beneficiarse de esa posibilidad procesal. Sostener la tesis contraria sería hacer de peor condición procesal precisamente a quien está viviendo una situación estresante en el inicio de su ruptura familiar. Otra cosa es que el Juez valore que concurran o no las razones de urgencia alegadas a la vista de la demora que conllevará en muchos casos la preparación e interposición de la demanda con medidas.

b) El artículo 773.3 de la LEC al referirse a las medidas provisionales coetáneas remite en cuanto a la comparecencia a realizar al artículo 771. Este último artículo incluye las medidas urgentes inaudita parte en su apartado segundo que es precisamente en el que se regula la comparecencia ante el Juez, señalando como especialidad de la misma la posibilidad de adoptar, en la resolución acordando citar a la misma, las referidas medidas urgentes, párrafo plenamente aplicable también al supuesto de las medidas provisionales coetáneas.”

En el mismo sentido se pronuncia el Presidente Audiencia Provincial Burgos D. Juan Miguel Carreras Maraña, el cual señala que “La respuesta a la cuestión suscitada sobre la posibilidad de solicitar medidas urgentes en relación con la guarda y custodia de los hijos y atribución del uso de la vivienda en medidas provisionales, debe buscarse en el art. 771.2 de la LEC. En este sentido, el referido precepto viene a establecer que la misma resolución de admisión a trámite de las medidas provisionales previas a la demanda en la que se pueden pedir la de los Art.. 102 y 103 del CC, el Juez encargado del proceso y ponderando las circunstancias de urgencias referentes al caso

concreto podrá acordar de forma inmediata las medidas previstas en el art. 102 del CC, así como las que sean procedentes en relación con los hijos, la vivienda y el ajuar familiar.

En definitiva, la respuesta a la cuestión planteada debe de ser afirmativa siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º que concurran específicas circunstancias de urgencia y necesidad y así lo aconsejen; 2.º se adoptarán de plano de forma inmediata, e «inaudita parte»; 3.º se circunscribirán a materias muy concretas como las que deriven de la protección de menores y específicamente las que se deriven de su guarda y custodia del uso de la vivienda y del ajuar familiar; 4.º contra esta resolución urgente e inmediata no se dará recurso alguno. Ahora bien, hay que entender que esta circunstancia no impide que en la tramitación ordinaria del incidente de medidas previas y a la vista de la medida adoptada pueda modificarse o mantenerse las medidas urgentes que se hayan adoptado.”

No obstante, en modo negativo se pronuncia el Magistrado Juzgado 1.ª Instancia n.º 22, de Familia, Madrid, Ilmo Sr. José María Prieto y Fernández-Layos, el cual entiende que *” no pueden solicitarse las medidas urgentes relativas a la guarda y custodia y atribución del uso de la vivienda en medidas provisionales si existiera urgencia o necesidad, por venir reservada su adopción al procedimiento de medidas previas en virtud del dictado del párrafo segundo del artículo 771.2 de la LEC, máxime si se tiene en cuenta que la remisión del artículo 773 al 771 del citado texto legal sólo se refiere a la sustanciación de la comparecencia pero no a los trámites anteriores a ella, entre los que se encuentra la posibilidad de acordar, en la propia citación, las medidas urgentes antes referidas (previas de previas las llamo yo). Además, el hecho de que puedan acordarse éstas sin audiencia de la contraparte determina su aplicación restrictiva y sólo en el procedimiento en que la LEC las incardina expresamente.”*⁴⁹

⁴⁹ GONZÁLVEZ VICENTE Pilar, Magistrada. Letrada Consejo General del Poder Judicial, Revista Sepin, Encuesta Jurídica. Julio 2003

CONCLUSIONES

Con todo lo anteriormente expuesto en este proyecto, se ha intentado plasmar la diversidad de aplicaciones que ofrece la actual regulación del Código Civil referente al Derecho de Familia y en especial, los derechos que adquieren los hijos tras la ruptura familiar.

