

2026



1-2
OCTUBRE

XXX JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2026

LUGAR DE CELEBRACIÓN

**SALÓN DE ACTOS DE LA
FACULTAD DE DERECHO**

C/ Enramadilla, nº 18-20 (frente Edf. Viapol)
41018 SEVILLA

DIRECTORA DE LAS JORNADAS

D.ª MARÍA PÉREZ GALVÁN

Abogada de Familia y miembro de la AEAFA

Las jornadas se
celebrarán de forma
presencial y online

30 Años
ANIVERSARIO

ORGANIZAN

AEAFA Asociación Española
de Abogados de Familia

libertas
ediciones

**DERECHO DE FAMILIA
SEVILLA**

JUEVES 1 DE OCTUBRE

16:30 h.

PRESENTACIÓN Y APERTURA

D. Manuel Alés del Pueyo

Sexto Teniente de Alcalde. Presidente del Pleno. Ayto. de Sevilla

D.ª Antonia Roncero García

Magistrada de la AP de Sevilla, Sección 2ª de Familia

D.ª María Dolores López Muelas-Vicente

Abogada de Familia y Presidenta de la AEAFA

D. Óscar Fernández León

Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

17:00 h.

EL INICIO DE ACTUACIONES PENALES POR VIOLENCIA Y SU INFLUENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

- Cuestión de inconstitucionalidad n.º 899-2023 planteada por el Tribunal Supremo.
- La posible excepción de prejudicialidad penal en el proceso civil.
- La atribución de la custodia mientras están en trámite las actuaciones penales.
- Régimen de visitas en los supuestos de violencia de género.

D. José Luis Seoane Spiegelberg

Magistrado del Tribunal Supremo

18:30 h.

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ANTE EL EJERCICIO INADECUADO DE LA POTESTAD DE GUARDA (art. 158 CC)

- Aspectos procesales de la solicitud.
- Cuestiones relacionadas con la guarda de menores.
- Cuestiones relacionadas con el régimen de visitas.
- Medidas que pueden adoptarse al amparo del art. 158 del CC.

D.ª Margarita Pérez -Salazar Resano

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Familia y Protección del Menor de Pamplona (Navarra)

VIERNES 2 DE OCTUBRE

10:00 h.

CONTROVERSIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

- Comienzo y final de la sociedad de gananciales.
- Preparación del inventario y problemática procesal de la fase de inventario.
- Calificación de la vivienda como ganancial o privativa en función del momento de la compra.
- La fase de liquidación.
- Ejercicio de acciones durante la sociedad postganancial.

D. Ángel Luis Rebolledo Varela

Catedrático de Derecho Civil (Emérito) de la Universidad de Santiago de Compostela

D. Antonio Javier Pérez Martín

Magistrado del Tribunal de Instancia de Córdoba, Sección Civil, Plaza n.º 7

11:30 h. PAUSA

12:00 h.

CONTROVERSIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

- Compensación por razón del trabajo para la casa.
- Liquidación del régimen de separación de bienes.
- Reclamaciones entre cónyuges.

D. Ángel Luis Rebolledo Varela

Catedrático de Derecho Civil (Emérito) de la Universidad de Santiago de Compostela

D. Antonio Javier Pérez Martín

Magistrado del Tribunal de Instancia de Córdoba, Sección Civil, Plaza n.º 7

17:00 h. FORO ABIERTO.

Dirige:

D.ª María Dolores Azaustre Garrido

Abogada de Familia y miembro de la AEAFA

D. Isidro Niñerola Giménez

Abogado de Familia. Expresidente de la AEAFA

D.ª Antonia Roncero García

Magistrada de la AP de Sevilla, Sección 2ª de Familia

D. Antonio Javier Pérez Martín

Magistrado del Tribunal de Instancia de Córdoba, Sección Civil, Plaza n.º 7

D.ª María Pérez Galván

Abogada de Familia y miembro de la AEAFA

19:00 h. CLAUSURA

COLABORAN



ÍNDICE

EL INICIO DE ACTUACIONES PENALES POR VIOLENCIA Y SU INFLUENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES	5
---	---

D. José Luis Seoane Spiegelberg

MEDIDAS DE PROTECCIÓN ANTE EL EJERCICIO INADECUADO DE LA POTESTAD DE GUARDA. EL ARTÍCULO 158 DEL C. CIVIL	37
--	----

D. Margarita Pérez-Salazar Resano

CONTROVERSIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	61
---	----

CONTROVERSIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES	62
---	----

SENTENCIAS	63
------------------	----

D. Ángel Luis Rebolledo Varela

D. Antonio Javier Pérez Martín

EL INICIO DE ACTUACIONES PENALES POR VIOLENCIA Y SU INFLUENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

José Luis Seoane Spiegelberg

Magistrado del Tribunal Supremo

VIOLENCIA FAMILIAR

MALTRATO
INFANTIL

VIOLENCIA
DE GÉNERO

MALTRATO INFANTIL

- **OMS:** El maltrato infantil se define como *los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.*



PATRIA POTESTAD

- **ENCARNACIÓN ROCA:** “La filiación se explica como técnica jurídica, cuya finalidad esencial es proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante la minoría de edad”



CLASES DE MALOS TRATOS

- **TIPO DE MANIFESTACIÓN**
 - ACCIÓN
 - OMISIÓN
- **SEGÚN EL TIPO DE DAÑO**
 - FÍSICO
 - EMOCIONAL
 - SEXUAL
 - ABANDONO
- **ESCENARIOS**
 - Maltrato prenatal
 - COMUNIDAD
 - ESCUELA
 - FAMILIA



VIOLENCIA PRESENCIADA

- La **Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021**, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)), en el apartado N, considera que:
- «**[l]os niños también pueden sufrir la denominada «violencia presenciada» en el hogar y el entorno familiar, al asistir a cualquier tipo de maltrato a través de actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra personas de referencia o significativas desde el punto de vista afectivo**; que esta violencia tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psicológico y emocional del niño...».
- **STS 1695/2024, de 17 de diciembre**: No ofrece duda, pues, que la violencia en el hogar genera un evidente **impacto emocional de indiscutible carga negativa constitutivo de un factor de riesgo para el equilibrio de la salud mental, tanto de las víctimas directas que la sufren como de los convivientes que la presencian, y máxime si se trata de menores de edad que se encuentran en pleno proceso de desarrollo de la personalidad**, carentes de los resortes adecuados para superar tan inadmisibles comportamientos sin repercusiones nocivas en su ulterior integración en la vida adulta. Tampoco, puede generar discusión entender que constituye maltrato psicológico el hecho de infundir temor mediante actos de intimidación, amenazas o comportamientos violentos sobre las cosas y personas.

