

DEBATE JULIO

1.- En una demanda, el letrado se limita a indicar en su suplico que se acuerden las medidas solicitadas en el cuerpo de demanda, incluida la pensión compensatoria que se solicita a favor de la esposa. Cuestiones:

.- ¿La referencia genérica es suficiente para que se tengan por solicitadas todas las medidas?

.- ¿Cabría incluir en este caso las que no son de orden público procesal?

Si esto mismo ocurre en un recurso de apelación, es decir, que se solicita que se acuerde según el petitum de la demanda de divorcio ¿podría considerarse que no existe suplico?

RESPUESTA: Se concluye que la referencia genérica es un error, ya que la falta de concreción en el Petitum puede generar indefensión: es más que recomendable concretar bien en el Suplico las peticiones concretas que se formulan en la demanda o en la contestación.

Algún compañero comenta su manera de hacerlo: bien concretando el suplico con mucho detalle, bien redactando en uno de los hechos minuciosamente las medidas que se solicitan, remitiéndose en el Suplico a ese Hecho concreto.

El Magistrado manifiesta, después de estas intervenciones que nunca se debe hacer una referencia genérica a los Hechos y/o Fundamentos. Si se hace esa remisión genérica, se podría hacer por el juez o tribunal una interpretación que pueda inducir a error, provocando una situación de incongruencia "omisiva" o "extra petita". Por ello, es conveniente evitarlo y concretar en el suplico de la demanda, principal o reconvencional, lo realmente querido por la parte. Pretensiones, que luego sucintamente se puede matizar o completar, sin realizar cambios sustanciales, al inicio de la vista y en conclusiones.

No obstante, de hacerse es remisión, el juez no debe actuar con un excesivo rigor formalista y haciendo una interpretación lógica, literal y sistemática de todo el escrito, intentar deducir que es lo solicitado realmente por la parte. Labor evidentemente subjetiva, que puede generar errores o situaciones de incongruencia, como ya dije, e incluso situaciones de indefensión a la parte contraria.

2.- Dictada sentencia de divorcio, una de las partes recurre para solicitar que se concreten las horas y recogidas de los menores en los periodos de vacaciones, puentes y festivos. ¿Es posible negar el recurso alegando que ello debió ser objeto de aclaración/complemento?

RESPUESTA: El Magistrado es contundente al manifestar que no es posible en ningún caso, puesto que la aclaración y el complemento es un derecho de la parte, no un requisito de procedibilidad para recurrir.

Conforme a la doctrina jurisprudencial, si la sentencia no se pronuncia sobre algún extremo, se suele entender que se desestima, y así se evita la incongruencia omisiva.

El Magistrado recomienda pedir siempre la aclaración o complemento. Pero considerando que el no pedirla, nunca puede impedir el acceso a la apelación.

El Tribunal Supremo ha denegado el amparo en procedimientos en los que, precisamente, no se solicitó aclaración o complemento. Entre otros, el Auto de la Sala 1ª, de lo Civil, 15 de marzo de 2017, recurso 2899/2016 considera que:

“En primer lugar en cuanto la parte recurrente denuncia incongruencia omisiva por falta de examen y pronunciamiento en la sentencia recurrida, sobre la pretensión principal de nulidad formulada en el recurso de apelación, la parte recurrente pudo y debió solicitar la correspondiente aclaración o complemento de la sentencia de acuerdo con el artículo 215 LEC, presupuesto necesario para interponer el presente recurso de naturaleza extraordinaria que exige el agotamiento de todos los mecanismos que la ley otorga a las partes para la posible corrección o subsanación de la infracción procesal denunciada. En el presente recurso hay un auto de aclaración de oficio de la audiencia provincial que corrige el número de rollo de apelación, pero no se solicita por la parte recurrente el correspondiente complemento.”

Podéis acceder al texto completo de la resolución en el siguiente enlace: <https://supremo.vlex.es/vid/676589325>

Por lo tanto, se debe analizar con profundidad la necesidad de aclaración /complemento por las posibles dilaciones que puedan afectar al cliente.

3.- Sucede en muchas ocasiones que las exploraciones de los menores en procedimientos de divorcio se realizan mediante acta y no constan grabadas.

.- ¿Se puede solicitar la nulidad de la exploración por no poder ser valorada adecuadamente en segunda instancia?

RESPUESTA: No, porque la exploración de los menores no constituye prueba legal –explica el Magistrado-, aunque luego en muchos casos, es el dato esencial que se basa la sentencia para fijar las medidas.

Es una situación de inseguridad que el legislador debería afrontar y solucionar definitivamente

.- ¿Deben grabarse siempre?