Uno de los temas más controvertidos hasta su concreción en el art. 93.2 del actual Código Civil, es el referente al límite temporal que se pudiera imponer al derecho de los hijos a percibir alimentos, sobre todo en aquellos casos en que se alcanza la mayoría de edad pero este carece de independencia económica. En estos casos, se ha concluido que la simple mayoría de edad de los hijos, no implica la extinción de la obligación de abonar la pensión de alimentos, debiendo concurrir para ello algunas circunstancias de extinción previstas en los art. 150 y 152 del CC. En este sentido otro punto controvertido entre la doctrina era el referente a cuando se tenía por interpuesto la solicitud de la modificación de los alimentos, llegando a la conclusión de que esta solicitud no produce efecto desde la interposición de la demanda como ocurre en el caso de la solicitud de la prestación de alimentos que recientemente ha sentado doctrina la Magistrada Ilma. Encarnación Roca Trías mediante Sentencia nº 402/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 14 de Junio de 2011, sino que sus efectos se producen desde la fecha de la sentencia en primera instancia. (AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de junio de 2007).

En consideración al derecho de alimentos que tienen los hijos tras la ruptura familiar, se debate actualmente, sobre la consideración de lo que se entiende como gasto extraordinario o gastos ordinarios incluido en la pensión de alimentos. Tras el presente estudio, considero que los gastos extraordinarios en la vida de los hijos son aquellos que reúnen las condiciones de no estar sujetos a límites temporales, que son excepcionales, imprevisibles, necesarios, indeterminados, inespecíficos, ilíquidos, no habituales y proporcionales en el pago, debiendo notificarse previamente al otro progenitor salvo caso de urgencia y la necesidad de que se contengan en sentencia o estén autorizados

judicialmente cuando sea preciso. Actualmente y tras la reforma de la LEC 1/2000 por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, aplicable desde el día 4 de mayo de 2010 establece en su art. 776.4 LEC que cuando deban ser objeto de ejecución forzosa los gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario.

Otro de los temas más controvertidos en la actualidad y que afecta considerablemente a los derechos de los hijos, es el referente a la “custodia compartida”. Sobre este punto y tras todo lo expuesto, considero que el término “patria potestad”, debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento (CE) 2.201/2003. Se estima conveniente, además, que se proceda a definir legalmente el contenido del término “guarda y custodia”. Con ello se intenta evitar la idea de que mientras un progenitor tiene las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad puesto que se le ha otorgado la guarda y custodia y las obligaciones que ello conlleva, el otro progenitor no custodia al que se le ha aplicado el régimen de visitas y que en innumerables ocasiones incumple, no se le exige el mismo nivel de responsabilidad para con sus hijos, por lo que se esta aplicando un reparto injusto de la obligaciones. Se produce un desequilibrio entre ambos progenitores en lo referente al efectivo ejercicio de la patria potestad, pues está siendo limitada mediante regímenes de visitas y periodos vacacionales, privando a los hijos de un derecho como es el de preservar su relación con los dos progenitores, vulnerando la Carta de los derechos del niño, así como la merma que produce en el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos recogido en la constitución.

Por ello estoy totalmente de acuerdo con el Magistrado Antonio Javier Pérez Martín, en lo referente a que estamos ante un problema de nombre “custodia y régimen de visitas”. La postura más correcta sin duda, es evitar los conceptos de régimen de visitas y guarda y custodia, uniendo las obligaciones y derechos que estos conllevan en un solo concepto de “reparto del ejercicio de la potestad” ya que este concepto abarca tanto la estancia física con lo hijos, como la obligación de suministrar alimentos por ambos progenitores, ambos como obligados a ejercer la patria potestad en sentido estricto, uniendo en este concepto todas las obligaciones y derechos existentes antes de la ruptura familiar. De este modo, cuando se produzca un incumplimiento de su

ejercicio por uno de lo progenitores, estos responderán en igualdad de condiciones y con las mismas responsabilidades.

En lo referente a la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando existan hijos menores recientemente se ha sentado jurisprudencia tras dictar Sentencia el Tribunal Supremo en fecha 14 de abril de 2011, por la magistrada Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías, la cual establece que cuando existan hijos menores, no se podrá imponer un límite temporal del uso de la vivienda. En la atribución de la vivienda familiar, debe atenderse, en primer lugar, al interés más necesitado de protección, lo que no implica en mi opinión, que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso. Si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los progenitores o pertenece a un tercero, se debería prever la posibilidad de soluciones alternativas a la atribución del derecho de uso, siempre que se garantice el derecho de habitación del menor ya que para el progenitor no custodio a pesar de deber seguir abonando la hipoteca, debe hacer frente a los gastos de un nuevo hogar, soportando dificultades que el progenitor custodio no tiene que superar.