EFFECTOS NEGATIVOS EN MENORES

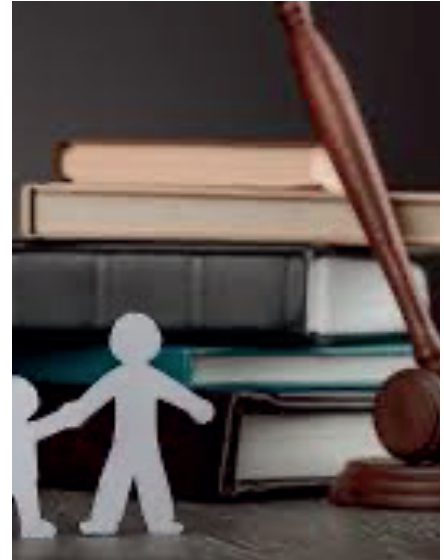
- **DETRIMENTO EN EL DESARROLLO BIOLÓGICO, COGNITIVO, SOCIAL Y EMOCIONAL:**



- 1. BAJA AUTOESTIMA
- 2. AGRESIVIDAD
- 3. DEPRESIÓN
- 4. DIFICULTAD DE CONTROL DE LOS IMPULSOS
- 5. PEOR RENDIMIENTO ESCOLAR
- 6. DÉFICIT DE HABILIDADES SOCIALES
- 7. RIESGO IMPORTANTE DE GENERAR PSICOPATOLOGÍAS
- 8. DIFICULTADES DE INTEGRACIÓN EN LA VIDA SOCIAL
- 9. PATRONES DE REPETICIÓN CON RESPECTO A SUS HIJOS

LOS MENORES Y EL DERECHO DE FAMILIA

- “La falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores” (STS 645/2022, de 26 de septiembre).
- “Los niños y las niñas son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y como tales indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos” (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5).



PROTECCIÓN MENOR

- STS 1251/2025, DE 16 DE SEPTIEMBRE
- **1.La importancia que ostenta la infancia en el desarrollo ulterior de la personalidad de los menores, y la protección que es preciso dispensarles** con la finalidad de preservarlos de eventuales perjuicios en la integración posterior en el mundo de los adultos, de manera tal que sucesos vividos no se proyecten negativamente sobre sus personas, incluso mediante el padecimiento de trastornos psicológicos (SSTs 234/2024, de 21 de febrero; 915/2024, de 26 de junio y 1695/2024, de 17 de diciembre.
- [...] Consecuencia de lo anteriormente expuesto, es **que el menor, como individuo en formación, precisa de una protección especial**, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo que es necesario preservar. En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece, como manifestaciones de dicho interés, «promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad»; «minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; así como la «preparación del tránsito a la edad adulta e independiente».

MEMORIA OBSERVATORIO GÉNERO DE 2025

En los últimos 23 años murieron **1342 mujeres** como consecuencia de violencia de género. En 2026 hasta la fecha: 50 mujeres más.

Promedio de 58,3 mujeres por año.

En 2025 se cometió un asesinato por violencia de género cada 7,4 días

La media de edad de las mujeres muertas se elevó a 47,3 años y de los agresores 49,4%.

80% de las mujeres mantenían convivencia con el agresor.

En el 42,9% de los casos existía o había existido vínculo matrimonial

El 57,1% eran las víctimas de nacionalidad española y el 63,3% de los agresores, de los que el 12,2% se suicidaron.

39 menores quedaron en situación de orfandad (27 hijos de los agresores).

Lugar: domicilio en el 89,1% (75% domicilio compartido) y por medio de arma blanca 56,5% de los casos).

11 mujeres (22,4%) habían presentado denuncia.

4 de los 49 casos de muerte había medidas de alejamiento.

En la serie histórica 2003-2025, hubo 70 casos de homicidio múltiple con un total de 84 víctimas.

En la denominada violencia vicaria entre los años 2013-2025 ha costado la vida de 65 hijos menores a manos de sus propios padres biológicos o de la pareja de la madre. En 2025 tres menores

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL



- Art. 39.1 de la CE:
- ***“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.***
- ***2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil [...]”***

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

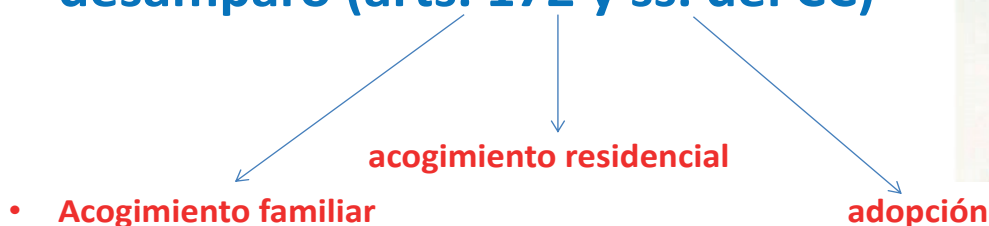
No sólo la familia que nace del matrimonio
(SSTC 184/1990 y 222/1992).

El sistema de protección de la familia no es únicamente público: deberes asistenciales por los particulares (*sistema mixto*).

El incumplimiento de estos deberes desencadena la actuación del Estado (*paternalismo social*).

MEDIDAS A ADOPTAR

- **ALEJAMIENTO DEL MENOR: situación de desamparo (arts. 172 y ss. del CC)**



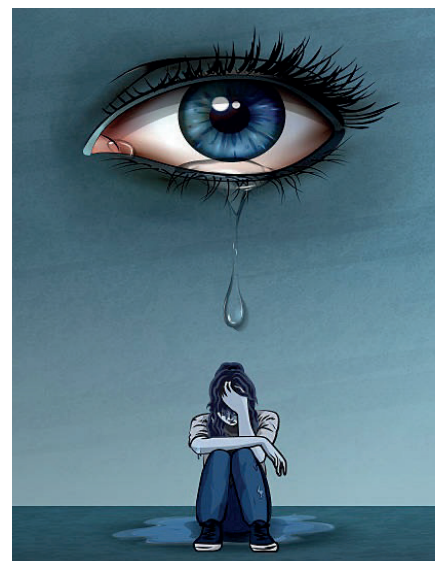
- **INTERVENCIONES FAMILIARES (dirigidas hacia los padres para mantener intacto el núcleo familiar).**

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

- **Artículo 158 CC:** “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:
- [. . .]
- 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, **a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.** Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.
- En **caso de posible desamparo del menor**, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.
- Todas estas medidas **podrán adoptarse dentro de cualquier proceso** civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”.
- **Arts. 87 y ss. LJV**

VIOLENCIA DE GÉNERO

- Art- 94.4 CC: “**No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal** iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. **No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor ... y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial**”
- STC 106/2022, de 13 de septiembre, se descartó la inconstitucionalidad del art. 94, párrafo cuarto del CC.
- Art. 92.7 CC: “**No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado** por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.