RESPUESTA: la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que deberá extenderse acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual (art. 18.2.4ª LJV). Nada dice la LEC sobre ello y por ello hay Magistrados que recogen una nota sucinta, y otros que lo guardan en un sobre cerrado para su examen por la Audiencia si fuera menester, otros hacen un pequeño resumen en la vista que se graba, para que las partes y el fiscal, conozcan sucintamente la opinión de los menores. Hay tantas posibilidades y firmas como jueces hay.

.- ¿Deberían las partes tener acceso a su contenido para poder realizar las oportunas conclusiones a su respecto o, en su caso, formular el recurso de apelación con todas las garantías?

RESPUESTA: Deben conocerlas. Pero no disponer físicamente de las mismas, a fin de evitar un mal uso de ellas, en perjuicio del menor. Sería bueno que los juzgados estuvieran ubicados en la planta baja y con acceso independiente. Y en su interior deberían tener una sala infantil para hacer estas exploraciones, en un ambiente distendido y cordial para el menor. Hay dos sistemas buenos, como son el uso de la cámara Gesell (espejo unidireccional) o el sistema de circuito cerrado que se usa en Santo Domingo. Lo ideal es que la exploración la hiciese siempre un psicólogo, considero que los jueces no tenemos la debida preparación para hacer buenas exploraciones objetivas. Que las partes, el juez y el fiscal tuvieran acceso a esa exploración, y contacto verbal para hacer llegar al psicólogo las cuestiones que quieren ser objeto de exploración. El resultado final, se grabaría, pero solo tendría copia el fiscal y el juzgado. De esta forma las partes conocen fielmente el resultado de la exploración, pero no pueden hacer un uso indebido de la misma.

El menor debe conocer de antemano, en que va a consentir la exploración y que es un derecho, que como tal puede ser renunciado, y la posibilidad que existe de que sus progenitores conozcan el resultado, aunque sea sucinto o resumido, de la misma.

No se debe confundir exploración del menor, con testifical de un menor, de más de 14 años.

No estoy de acuerdo en que se someta a esta actuación a todos los menores mayores de doce años o con suficiente madurez.

.- ¿Deberían grabarse las entrevistas ante el gabinete psicosocial?

RESPUESTA: Sí, deben grabarse, pero lo ideal es una grabación reservada para el Equipo Psicosocial.

¿O entregar copia de los resultados de los test para poder aportar una pericial de parte?

RESPUESTA: Las partes pueden solicitar que se les exhiba e informe de las pruebas practicadas por las partes el menor, así como del resultado de los test realizados, a fin de poder ejercer su derecho de crítica. Art 347 LEC

4.- En fase de apelación sucede en muchas ocasiones que no se admite práctica de prueba en segunda instancia. Ejemplos:

.- Aportar documentación después de la interposición del recurso y con los autos en la Audiencia Provincial, en este caso se acreditaba que la menor –con fecha posterior a que los autos llegaran-, ya no acudía a un centro concertado, sino público, lo que disminuía los gastos escolares, siendo objeto del recurso la cuantía de la pensión de alimentos.

.- Aportar una sentencia absolutoria del padre en el procedimiento penal de malos tratos hacia la madre y los hijos con posterioridad a elevarse los autos a la Audiencia Provincial.

.- En la práctica, ¿qué pruebas se pueden proponer y realizar en segunda instancia, además de las solicitadas en primera instancia que fueron denegadas?

RESPUESTA: Realmente la prueba en segunda instancia se concede en contadas ocasiones; su práctica es muy excepcional y depende del criterio de cada Sala. Hay Secciones que sí que admiten la práctica de prueba, y el reconocimiento y valoración de Hechos Nuevos, y otras que remiten a un procedimiento de modificación de medidas directamente.

Según el Magistrado se tiene que tratar de pruebas trascendentes, ya que la LEC dice que solo se puede y debe recibir el pleito a prueba en segunda instancia de forma excepcional. Para ello es necesario que se den los requisitos del art 460 de la LEC.

Hay que probar si son documentos, que realmente no se pudieron obtener y aportar en 1ª Instancia, no basta con alegar esa circunstancia. Deben ser pruebas que tengan trascendencia para lo que es objeto de debate en la apelación. No puede ser usado para sorprender a la otra parte o romper el equilibrio de armas que debe haber en el proceso.