En el mismo sentido, del que estoy de acuerdo en su totalidad, se pronunciaron en el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de familia y asociaciones de Abogados de familia de octubre de 2009, en la que se prevé una reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que “se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 de Código de Familia de Catalunya. La venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.”

No obstante y a pesar de las incompletas modificaciones que se efectúan en el derecho de familia, este va avanzando en materias tales como la posibilidad de

relacionarse los abuelos con sus nietos tras la ruptura familiar. Gracias a la ley 42/2003 de 21 de noviembre de modificación del CC y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se ha reconocido el papel importante que tienen los abuelos dando cumplimiento así con lo previsto en el art. 39 de nuestra Carta magna.

En este contexto el legislador se preocupa por ampliar las relaciones familiares más allá del ámbito paterno-filial que, aunque prioritario, no puede aislarse del resto de relaciones. Así, entiende que los abuelos ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor y su desarrollo.

Tras todo lo expuesto, considero que el derecho de familia a pesar de haber avanzado considerablemente, carece de unanimidad en la materia debido a la inexistencia de una jurisprudencia consolidada. Es decir, los problemas planteados en este ámbito son muy amplios y variables y con ellos, las consideraciones de los Tribunales que intentan resolverlos, lo que produce una gran inseguridad jurídica.

Muchas de nuestras leyes no tiene carácter dispositivo, debiendo nuestros tribunales en numerosas ocasiones acudir a la analogía y al derecho comparado, aplicándose de este modo, normas que no han sido creadas para el caso concreto en que se esta aplicando. En mi opinión creo que es necesario abordar y solucionar las controversias surgidas en el ámbito del derecho de familia mediante la creación de una ley especializada para ser aplicada de un modo más preciso en nuestra sociedad, ya que actualmente no se está dando respuesta a los problemas que tienen miles de personas (padres, madres, abuelos/as, niños y niñas, etc.) en nuestro país, cuando se afronta el problema social del divorcio, la separación, la nulidad o la simple ruptura de la pareja de hecho.

La solución, con la que estoy totalmente de acuerdo, se expuso en III Encuentro de Magistrados y Jueces de familia y asociaciones de Abogados de familia en Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2008, cuando se estipuló que lo necesario es crear con urgencia una jurisdicción especializada, que pueda abordar adecuadamente y de forma integral todos los problemas derivados de esa situación de inseguridad. Es necesaria la creación del un orden jurisdiccional que conlleve la especialización de Jueces, Fiscales,

Secretarios, Técnicos de los Equipos Psicosociales, de los abogados y, en general de todos los profesionales que por unas razones u otras participen en la gestión de los asuntos competencia de esta Jurisdicción, especialización que, obviamente, debe extenderse a las Audiencias Provinciales en la misma medidas que se ha llevado a cabo en los Juzgados de lo Mercantil (Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio).

“Con la creación de esta Jurisdicción se conseguirá, no solo que todos los ciudadanos tengan acceso al Juez de Familia, sino, además otros objetivos, entre los que destacamos los siguientes:

- Que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad no solo de técnica jurídica, sino personal y humana.
- Se contribuirá a que esas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del Juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios.
- Se conseguirá más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias, lo que generará una mayor seguridad jurídica.
- Al Consejo General del Poder Judicial corresponderá llevar a cabo un proceso de selección y preparación de los Jueces que vayan a ocupar este tipo de órganos jurisdiccionales. Así, deberá establecerse un sistema en el que se sitúe en un mismo nivel de prioridad: el conocimiento de la materia, la experiencia y la dedicación.”

Igualmente, es necesaria la creación de unos Juzgados especializados en ejecuciones de resoluciones de procesos de familia, con la finalidad de agilizar este tipo de procedimientos para que estos órganos especializados pudieran decidir de forma

"inmediata" temas de ejecuciones dinerarias y de obligaciones de hacer, no hacer y personalísimas, con lo que se ganaría mucho tiempo a través de la intermediación judicial y la adopción de decisiones inmediatas tras la celebración de una comparecencia, evitándose incumplimientos de pagos; de gastos extraordinarios y de régimen de relaciones.