PROTECCIÓN JURÍDICA

- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:
- Art.1
- 1. La presente Ley tiene por **objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres**, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.
- 2. Por esta ley **se establecen medidas de protección integral** cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.
- 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende **todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad**.
- 4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también **comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad** por parte de las personas indicadas en el apartado primero.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: STS 129/2024, de 5 de febrero, 234/2024, de 21 de febrero, 1695/2024, de 17 de diciembre

1. Como **principio axiológico preferente en la solución de las controversias judicializadas**

2. Como **concepto jurídico indeterminado**

3. Como principio de **orden público.-**

4. Como **límite a la autonomía de los progenitores en los pactos matrimoniales.-**

5. Como principio **privilegiado o preferente.-**

7. Preciado de una **estándar de motivación reforzada.-**

8. Principio que requiere una **flexibilización del rigor procesal**

9. Susceptible de ser apreciación mediante el **auxilio de ciencias extrajurídicas**

10. Fiscalizable **a través del recurso de casación**

PROTECCIÓN MENORES

- El art. 2.1 LOPJM: *«Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado ...»*
- Y, dentro de los criterios que deben ser ponderados para determinar el interés preferente del menor, apartado 2 dicho precepto, se encuentran, entre otros, *«la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas»; «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia»; «se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», pero condicionado a que ello «sea posible y positivo para el menor»; y «cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia».*

PROTECCIÓN MENORES

- Por su parte, el art. 11 LOPJM, regulador de los **principios rectores de la acción administrativa con respecto a los menores**, establece como tales: *a) la supremacía de su interés superior; b) el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés*, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional; *c) su integración familiar y social; d) la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; así como la protección contra toda forma de descuido o trato negligente.*
- El artículo 19 bis LOPJM, dispone en el número 3 que *"para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma ... En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma".*

SECCIONES VIOLENCIA GÉNERO

- Art. 88.7 LOPJ: Las Secciones de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:
- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el apartado 6 del presente artículo.
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 5. a), o de actos de violencia sexual, en los términos a que hace referencia el apartado 5.h) del presente artículo.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género o de violencia sexual.
- d) Que se hayan iniciado ante la Sección de Violencia sobre la Mujer de un Tribunal de Instancia actuaciones penales por delito o delito leve a consecuencia de un acto de violencia de género o de un acto de violencia sexual, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.
- 8. Cuando el juez o la jueza apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género o de violencia sexual, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.
- 9. En todos estos casos está vedada la utilización de los medios adecuados de solución de controversias.

LEGITIMACIÓN OPOSICIÓN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

- **STS 589/2026, de 16 de abril:** legitimación para oponerse medidas administrativas de adopción por tía abuela de la menor
- Estimada parcialmente la demanda, la audiencia provincial revoca la sentencia de primera instancia, al apreciar la falta de legitimación activa. Interpuesto recurso de casación se estima el recurso.
- Considera la sala que, en atención a las circunstancias concurrentes y en ponderación de la mayor flexibilidad procesal en la tramitación de estos procedimientos tuitivos de los menores, que se rigen por el principio de orden público de la valoración de su interés superior, no se puede negar a las recurrentes el acceso a la jurisdicción como derecho reconocido en el art. 24.1 CE, para hacer valer, ante los tribunales, *una pretensión amparada por la ley (en tanto en cuanto esta declara preferente la integración de la menor en su familia extensa)*, y que la propia menor no puede, por razón de su corta edad (cinco años), articular procesalmente,



PROTECCIÓN MENORES

- El retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado (SSTS 565/2009, de 31 de julio, 281/2023, de 21 de febrero; 1671/2024, de 13 de diciembre)

STS
281/2023,
DE 21 DE
FEBRERO

- Se retira el niño a la madre a las 24 horas de su nacimiento:
- Los parámetros por los que se declaró el desamparo fueron los siguientes:
- (i) **Tres menores (hijos) actualmente con medidas de protección sin previsión de retorno.**
- (ii) **Negligencia en los cuidados y seguimientos iniciales del embarazo**, desconocimiento inicial del mismo y ocultación a los diferentes recursos.
- (iii) Dificultades personales de los progenitores y **falta de habilidades para la crianza y para el reconocimiento y atención de las necesidades de un menor. Alta vulnerabilidad de menor recién nacido.**
- (iv) **Conflictividad y violencia familiar**, en la pareja y con otros miembros de la familia, sin intervención suficiente por parte de recurso especializado que haya podido modificar la situación.
- (v) **Consumo de alcohol por parte del padre.**
- (vi) **Historia de consumo de tóxicos en la madre y enfermedad mental de tipo psicótico asociada.**
- (vii) **Ausencia de reconocimiento de las dificultades familiares** que dificulta la intervención para la modificación de las mismas.
- (viii) **Historia previa con expediente de Alicia en el sistema de protección.**
- (ix) **Ausencia de redes de apoyo familiar y social, o nada adecuadas.**

STS
282/2023,
DE 21 DE
FEBRERO

- OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN
- DECISIÓN DEL JUZGADO:
- **Tres hijos de la pareja** (Estela, Eva y Marcial) habían sido declarados en desamparo, el 5 de septiembre de 2018, cuando tenían cinco años, tres años y dieciocho meses de edad respectivamente; no obstante, se valoró tal dato como un simple indicador de riesgo.
- **Padres rehabilitados de sus adicciones** según constaba en los informes médicos obrantes en autos.
- **Contaban con domicilio propio con todos los suministros,**
- **El padre con trabajo estable como pastor** y, por lo tanto, con recursos económicos propios para atender a las necesidades familiares.
- Se consideró que *las deficiencias advertidas por los técnicos en las capacidades maternas de doña Serafina eran susceptibles de superación, mediante un proyecto específico de actuación* con mantenimiento de Cosme en su propia familia. Y, en definitiva, se concluyó que al momento del nacimiento de Cosme.
- AP CONFIRMA LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN DE MENORES

- STS 281/2023, de 21 de febrero:
- "No podemos compartir el argumento de la sentencia del tribunal provincial de que *la situación a analizar sea la concurrente al tiempo de la adopción de las medidas administrativas de protección, en virtud de los principios de litispendencia y perpetuación de la jurisdicción*, como si de una fotografía se tratase, que congelase en el tiempo una imagen o el estado de cosas existentes al momento de dictarse la resolución administrativa objeto de oposición en este trance.
- Lejos de ello, estos procedimientos especiales, tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 CE), se sustancian con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción.
- En efecto, comoquiera que las relaciones y comportamientos humanos no son estáticos, sino dinámicos, no pueden ser ignorados acontecimientos ulteriores u otros hechos que afecten a la resolución del caso, so pena de vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Es, por ello, que cabe, en estos juicios del Libro IV de la LEC, el acopio y consideración judicial de nuevos datos trascendentes para tomar la decisión que sea más adecuada en la delicada misión de velar por los intereses preferentes de los menores".