Se suele abusar de los informes periciales, y sobre todo del equipo, que dada su escasez y tiempo que tarde en hacerlo, a veces resulta contraproducente y perjudicial para el menor. No es imprescindible hacer un informe psicosocial para poder decidir sobre temas de custodia. a veces, es más importante un informe escolar, médico o social. Informes que bene dar datos objetivas e información sobre determinadas actuaciones, pero no recoger valoraciones subjetivas. No entiendo porque se da tan poco importancia y valoración a los informes de parte (salvo que admitamos que no sin realmente objetivos), es muy peligrosos aconsejar a la parte que no acida a ser valorado por el perito contrario. Lo mejor en estos procesos es hacer una pericial única, con designación consensuada.

Si hablamos de pruebas referidas a hechos nuevos acaecidos después de sentencia, se debe probar que son hechos imprevisibles en 1ª Instancia y que realmente tienen trascendencia para el objeto del recurso.

5.- En un procedimiento de divorcio, las partes acuerdan custodia materna, régimen de visitas de fines de semana de viernes a lunes, dos tardes intersemanales - una de ellas con pernocta-, pensión de alimentos x, y la contribución de los gastos escolares al 50% por ambos progenitores.

En el procedimiento de modificación de medidas, el padre solicita la custodia compartida, extinguir la pensión de alimentos, además de una apertura de una cuenta para que el padre ingrese el 60% de los gastos escolares y la madre el 40%.

Al contestar a la demanda, se solicita la desestimación d la demanda y el incremento de la pensión de alimentos por modificación sustancial de la situación económica de los progenitores.

En la sentencia no se entra al fondo por considerar que debería haberse formulado reconvencción para modificar la pensión, a pesar de que la actora, aunque por otros motivos. Solicitaba ya la modificación de la pensión de alimentos. Cuestiones:

.- ¿Debería haberse formulado por reconvencción?

.- En caso afirmativo, ¿se puede plantear un nuevo procedimiento con base en la modificación sustancial de la situación económica de los progenitores?

RESPUESTA: Tras un debate en el que se exponen las diferentes posturas favorables y contrarias a su formulación vía reconvencción, la conclusión es que, ante la duda, se deben formular peticiones del demandado no incluidas en el debate inicial de la demanda vía reconvencción; aunque se trate de cuestiones de orden público que deban ser valoradas y resueltas.

Dados que hablamos de un proceso de modificación de medidas, la sentencia dictada en el proceso principal previo, tiene efectos de cosa juzgada, que solo podrá ser modificada por la sentencia que se va a dictar en este nuevo procedimiento. Son las partes, las que deben decir qué medidas se quieren modificar y los motivos que justifican esa modificación; peticiones y alegaciones que se deben hacer en forma y con la debida antelación, para que la otra parte pueda contestar a las mismas y proveerse de las pertinentes pruebas. Por ello, el demandado, si quiere introducir la modificación de una medida, que no ha sido tocada en la demanda, debe formular reconvencción. Pues caso contrario, el demandante, se puede ver limitado en sus medios de defensa, y estar a expensas de lo que el juez le permita alegar en la vista. Es decir, de no formularse reconvencción, se ponen en peligros los principios de defensa y contradicción, que deben regir en todo proceso judicial. Principios que entiendo tiene más fuerza y peso, que la facultad que tiene el juez, de actuar de oficio en las medidas de ius cogens. Actuación, que esta supedita a la obligación de oír previamente a las partes, y facilitarse los pertinentes medios de defensa y alegación.

6.- En la fase de inventario de liquidación de gananciales, en el que el esposo - previo al divorcio- apertura varias cuentas bancarias donde ingresa importantes cantidades de dinero, pero las retira (vía talones, reintegros en efectivo...):

.- ¿Debe solicitarse la inclusión de la cuenta como ganancial -se cancela antes de la vista de divorcio- y la inclusión de las disposiciones fraudulentas del esposo?

.- ¿O al haberse cancelado antes de la sentencia de divorcio no puede incluirse ya la cuenta bancaria?

RESPUESTA: Deberá ponerse de manifiesto la mala administración o indebida disposición de los bienes gananciales (arts. 1.390 y 1.391 CC) en la fase de Inventario, a efectos de reclamar responsabilidad del esposo.

Como mecanismo de precaución, se debería solicitar y resolver la declaración de la fecha de los efectos de la disolución del régimen económico en el propio procedimiento de divorcio, al ser la disolución del régimen uno de los efectos inherentes al mismo, y no posponer esa fijación a la fase de formación de inventario, momento en el que se determinarían los saldos, y se acordaría el reintegro de aquello irregularmente detraído.

Respecto a las cantidades a reintegrar, serían aquellas que no se pueda justificar que han constituido inversiones en las necesidades familiares y del hogar.