BIBLIOGRAFIA

- MONTERO AROCA Juan, Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (la aplicación práctica del artículo 93 del CC, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- PEREZ MARTIN, Antonio Javier, Tratado de derecho de familia, Tomo I, Volumen I, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, editorial Lex Nova 2007.
- PEREZ MARTIN, Antonio Javier, Tratado de derecho de familia, Tomo I, Volumen II, Procedimiento Contencioso, separación, divorcio y nulidad, uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos, editorial Lex Nova 2007.
- PEREZ MARTIN, Antonio Javier, Tratado de derecho de familia, Volumen IV, La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales, editorial Lex Nova 2007.
- BERROCAL LANZAROT Ana Isabel, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Núm. 721, Septiembre 2010.
- CEMBRANO REDER José Luís, Abogado, Asociación española de Abogados de Familia, Opinión, Efectos económicos, Hijos mayores, extinción, litisconsorcio pasivo necesario, publicado el 26 de marzo de 2008.
- Revista Sepin, Jurisprudencia, Fascículo 81, Octubre de 2008.
- Revista Sepín, editorial jurídica, familia y sucesiones, marzo-abril de 2009, nº 84, encuesta jurídica, coordinadora Pilar González Vicente, Magistrada Letrada Consejo general del Poder Judicial.
- Revista Sepín, editorial jurídica, personas y familia, abril de 2005, nº 43, encuesta jurídica, coordinadora Pilar González Vicente, Magistrada Letrada Consejo general del Poder Judicial.
- Revista Sepín, editorial jurídica, familia y sucesiones, noviembre-diciembre de 2010, nº 93, encuesta jurídica, coordinadora Pilar González Vicente, Magistrada Letrada Consejo general del Poder Judicial.

- SERRANO CASTRO Francisco de Asís, Magistrado del Juzgado de primera Instancia nº 7 de Sevilla Vivienda Familiar y cargas del matrimonio, El Derecho.
- MURILLAS ESCUDERO Juan Manuel, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 705, Enero - Febrero 2008
- CEMBRANO REDER, José Luís, artículo de opinión en el apartado efectos económicos en la pagina de la Asociación Española de Abogados de Famita, ARAGON, VIVIENDA PRIVATIVA, ATRIBUCION TEMPORAL DEL DERECHO DE USO, 28 de febrero de 2011
- Base de Datos de Derecho de Familia – Lex Nova.
- CEMBRANO REDER, José Luís, artículo de opinión en el apartado efectos económicos en la pagina de la Asociación Española de Abogados de Famita, MENORES: LIMITACION TEMPORAL // SUPERVISION JUDICIAL DE LOS PACTOS, EN CASO DE MENORES NO PUEDE LIMITARSE EL USO DE LA VIVIENDA; Obiter dicta: SUPERVISION JUDICIAL DE LOS PACTOS , 24 de mayo de 2011
- FERNÁNDEZ GARRIDO Montse, LA CUSTODIA COMPARTIDA: Ventajas e inconvenientes, AEAFA, 14 de enero de 2010, PG: 11
- Revista digital Lex Family.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), ED. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2005, 294 pp. Anuario de Derecho Civil › Núm. LVIII-2, Abril 2005, Autor: Nieves Moralejo Imbernón, Cargo: Universidad Autónoma de Madrid ,
- Base de datos, V-lex.
- Base de datos de ElDerecho.
- Base de datos de Aranzadi.
- Base de datos de la Asociación Española de Abogados de Familia.
- Revista Sepin, consulta de abril de 2002, 24774.
- GONZÁLVEZ VICENTE Pilar, Magistrada. Letrada Consejo General del Poder Judicial, Revista Sepin, Encuesta Jurídica. Julio 2003