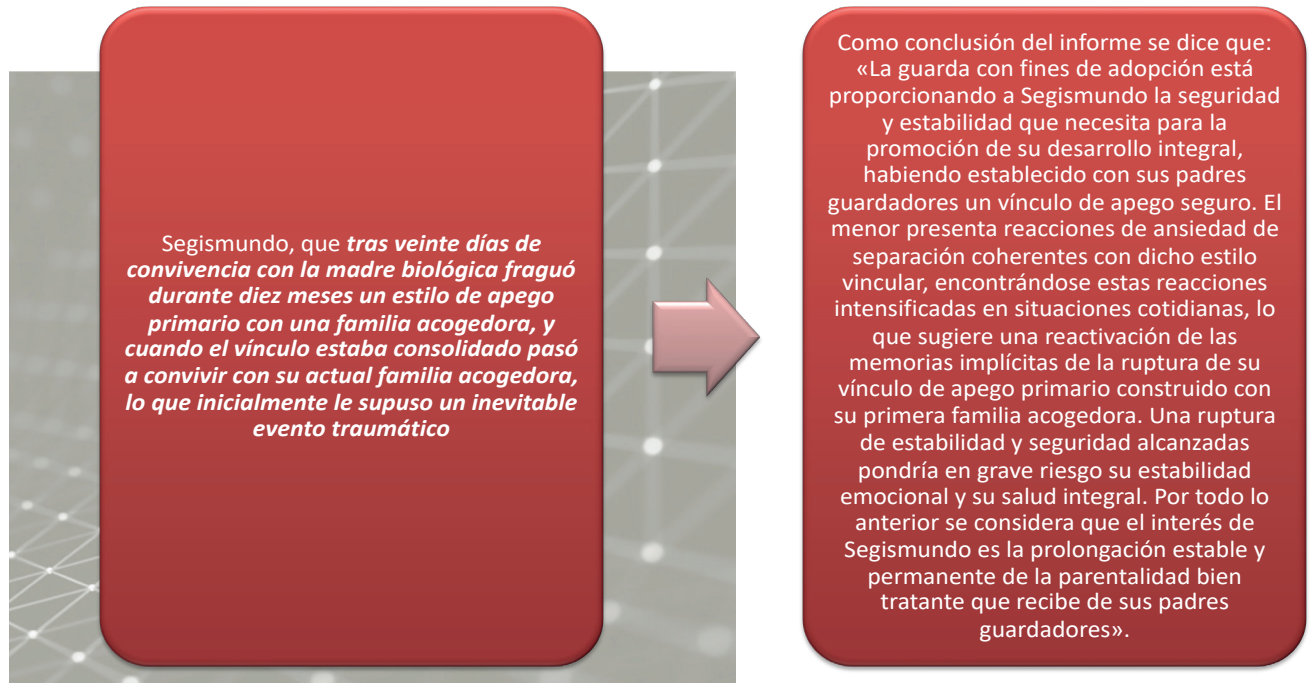
STS 281/2023, de 21 de febrero

- Todo ello, unido a la situación actual del niño en su familia de acogida, con la que convive poco después de su nacimiento, en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno de Cosme con sus progenitores, en el cuadro contextual antes descrito, le produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo, contraria a su prevalente interés superior.
- Siendo este último, "la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos" (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2).

STS 281/2023, de 21 de febrero

- i) **La total integración de Cosme en su familia acogedora**, con la que lleva conviviendo ininterrumpidamente desde el 30 de junio de 2021.
- ii) **La carencia de habilidades parentales de los padres biológicos, los antecedentes respecto de sus otros hijos declarados en desamparo** (Eva, Estela y Marcial) y **la falta del seguimiento del embarazo de Cosme**, extremos estos ya reconocidos por la sentencia recurrida.
- iii) **Los conflictos y mala relación existente entre doña Serafina y don Baldomero**, derivados del hecho de que, durante la sustanciación del proceso, Serafina quedó embarazada de otra persona de nacionalidad marroquí.
- iv) **La situación de total inestabilidad familiar que presentan actualmente los progenitores biológicos.**
- v) **La falta de madurez y de responsabilidad puestos de manifiesto por doña Serafina en sus relaciones con el tal Richi**, hallándose embarazada de nuevo de este último. La nueva pareja de la recurrida se opone además a la actuación administrativa.
- vi) **La irrupción de la nueva pareja de Serafina** y las nuevas responsabilidades respecto del nuevo hijo, desde sus constatados déficits en habilidades como madre, con la consiguiente intensificación de la complejidad de las relaciones familiares.

STS 1671/2024, DE 13 DE DICIEMBRE: OPOSICIÓN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS



MEDIDAS DE PROTECCIÓN

- El retorno del menor con sus padres no es un principio absoluto e incondicionado.
- En particular, en materia de menores, el propio legislador pone énfasis en la relevancia de los informes periciales por profesionales expertos cuando en el art. 2.5, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ordena que: "toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas **garantías del proceso** y, en particular: *"[...] b) la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos"*.
- En el caso que ahora juzgamos *la pericial proviene del ámbito de la psicología, que es una ciencia de la conducta acostumbrada a realizar juicios de predicción del comportamiento humano, y más concretamente de la psicología infantil, que analiza el comportamiento del niño y la niña desde su nacimiento hasta la etapa de la adolescencia*, periodo de tiempo que deviene fundamental para el desarrollo ulterior de la personalidad de los menores y su integración en el mundo de los adultos, y cuyo valor como tal ciencia no se puede ignorar como desde luego no hace este tribunal.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

- [...] tomamos en consideración que el niño ya ha experimentado en su armonía vital los cambios derivados, primero, del escaso contacto con la madre biológica, que para el niño es una extraña, posterior cuidado por la administración protectora, seguidos del cuidado por la familia de acogida y luego por la actual familia para la adopción. No se comprende cuál puede ser el beneficio que resultaría para el niño de la posibilidad de iniciar un nuevo ciclo de retorno con su madre ni con el sometimiento a una nueva dilación temporal *sine die* en la decisión sobre su integración familiar.
- No podemos olvidar que debemos atender al interés superior del niño, interés que debe prevalecer frente a los otros concurrentes, y en este caso es innegable el irreversible efecto del transcurso del tiempo en el desarrollo de Segismundo (art. 2.3, apartado c, de la LO 1/1996), que cumplirá cinco años el próximo NUM001 de 2025, auténtica víctima de la situación vivida a la que, desde luego, en modo alguno ha sido ajeno el comportamiento de la madre antes analizado.

CUSTODIA TÍA PATERNA

- **STS 984/2023, de 20 de junio:** (madre en búsqueda y captura y proceso criminal abierto por sustracción de menores y padre pendiente juicio por violencia de género).
- En virtud del principio del interés superior de la menor, la atribuye a **tía paterna** de la menor con carácter temporal, la cual manifestó su conformidad al respecto, requerida por el tribunal, dada la implicación de la madre en la sustracción de la menor cuyo paradero se ignora y el padre inmerso en procedimientos de violencia de género, sin perjuicio del régimen de comunicación con la niña que, en su caso, se acuerde con respecto a su padre y madre, en ejecución de esta sentencia, una vez que la menor pueda ser localizada y sometida a decisión judicial.

RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PADRE

- STS 237/2025, de 12 de febrero.
- Se fijó un régimen de visitas a favor del padre conforme al cual podía estar en compañía de la niña los fines de semana alternos, sábados y domingos, sin pernocta, desde las 11:00 horas hasta las 19:00 horas, efectuándose las entregas y recogidas de la menor en el PEF.
- Las medidas relativas a los hijos menores de edad deberán inspirarse necesariamente **en su interés superior**.
- Opera como **verdadero principio de orden público** con todas las connotaciones que conlleva
- Es la **consideración primordial** a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores.
- Actúa como **contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad** de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor.
- Esta sala ha destacado la importancia que tiene la fijación del régimen de comunicación entre los progenitores y sus hijos **como mecanismo para mantener los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones parentales** (STS 1149/2024, de 18 de septiembre).
- Es, por otra parte, **un derecho de doble titularidad**.
- Debe asegurarse que tanto la **función paterna como la materna estén garantizadas**, porque ambas funciones precisa el niño para el desarrollo emocional.
- El niño **no puede ver cortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente por causa de las diferencias entre dichas personas**.

RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PADRE

- STS 237/2025, de 12 de febrero.
- Señala la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la **«[d]esintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez»** (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto Scozzari y Giunta c. Italia, § 148).
- Constituye, pues, interés del niño que **los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada**. De ello se infiere que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que **se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, «reconstruir» la familia** (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto Gnahoré c. Francia, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto Jansen c. Noruega, § 88-93).
- Lo expuesto no significa, sin embargo, **que no existan situaciones en las que el interés superior del menor exija la suspensión del régimen de visitas** y comunicación de los progenitores con sus hijos, las cuales son expresamente contempladas por el art. 94 III del CC, cuando norma que la autoridad judicial podrá limitar o suspender el régimen de visitas «[s]i se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PADRE

- STS 237/2025, de 12 de febrero:
- La *absolución del padre de la menor de los delitos de violencia de género* por los que había sido acusado.
- *Evolución favorable de las relaciones padre e hija*, tal y como resulta de los informes del PEF.
- *PEF estima beneficiosos los encuentros entre la menor con padre y abuela.*
- Se constatan las *habilidades parentales del recurrente para atender a las necesidades tanto físicas como emocionales de la menor, la interacción positiva entre ellos, así como con la abuela paterna.*
- Todo ello unido, además, al *interés sincero del padre de mantener los contactos con la menor* mediante sus desplazamientos a DIRECCION000 para comunicarse con su hija.
- *No existen indicios* de ninguna clase relativos a que los contactos padre e hija puedan de alguna forma *incidir negativamente en el ulterior desarrollo de la personalidad de la niña*
- La niña cuenta ya *con cuatro años.*
- Otro dato, igualmente favorable, es la *disposición de una vivienda en localidad próxima al domicilio de la niña* para poder comunicarse con su padre los fines de semana.
- *Fines de semana alternos, desde el viernes a las 19 horas hasta el domingo a las 19 horas, con entrega en el punto de encuentro y con pernocta con el padre.*
- Consideramos también prudente la medida interesada por el Ministerio Público de reevaluar la situación cara a la ampliación del régimen de visitas y su fijación en periodos de vacaciones, lo que se acordará, en su caso, en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes, transcurrido un periodo de cuatro meses desde la fecha de esta sentencia y con los informes que el juez considere oportuno recabar a tales efectos.

RÉGIMEN PROGRESIVO EN MANOS DE TÉCNICOS DEL PUNTO DE ENCUENTRO

- No podemos aceptar, sin más, el régimen progresivo acordado por el tribunal provincial, que deja en manos de los técnicos del Punto de Encuentro la ampliación del régimen de visitas, que opera de esta forma sin un efectivo y real control judicial. *Habrà de ser una resolución judicial, adoptada tras audiencia de las partes, la que en su caso establezca la ampliación del régimen de comunicación entre padre e hijo, (STS 33/2024, de 11 de enero y 1149/2024, de 18 de septiembre y 1251/2025, de 16 de septiembre).*

RÉGIMEN DE VISITAS

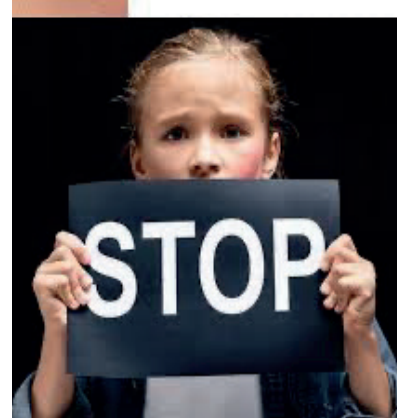
- **STS 33/2024, de 11 de enero;**
- Dadas las circunstancias del caso, que son variadas y de difícil apreciación, siendo ardua la labor de ponderación y compleja la estimación del interés superior de los menores, es claro que la sentencia recurrida no atiende debidamente dicho interés, ya que, como señala el fiscal, **los cambios de fase en el régimen de visitas y el paso a un sistema de pernoctas no puede quedar en manos del PEF y llevarse a efecto sin un previo y riguroso control judicial.**
- **Debe ser el tribunal el que decida, contando con los informes técnicos oportunos y tras oír a las partes y a los menores, cómo y en qué medida debe progresar el régimen de vistas,** actuando siempre de la forma más conveniente y ajustada a la defensa y preservación del interés superior de estos últimos, que no se satisface con la decisión adoptada, ya que el sistema progresivo al que somete el régimen de visitas no está sujeto a un control judicial cuidadoso y verdaderamente efectivo que debería ponderar y sopesar antes de pasar de una fase a otra y, sobre todo, antes de establecer un sistema de pernoctas, como también advierte el fiscal, el riesgo de que puedan repetirse hechos similares a los que fueron objeto del procedimiento penal, la intranquilidad y desasosiego que las pernoctas pueden generar en los menores, y el grado de mejora en las habilidades parentales del padre, cuya asistencia al Programa de Orientación e Intervención Familiar se consideraba en los informes social y psicológico mencionados con anterioridad "extremadamente necesario".

MADUREZ PARA AUDIENCIA MENOR

- **STS 984/2023, de 20 de junio:**
- No es fácil para los órganos jurisdiccionales determinar cuándo un niño o una niña **tienen suficiente madurez, cuando son menores de 12 años**, para ser oídos en un procedimiento judicial, máxime cuando los **ritmos de madurez no son sincrónicos**; por otra parte, la madurez es un **constructo multidimensional**, en que influyen una pluralidad de factores, que se encuentran además **condicionados por las demandas de situación y experiencias vividas**, que conforma una manifestación de **madurez psicosocial**, que se aprecia en ciertos niños cuando han experimentado o se han enfrentado a acontecimientos adversos.

SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

- **STS 625/2022, de 26 de septiembre:** “[...] 3.3 El interés preferente del menor puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos . . . pues las medidas que deben adoptarse al respecto “son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor” (STS 170/2016, de 17 de marzo).
- (I) Los episodios de violencia de género.
- (II) Las características patológicas de la personalidad del demandado y las correlativas dificultades de control de los impulsos y su reticencia a los tratamientos.
- (III) Su desinterés parental.
- (IV) La falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor, enfrentarse a las carencias del demandado en el desempeño del rol de padre y características de su personalidad.
- (V) Prevalencia del interés superior del menor.



SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

- **STS 625/2022, de 26 de septiembre**
- “No consideramos, en el contexto descrito, que deba alterarse el orden lógico de las cosas, y, de esta manera, comprobar la evolución del padre en los contactos supervisados con su hija, asumiendo ésta los peligros ciertos que, para el desarrollo futuro de su personalidad, padezca, derivados de la falta de habilidades y condicionantes de la personalidad de su progenitor, en vez de que sea este, previamente, quien supere los actuales factores de riesgo que, notoriamente, concurren en su persona, para asumir el rol del padre en beneficio de la menor, aceptando el sometimiento a los tratamientos que precisa para superar las disfunciones que padece a los efectos de disfrutar un régimen de comunicación con su hija que le sea beneficioso a la niña y querido por su progenitor”.



SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS

- **STS 129/2024, DE 5 DE FEBRERO:**
- 1) Manifiesto **desinterés** del padre por mantener relaciones con su hija desde hacía cuatro años, y sólo instadas al ser judicialmente demandado. Comportamiento previo inadecuado.
- 2) Las **connotaciones de la personalidad del padre** que "cuenta con un bajo control de impulsos" y un elevado umbral de agresividad.
- 3) La existencia de **episodios previos de violencia de género** con la causación de lesiones de entidad contra la demandante. Su relato, según el informe psicosocial, está lleno de "impropios hacia su pareja". **Problemática retenida no resuelta**. Incluso, el Ministerio Fiscal informa **de otra conducta de violencia de género contra una nueva pareja**, por la que fue condenado.
- 4) El **riesgo de la proyección y comunicación de dichos juicios peyorativos hacia la niña** es real y manifiestamente contrario a sus intereses.
- 5) El informe pericial **descarta que el padre cuente con las habilidades mínimas para la atención de la menor**, de manera que constituye un riesgo el establecimiento de un régimen de custodia convencional.
- 6) **No consta tome la medicación pautada para su falta de control de los impulsos**. Incluso, llega a ocultar su patología psiquiátrica.
- 7) La niña, al dictarse la sentencia por la audiencia, contaba tan solo con 8 años, lo que coloca a la menor en una **situación de manifiesta vulnerabilidad**, cuando, además, por su corta edad, carece de los resortes precisos para controlar una situación como la concurrente, con evidentes riesgos de repercusiones dañinas en el ulterior desarrollo de su personalidad

SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS

- **STS 915/2024, de 26 de junio:**
- (i) La **condena penal del demandado como autor de tres delitos de violencia de género**, bajo la modalidad de maltrato habitual.
- (ii) No fueron los expuestos hechos aislados, sino que **responden a un consolidado patrón de conducta**, que el informe sociofamiliar valora con características de **cronicidad, sin indicadores de evolución favorable**.
- (iii) El **padre no ha interiorizado las consecuencias de su conducta y los daños que genera su comportamiento a sus propios hijos**. Llevó a efecto un curso de reinserción, que valora como negativo, ya que no le produce beneficio alguno: "sólo se habla de emociones y escucho problemas de los demás, yo ya tengo bastantes";
- (iv) Son evidentes **las faltas de habilidades del demandado para asumir el rol de padre** con respecto a sus hijos; precedentemente su figura ya se hallaba ausente en la crianza y rutinas diarias de los menores. Lejos de constituir punto de apego y referencia para sus hijos aparece vinculado a emociones y percepciones negativas.
- (v) La **existencia de malos tratos psíquicos con respecto a los menores**, los refiere la propia sentencia de la audiencia cuando transcribe algunas de las palabras que el demandado pronuncia, y que valora como comentarios despectivos y humillantes, desvalorizaciones y desprecio hacia su hijo mayor que le sirve de interlocutor, y que excluye además sean proferidas como broma en atención a la edad de su hijo y su habitualidad.
- (vi) En el informe pericial se aprecian en **el hijo mayor indicadores compatibles con los efectos que la violencia de género produce en los niños y niñas**:
- (vii) El informe refleja que "hay datos de interés pericial suficientes compatibles con **maltrato psíquico a través de actos verbales y no verbales, que degradan a su hijo [...] y de la transmisión de valores morales antisociales**".

SUSPENSIÓN RÉGIMEN VISITAS

- STS 1695/2024, de 17 de diciembre
- «[e]l apelante y su madre sienten un profundo rencor frente a la apelada y **no se recatan de mostrar sin tapujos en el curso de las estancias con los niños el desprecio que les merece dicha progenitora**; es posible que el apelante no sea consciente del daño que tal actitud causa a los menores o, peor aún, que no le importe su sufrimiento».
- Continúa su razonamiento la audiencia **que los hijos son reticentes a los contactos con el padre dado que «[l]es hace revivir tensiones por las que llegaron a precisar tratamiento médico»**. En la tesisura expuesta, concluye el tribunal, que **«[c]onsidera necesario que el apelante reciba ayuda especializada para reanudar el contacto con sus hijos»**, que lo limita a la intervención del PEF, sin razonar si lo reputa suficiente y en qué medida para superar un patrón de conducta de varios años de evolución y que, sin otros datos, parece enquistado.
- Por último, señala la audiencia, que **cuenta con menguados datos para dirimir el dilema objeto del proceso**, y de su motivación resulta que el argumento decisivo, para establecer el régimen de comunicación entre el padre e hijos, consiste en **que «[e]s más que previsible que la interrupción prolongada del contacto entre todos ellos debilite progresivamente el vínculo, de manera que, de no invertirse ese escenario a corto plazo, al final acabe perdiéndose de una forma irreparable»**. Razonamiento que, como señala el Ministerio Fiscal, su generalización impediría siempre la posibilidad de suspensión del régimen de visitas.

SUSPENSIÓN RÉGIMEN VISITAS

- STS 1695/2024, de 17 de diciembre:
- Se casa sentencia, se decreta **su nulidad, con retroacción de las actuaciones a los efectos de que se dé a los menores la oportunidad de ser oídos y se recabe dictamen de especialistas**, para posteriormente se pronuncie, de nuevo, el tribunal, de forma motivada, con respecto a si el interés superior de los menores, en las circunstancias concurrentes, aconseja mantener el régimen de comunicación entre padre e hijos o suspenderlo. Se deberá dictar sentencia, con libertad de criterio, con la menor dilación posible y bajo la motivación reforzada que exige la ponderación de los intereses de los menores

CUSTODIA COMPARTIDA Y SITUACIONES DE HECHO

- **STS 556/2022, de 11 de julio**, que precisa no puede considerarse justificación razonable en contra de la custodia compartida, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues ello sería tanto como petrificar las relaciones familiares (sentencia 404/2022, de 18 de mayo), por lo cual se estiman los motivos del recurso.



DE CUSTODIA MONOPARENTAL A COMPARTIDA

- **STS 404/2022, de 18 de julio**, en un caso de cambio de circunstancias derivado de la edad de la menor, así como la absolución del padre de los cargos por violencia de género formulados contra él, no existiendo incidentes entre las partes en los últimos tres años.