En unificación de criterios las secciones de la AP, fijan la separación de hecho, como momento de referencia de la disolución de la sociedad de gananciales, sino el auto de medidas provisionales y si no la sentencia de separación o divorcio.

Entiendo que un elemento esencia para iniciar los tramite de formación e inventario, es saber a qué fecha se deben hacer la relación del activo y del pasivo. Por lo tanto es una cuestión que se debe debatir y resolver ad initio, y no en la fase final del inventario, es decir en el juicio verbal, donde solo se debe debatir y resolver las partidas respecto de las cuales, no ha habido acuerdo ante el Letrado de la Administración de Justicia.

7.- El esposo abandona el domicilio familiar de forma voluntaria y no interpone demanda de medidas provisionales previas hasta cinco meses después. El Auto de medidas provisionales se dicta a los tres meses de presentarse la demanda. Y la sentencia de divorcio se dicta al año siguiente. Cuestiones:

.- ¿Qué fecha es la que debe tenerse en cuenta para fijar la disolución de la sociedad de gananciales?:

.- Salida voluntaria del domicilio por parte del esposo.

.- Presentación de la demanda de medidas provisionales.

.- Fecha en que se dicta el auto de medidas provisionales.

.- Fecha de la sentencia de divorcio?

.- ¿Es necesario plantear la cuestión en el procedimiento de divorcio o debe hacerse en el de liquidación de gananciales?

RESPUESTA: Con remisión a la respuesta anterior, en principio, la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la de la sentencia de divorcio, según determina el Código Civil.

Con carácter excepcional, podrá solicitarse en la demanda de divorcio la determinación de otra fecha distinta, siempre que se pueda acreditar una separación de hecho, con economías separadas, y vidas totalmente independientes.

8.- En la actualidad, un hijo ya es mayor de edad y tiene independencia económica. El progenitor deudor de la pensión se plantea la extinción de la pensión de alimentos, pero se generan las dudas siguientes:

.- Para la validez y eficacia de la extinción de la pensión de alimentos, ¿basta acordarla en documento privado, sin necesidad de presentarlo a aprobación judicial mediante procedimiento de modificación de medidas?

.- En caso de respuesta afirmativa a la cuestión a), ¿basta con que el documento privado lo firmen el progenitor deudor y el hijo que ya es mayor de edad?, ¿el documento privado lo deberían firmar los dos progenitores?, ¿o los dos progenitores más el hijo mayor de edad? ¿Añadiría algo, en cuanto a validez y eficacia, que el acuerdo se eleve a escritura pública?

.- En caso de respuesta negativa a la cuestión a), ¿la extinción de la pensión de alimentos se puede acordar en procedimiento de mediación extrajudicial, con posterior elevación a escritura pública (Arts. 23.3, segundo párrafo, y 25, de la Ley 5/2012, de mediación), pero sin necesidad de presentarlo a aprobación judicial mediante procedimiento de modificación de medidas?

.- En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿sería suficiente que a la mediación acudan, y que el acuerdo de mediación lo firmen, el progenitor deudor y el hijo que ya es mayor de edad?, ¿que a la mediación acudan, y el acuerdo de mediación lo firmen, los dos progenitores?, ¿o deben acudir a la mediación y firmar los dos progenitores más el hijo mayor de edad?

.- En caso de que la extinción se plantee mediante procedimiento judicial de modificación de medidas, ¿el procedimiento judicial se ha formular contra el hijo que ya es mayor de edad como demandado, contra el otro progenitor, o contra el hijo mayor de edad y contra el otro progenitor? Si antes de acudir al procedimiento judicial, las partes firmaron un documento privado o un acuerdo de mediación, que estableció la extinción inmediata de la obligación de pago de la pensión, ¿cabe reclamar en el procedimiento judicial que la extinción surta efectos

a partir de la fecha pactada por las partes, o necesariamente surtirá efectos desde la fecha de la sentencia?

RESPUESTA: Los hijos mayores de edad, no son parte en el procedimiento. Los acuerdos que perjudican a un tercero son nulos. Art 6.2 c.c. no es válido el acuerdo que afecta o perjudique a un tercero, que no lo ha consentido. " La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"

La extinción debe ser aceptarla por quien cobra los alimentos, pues aunque no sea titular de los alimentos, es el administrador de los mismos. STS 2000. Cualquier modificación o supresión debe acordarse entre los progenitores. La extinción se puede recoger en documento público, y presentarlo en el juzgado, por ambas partes, a meros efectos informativos. Si pese a ese acuerdo, se insta una ejecución, se podrá oponer el ejercicio abusivo del derecho.