JURISPRUDENCIA

- Sentencia Tribunal Supremos 917/2008, de 3 octubre.
- Sentencia nº 402/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 14 de Junio de 2011
- AP Murcia de 8 de marzo de 1995
- SAP Barcelona de 1 de septiembre de 1998
- SAP Cantabria de 18 de febrero de 1999
- SAP Barcelona de 26 de marzo de 1999
- SAP Cantabria de 18 de febrero de 1999
- AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de junio de 2007
- AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2005
- AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2.003
- SAP de Cáceres, Secc. 2ª de 12 de mayo 2002
- SAP Huesca de 6 de octubre 1998
- AP de Sevilla Sección 8, de 27 de octubre de 2004.
- AP de Albacete, Sección 1ª, de 19 de mayo de 2003
- AP de Alicante, Sección 4ª de 12 de junio de 2003
- AP de Baleares, sección 4ª, de 9 de septiembre de 2003
- AP de Málaga, Sección 6ª de 14 de febrero de 2005
- AP de Málaga, sección 4ª de 29 de diciembre de 2005
- AP de Almería, sección 2ª de 7 de febrero de 2003
- AP de Sevilla, Sección 2ª de 24 de febrero de 2006
- AP de Córdoba, Sección 1º de 18 de julio de 2003
- AP de Málaga, Sección 5º de 23 de septiembre de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2009
- AP de Málaga en sentencia de 29 de diciembre de 2005
- AP de Sevilla , Sección 6ª de 27 de noviembre de 2005
- AP de Barcelona, Sección 6ª de 6 de mayo de 2004
- AP de Cáceres, Sección 1ª de 4 de noviembre de 2004
- Sentencia nº 1007/2008 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 24 de Octubre de 2008
- Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2003
- AP de Málaga, Sección 6, de 19 de enero de 2003
- AP de Córdoba, sección 1ª de 6 de marzo de 2006
- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, Nº de Recurso 749/2007
- AP Barcelona, Sec. 18.ª, 426/2010, de 2 de julio
- AP Madrid, Sec. 22.ª, 770/2010, de 16 de noviembre
- Auto nº 22 de la AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 8 de febrero de 2010
- Auto de 4 de Julio de 2006
- AP de Valencia, Sección 10ª de 26 de abril de 2002
- Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4, de 4 de marzo de 2010
- sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 2001

- AP de Jaén Sección 1ª de 22 de enero de 2004
- AP de Sevilla, sección 8 de 18 de enero de 2006
- AP de Granada, Sección 3ª, 20 de mayo de 2002
- AP de Madrid, sección 22ª de 13 de septiembre de 2002
- Audiencia Provincial de Navarra de 17 de junio de 1995
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 15 de mayo de 1999
- Audiencia Provincial de Guadalajara 30/2010, de 17 de marzo
- SAP de Castellón de fecha 13 de diciembre del año 2.001
- SAP de Pontevedra de fecha 3 de mayo del año 2.006
- AP de Málaga secc. 6ª, de 6 de febrero de 2002
- AP de Córdoba sección 2ª, de fecha 12 de enero de 2004
- AP de Ciudad Real, Sección 1ª de 24 de noviembre de 2004
- AP de Barcelona, sección 18 de fecha 19 de mayo de 2004
- AP de A Coruña, Sección: 3, de 21 de septiembre de 2007
- sentencia de 30 de noviembre de 2.006
- Audiencia Provincial de Madrid sección 22ª, de 10 de enero de 2003
- AP de Madrid Secc. 22ª, de 25 de abril de 2008
- AP de Castellón de 17 d abril de 2007 y 19 de septiembre de 2006
- SAP Guipúzcoa Secc. 3ª de marzo 1999
- AP de La Coruña de 3 julio de 2.006
- Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 1998 y 10 de julio de 2001
- sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 2002
- AP de Navarra sección 2ª de 22 de abril de 2002
- AP de Tenerife, sección 4ª, de 22 de mayo de 2002
- sentencia de 14 de octubre de 2001, de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza
- AP de Baleares, Secc. 3º, de 12 de julio de 2006
- sentencias AP de Baleares de 22 de junio de 2000
- AP de Baleares 30 de abril de 2001
- AP de Baleares 15 de febrero de 2002
- AP de Baleares 14 de marzo de 2002
- AP de Baleares 25 de abril de 2002
- AP de Baleares 16 de noviembre de 2005
- Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005
- AP de Badajoz, secc 2ª, 16 de septiembre de 2005
- AP Córdoba, Sec. 2.ª, 83/2007, de 12 de abril
- AP de Ciudad Real, Secc 2ª de 16 de noviembre de 2004
- AP de Málaga, Secc 6ª, de 26 de octubre de 2007
- AP de Barcelona, secc 18, de 30 de marzo de 2007
- AP de las Palmas, secc 3ª, de 4 de marzo de 2008
- AP de Cádiz, secc 5ª, 21 de mayo de 2008
- AP de Cádiz nº 566/2007 de, secc 5ª de 19 de noviembre de 2007
- sentencia 251/2007 de la AP de Málaga, secc 6ª, 25 de abril de 2007
- AP de Salamanca, secc1ª, de 22 de enero de 2007
- AP de Málaga, secc 6ª, de 25 de marzo de 2008
- AP de Castellón, secc 2ª, de 7 de enero de 2008