DE CUSTODIA MATERNA A COMPARTIDA

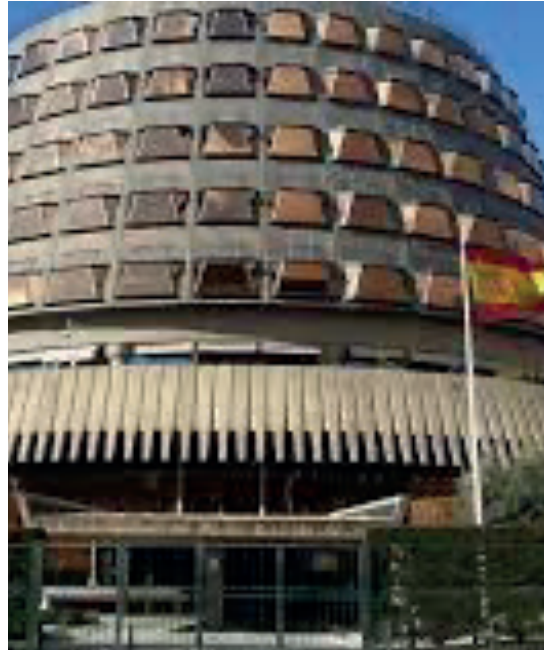
- **STS 1645/2023, DE 27 DE NOVIEMBRE:**
- ***Episodio de violencia de género, se produjo por unos hechos acaecidos hacía cuatros años***, y la pena impuesta fueron cumplidas a fecha 19 de febrero de 2020.
- Desde que se ***fijó la custodia materna en 2010, cuando el hijo contaba con 10 meses de edad, han transcurrido trece años.***
- Las ***relaciones del padre con su hijo son buenas***, como así resulta del informe psicosocial. El menor, incluso, exterioriza su deseo de ampliar los contactos con su progenitor.
- En dicho ***informe se considera que ambos litigantes son idóneos para ocuparse del hijo común, y se constata la intención real y seria del padre de participar en el cuidado y atención del niño.***
- ***Tampoco existe riesgo de que el menor con el demandante no reciba el tratamiento preciso para su enfermedad*** y, de esta manera, descuide la atención requerida por la patología que padece.
- ***Las diferencias entre los padres no trascienden al menor.*** Vienen constituidas, fundamentalmente, por episodios puntuales relativos a una discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, nacida de la solicitud de la doble nacionalidad del niño (española y rumana), subjetivamente vivenciada por el demandante como riesgo y correlativo temor del traslado del menor al país del que la madre es nacional y pérdida de la relación con el niño; por otra parte, la denuncia por coacciones fue sobreseída.
- La sentencia del ***juzgado fijó un régimen de visitas muy intenso*** con una distribución prácticamente igual de la custodia del niño entre sus padres.

CUSTODIA COMPARTIDA Y DESAVENENCIAS ENTRE LOS PADRES

- **STS 545/2022, de 7 de julio** expone la reiterada jurisprudencia según la cual, para establecer un régimen de custodia compartida ***“no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer concurrentes*** (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero y 404/2022, de 18 de mayo, entre otras).
- En las situaciones conflictivas, como la actual, hay una fuerte evidencia de que los ***altos niveles de conflicto post divorcio son perjudiciales para los hijos***. Como criterios para poder aceptar una custodia compartida en estos casos, según las recomendaciones de Emery (2005) dadas con la finalidad de evitar daños a los niños es necesario que el conflicto esté contenido.
- Las ***conflictivas relaciones entre los progenitores***, constatadas en el dictamen obrante en autos perteneciente a la psicología, como ciencia de la conducta que permite hacer predicciones razonables del comportamiento futuro de las personas, se han visto corroboradas por el devenir de los hechos, toda vez que la prueba documental aportada evidencia las ***discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico a que se encuentra sometida la recurrente*** por las conflictivas relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia, que propició en su día la ruptura entre ellos, al trascender sobre los hijos. En definitiva, ***el conflicto no se encuentra retenido, sino sigue vivo y latente.***

GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA (VIOLENCIA DE GÉNERO)

- Se planteó **cuestión de inconstitucionalidad por medio de ATS de 11 de enero de 2023, en recurso de casación 8870/2021**, del art. 92.7 CC, pendiente de admisión por parte del Tribunal Constitucional.
- La precitada cuestión se planteó sobre la eventual oposición de dicho precepto **con respecto a los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad; 8 CEDH, que protege la vida familiar; 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el art. 10.2 CE.**



PARTICULARIDADES DEL CASO: INCIDENCIAS PROCESALES

- **Demanda presentada madre 2018:** divorcio, guardia y custodia materna, derecho de visitas a favor del padre. Hijo nacido 2015. Padre en la contestación interesa custodia compartida. **Ninguna indicación de episodios de violencia de género.**
- **Sentencia 529/2020, de 25 de noviembre**, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Palma de Mallorca, se acordó la custodia compartida del menor, por semanas alternas, cada progenitor se haría cargo alimentos del hijo en periodos de convivencia. Los progenitores son policías nacionales con retribuciones de similar cuantía. Se basó, para ello, en el amplio y completo informe psicosocial que así lo aconsejaba.
- La **sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca**, que dictó **sentencia 402/2021, de 30 de julio**, que confirmó la pronunciada por el juzgado.

PARTICULARIDADES DEL CASO: INFORME PERICIAL

• INFORME PERICIAL PSICOLÓGICO:

- Según la tutora escolar del menor, **"Gustavo es un niño feliz, alegre y contento, que destaca en todas las áreas, y que es muy participativo. Refiere que es un niño 10"**. Que venga el progenitor que venga a buscarlo al colegio "el niño se desvive por ellos".
- Se hace constar, igualmente, que el menor **presenta vínculos afectivos seguros tanto con su padre como con su madre**. Expresa que le gusta estar con mamá y con papá. Dibuja corazones refiriéndose a su padre y a su madre. A la instrucción de que dibuje a su familia, dibuja a su madre, a su padre y a él mismo, contentos y sonrientes.
- En los **domicilios de ambos progenitores cuenta con dormitorio para él solo, confortable, con armarios provistos de ropa y juguetes**. Se observa en el menor un comportamiento adoptado y ajustado en ambos ambientes.
- La relación de Gustavo con cada progenitor **es totalmente correcta y sin tensiones**. El menor se muestra relajado, cómodo y seguro con ambos.
- **No se aprecian signos de inestabilidad emocional o sufrimiento en el menor con ninguno de los progenitores**.
- En las conclusiones, tras la práctica de la correspondiente batería de tests, entrevista con los litigantes y con terceros, así como examen del niño, concluye la perito que **ambos progenitores presentan un adecuado ajuste psicológico general, que existe un vínculo afectivo entre ellos y el menor, que ambos reúnen actitudes parentales para ofrecer al menor un apego seguro y cubrir sus necesidades físicas y emocionales, sin que se observen rasgos de vulnerabilidad en el niño provocados por el proceso de separación**.
- La motivación del padre para ostentar la guarda y custodia de su hijo **responde a un interés real** por participar más activamente en su educación. No obstante, existe **una comunicación deficitaria entre padre y madre, que debe ser corregida**.

PARTICULARIDADES DEL CASO: ACTUACIONES PENALES

- Con fecha **30 de noviembre de 2020**, la actora presentó denuncia contra el demandado por haber sufrido por parte de éste una supuesta agresión física. Por tales hechos **se incoaron diligencias previas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Palma de Mallorca**, que dictó **auto de archivo**.
- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la denunciante, que **fue estimado por auto n.º 178/2021, dictado por la sección segunda de la Audiencia Provincial**, al entender que la valoración de las declaraciones contradictorias de ambas partes debía someterse al crisol del juicio oral.
- Con base en ello, la demandante **formuló petición de aclaración y complemento de la sentencia 402/2021, de 30 de julio**, pronunciada por la audiencia. El tribunal dictó **auto de 4 de octubre de 2021**, en el que completó la referida sentencia en el sentido de que el auto de archivo de las diligencias previas penales, dictado por el Juzgado de Violencia de la Mujer, fue revocado por otro de la sección segunda de la Audiencia Provincial.
- Por medio de **auto de 24 de noviembre de 2021**, en procedimiento 1231/2021, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de dicha isla que, en congruencia con aquella resolución, **transformó las diligencias previas en procedimiento abreviado por delito del art. 153 del Código Penal**, en el que, sin adopción de medidas personales, se hizo constar que indiciariamente resultaba que:
- "[...] el día 30 de noviembre de 2020, sobre las 13.50 horas, Araceli y su expareja Eloy coincidieron en el centro escolar Colegio DIRECCIÓN000, al que acude el hijo Gustavo, y en las inmediaciones del vehículo de Araceli **mantuvieron un forcejeo por la mochila que tenía el menor, llegando en el curso de ese forcejeo Eloy a propinar varios golpes en el antebrazo izquierdo a Araceli, sin llegar a ocasionarle lesión**".