Si hubo acuerdo valido antes del proceso, la extinción si puede tener efecto retroactivo, que debe declararlo expresamente la sentencia.

Cuidado con los acuerdos entre progenitores sobre medidas de ius cogens, de cara al futuro, son nulos, pues necesitan aprobación judicial y previo informe del MF

Se podrá acordar también vía mediación, pero las partes no quedan obligadas a elevarlo a escritura pública.

Ley de mediación, ARTÍCULO 23. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Documentos relacionados

1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación .

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley , con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

El hijo podrá intervenir como tercero, no como parte principal. El acuerdo entre los progenitores, sin el hijo es válido, el acuerdo entre un primogénitor y el hijo, sin intervenir el otro progenitor, no es válido.

9.- Pareja de hecho no inscrita en ningún registro nunca ha tenido cuentas en común. En la Sentencia de medidas paterno-filiales se establece la custodia a favor de la madre, el uso del domicilio familiar a favor de la madre, que es privativo del padre.

Vigente la convivencia, compran con carácter proindiviso al 50 %, otro inmueble. Y así consta en la escritura.

Mi cliente no ha pagado nada sobre el mismo, nunca lo han usado. Lo pagó todo el padre de la niña, y así consta con talones y transferencias bancarias suyas privativas.

El padre de la hija, le reclama vía burofax, el 50% del precio, así como el 50% de gastos de comunidad e impuestos, total unos 160.000 euros.

Dicho inmueble se compró en junio de 2012, creo que, aunque ha cambiado el plazo de prescripción de las acciones, tiene de plazo hasta octubre de 2020 según Disposición Transitoria quinta de la Ley42/2015.

.- ¿Se lo puede reclamar?

.- ¿Nos podemos oponer?

RESPUESTA: La acción no ha prescrito.

Si la compra se hizo por los dos al 50%, el que haya abonado las cargas, tendrá derecho a repercutir frente al segundo propietario, pues son deudores solidarios. No cabría oposición a la reclamación.

El que no haya satisfecho las cargas, podría renunciar a su cuota de propiedad en beneficio del que está abonando el 100% de los costes.

Si la parte que no hizo frente a las deudas del inmueble ha venido abonando el resto de gastos de la unidad familiar, por pacto verbal entre las partes, será imprescindible probarlo. Y al ser deudores acreedores recíprocos, se podría invocar en caso de reclamación, la compensación.

Como pareja de hecho, se deberá estar a lo regulado en la ley autonómica de uniones de hecho aplicables al caso. Por lo general, en dichas leyes, se fija que en cuestiones económicas, las partes podrían pactar el régimen que consideren oportuno, y a ese pacto se debería estar entonces, si existe y se prueba su existencia,

Los gastos de comunidad e impuestos si por ser ambos copropietarios y esos gastos son inherentes a la propiedad. Ver reciente sentencia TS sobre pagos de cuotas comunidad 27/6/2018

La tasa de basura, si la paga quien tiene el uso. Art 23 RDL 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en el que se dice *"1. Son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas, así como las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: a) Que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, conforme a alguno de los supuestos previstos en el art. 20.3 de esta ley. b) Que soliciten o resulten beneficiadas o afectadas por los servicios o actividades locales que presten o realicen las entidades locales, conforme a alguno de los supuestos previstos en el art. 20.4 de esta ley. 2. Tendrán la condición de sustitutos del contribuyente: a) En las tasas establecidas por razón de servicios o actividades que beneficien o afecten a los ocupantes de viviendas o locales, los propietarios de dichos inmuebles, quienes podrán repercutir, en su caso, las cuotas sobre los respectivos beneficiarios. b) En las tasas establecidas por el otorgamiento de las licencias urbanísticas previstas en la normativa sobre suelo y ordenación urbana, los constructores y contratistas de obras. c) En las tasas establecidas por la prestación de servicios de prevención y extinción de incendios, de prevención de ruinas, construcciones y derribos, salvamentos y, en general, de protección de personas y bienes, comprendiéndose también el mantenimiento del servicio, las entidades o sociedades aseguradoras del riesgo. d) En las tasas establecidas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial por entradas de vehículos o carruajes a través de las aceras y por su construcción, mantenimiento, modificación o supresión, los propietarios de las fincas y locales a que den acceso dichas entradas de vehículos, quienes podrán repercutir, en su caso, las cuotas sobre los respectivos beneficiarios."*

Madrid, a 10 de julio de 2018.

D. ANGEL CAMPO, Magistrado que emite opiniones personales, no las de las SECCION 24, a la que pertenece.

ISABEL WINKELS, Abogada