- Audiencia Provincial de Guipúzcoa, mediante Auto de fecha 29 de septiembre de 2008
- AP de Barcelona, secc 12, de 20 de febrero de 2007
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12.^a, de 14 de enero de 2010
- AP de Barcelona, secc 18, de 28 de enero de 2008
- AP de Lugo, secc 1^a, julio de 2 2004
- AP de Gipuzkoa, mediante auto de fecha 3 de noviembre de 2009
- AP de Córdoba, secc 2^o, de 22 de junio de 2007
- AP de Córdoba de 15 de septiembre de 2005
- AP de Málaga de 8 de marzo de 2002
- AP de Málaga de 14 de mayo de 2008
- AP de Zaragoza de 15 de noviembre de 2006
- AP de las Palmas de 15 de junio de 2004
- AP de A Coruña de 22 de mayo de 2007
- Audiencia Provincial de Barcelona, siendo de destacar su auto de 6 de junio de 2002
- SAP Alicante, Secc. 4^a, de 20 de noviembre de 2003
- AP de Navarra, Secc. 3^o, Sentencia de 24 de noviembre de 1998
- AP de Madrid de 22 de Julio de 1999
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 21 de septiembre de 2007
- SAP de las Palmas, Sección 3.^a, de 8 de mayo de 2006
- Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000
- Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2000
- AP de Córdoba, Sección 2^a de 9 de abril de 2002
- AP de Málaga, sección 6^a de 17 de mayo de 2004
- AP de Alicante de 14 de enero de 2010
- AP de St. Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2008 y 25 de enero de 2010
- AP de Cáceres de 12 de febrero de 2009
- Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 20 de enero de 2003
- Auto 1001/2009 de 4 de febrero de 2010, el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3.^a de 4 de junio de 2008
- sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sec. 6.^a de 26 de febrero de 2009
- sentencia con fecha 16 de octubre de 2007
- Audiencia Provincial de Valladolid, 5 de septiembre de 2008
- Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, 209/2007, de 18 mayo
- sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 1 de abril de 2011
- Tribunal Supremo, Sala primera, de 8 de octubre de 2010
- Tribunal Supremo, Sala Primera de 18 de marzo de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de 2 de octubre de 2008
- AP de Córdoba, sección 3^a, de 4 de marzo de 2010
- AP Valencia, Sección 1^a, 28 de Febrero de 2007
- AP Las Palmas, Sección 1^a, 2 de Mayo de 2006
- sentencia 71/ 2011 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 10 de marzo
- Audiencia Provincial de Barcelona nº102/2007, Sección 18^a, 20.2.2007

- AP Barcelona, 181/2007, Sección 12ª, 9 de marzo de 2007
- Sentencia 549/2009 de la Audiencia provincial de Barcelona, de 28 de julio de 2009, Sección 12ª
- sentencia dictada el 27 de diciembre de 2007 por la Sec. 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid
- AP de Madrid, secc. 24 de 14 de abril de 2005
- Audiencia Provincial de Ciudad Real, Secc. 1º, de 12 de enero de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Secc. 1º, de 28 de julio de 2006.
- AP de Zaragoza, secc. 2ª, de 13 de junio de 2006
- Sentencia de la AP de Asturias, secc. 7ª de 19 de febrero de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002
- Sentencia nº 225/2007 de AP Barcelona, Sección 18ª, 10 de Mayo de 2007
- Sentencia nº 576/2009 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 27 de Julio de 2009
- Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Secc. 3.ª, de 28 de mayo de 2008
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5, de 26 de marzo de 2007
- Sentencia de la AP de Málaga, Sección 5ª de 9 de diciembre de 2004
- AP de Córdoba Sec. 2º de 11 de noviembre de 2002
- AP Málaga, Sec. 6.ª, 158/2003, de 9 de septiembre
- AP Madrid, Sec. 24.ª, 331/2008, de 13 de marzo de 2008
- AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, 2/2005
- sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia Sevilla, n.º 7, de 9 de diciembre de 2010
- AP Málaga, Sec. 6.ª, 74/2008, de 12 de marzo de 2007