PARTICULARIDADES DEL CASO: RECURSO DE CASACIÓN

- **Recorre en casación la demandante, por infracción del art. 92.7 CC**
- El MF solicita la estimación del recurso, dado que el proceso penal en curso razona el Ministerio Público, no permite una guarda y custodia compartida en aplicación del art. 92.7 CC.
- Durante la sustanciación del recurso de casación, se presentó testimonio de otro **auto 111/2022, de 6 de mayo, dictado por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca**, en el que se desestimaba la designación de un coordinador parental interesado por el padre, en el que consta:
- "Tal y como indica el auto apelado resulta acreditado que **ambos progenitores están ejerciendo correctamente la guarda y custodia sobre el menor Gustavo, configurada en virtud de sentencia de 25 de noviembre de 2020** del Juzgado de primera instancia nº 3 de Palma (confirmada por la Audiencia Provincial en fecha 30 de julio de 2021), como una guarda y custodia compartida por semanas alternas. Tanto **Eloy como Dña. Araceli reconocen que el menor se encuentra bien en la actualidad, sin que desde el centro escolar o desde cualquier otro ámbito les hayan planteado la necesidad de que el menor acuda a tratamiento**".
- Al entender el tribunal, que los **desencuentros entre los padres no son graves, no constando afecten negativamente al niño, así como que alcanzaron acuerdos relativos al menor**, se estimó el recurso de apelación de la madre, y se dejó sin efecto la procedencia de designación de un coordinador parental.
- Providencia de **14 de octubre de 2022** audiencia a las partes planteamiento cuestión de inconstitucionalidad. El MF y el recurrid apoyaron el planteamiento de la CI en contra la recurrente.

PARTICULARIDADES DEL CASO: SU RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

- **Relevancia de la constitucionalidad del precepto en la decisión del presente recurso:** declarada la custodia compartida por las sentencias de primera y segunda instancia, el art. 92.7 del CC conduciría a la estimación del recurso de casación interpuesto, puesto que el demandado se encuentra incurso en un proceso penal por haber atentado supuestamente contra la integridad física de su pareja, al haberla golpeado en el antebrazo sin causarle lesión.
- Y, para casos como el reseñado, el mentado precepto establece imperativamente "que no procederá la guarda conjunta", sin juego del arbitrio judicial, para ponderar las concretas circunstancias concurrentes en un juicio de proporcionalidad con el interés superior del menor.
- **Los preceptos constitucionales que pueden colisionar con el mandato imperativo del art. 92.7 CC:** En la STC 106/2022, de 13 de septiembre (FJ 2), se ha reconocido la dimensión constitucional del derecho de visitas, comunicaciones y estancias con los hijos, desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia del art. 39. 2 CE.
- **El interés superior del menor reconocido por los tratados internacionales suscritos por España y el art. 10.2 CE.**
- **El interés superior del menor en la jurisprudencia como interés primordial, bien constitucional y de orden público.**
- **El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.**
- **El derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).**

PARTICULARIDADES DEL CASO: PRESUPUESTOS DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

- **El juicio de proporcionalidad**
- La circunstancia de que una norma legal afecte a un derecho fundamental no significa que sea inconstitucional. Solo lo será si esa incidencia en los derechos o principios constitucionales se manifiesta como desproporcionada. El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad, se articula en dos fases, como destacan, entre otras, las SSTC 60/2010, FJ 9, y 99/2019, de 18 de julio, FJ 6.
- **a) El primer control consiste en examinar si la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima.**
- Es evidente, desde esta perspectiva, que la protección de los menores se sitúa por delante del mantenimiento de relaciones familiares en aquellas situaciones de conflicto con riesgo para los derechos fundamentales de los niños y de las niñas a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE); pero también se contempla la protección de las mujeres en supuestos en los que sufran manifestaciones de violencia vicaria, encaminadas a causarles daños a través de los hijos e hijas menores de edad en los términos del art. 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- **b) Y el segundo control radica en revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado.**
- Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 99/2019, de 18 de julio, FJ 6), sucesivamente el cumplimiento de "la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

PARTICULARIDADES DEL CASO: JURISPRUDENCIA SALA CIVIL SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA

- Esta sala viene considerando, por ejemplo, en su sentencia 404/2022, de 18 de mayo, que:
- "[...] es reiterada jurisprudencia la que sostiene, en consonancia con los conocimientos y estudios que nos brinda la psicología, **que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en tanto en cuanto permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis**, siempre que ello sea factible y en cuanto lo sea.
- "Se pretende con ello **aproximar, en la medida de lo posible, el nuevo modus vivendi** (modo de vida), derivado de la ruptura de las relaciones personales entre los padres, **al previamente existente de convivencia común** en el hogar familiar, al tiempo que **garantiza a los progenitores la posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad de la que son titulares, así como participar, en igualdad de condiciones, en el desarrollo y crecimiento de los hijos**, de forma tal que **no se pierdan, ni se desvanezcan, los vínculos afectivos y seguros con sus progenitores cara a su ulterior integración en el mundo de los adultos, y la importancia que los modelos paterno y materno tienen para el desarrollo de la personalidad de los niños.**
- "En el sentido expuesto, reputando tal régimen de comunicación como constitutivo del interés del menor podemos citar las sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio; 559/2020, de 26 de octubre y 175/2021, de 29 de marzo, entre otras.
- "La custodia compartida se halla, pues, condicionada, como todas las medidas referentes a los a los niños y niñas, a la satisfacción de su primordial interés, y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: **1) se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores** (sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre, 175/2021, 29 de marzo; 870/2021, de 20 de diciembre y 238/2022, de 28 de marzo; entre otras)".

PARTICULARIDADES DEL CASO: CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES

- *En la demanda, en momento alguno se pone de manifiesto la existencia de una situación de violencia de género.* El primer dato al respecto surge de un ulterior incidente puntual, derivado de una discusión sobre la mochila del niño.
- Tampoco consta que *el menor haya sufrido consecuencia negativa alguna derivada de dicho acontecimiento, ni tan siquiera se dice lo hubiera contemplado.*
- *No existe el más mínimo atisbo de violencia vicaria,* y se descarta que el padre postule dicho régimen de estancia con su hijo con fines espurios
- En la STC 106/2022, de 13 de septiembre, se descartó la inconstitucionalidad del art. 94, párrafo cuarto del CC, con respecto al régimen de visitas, dado que, en el propio precepto, se establecía que, *no obstante, la autoridad judicial, en resolución motivada y en atención al interés superior del menor, podía establecer, en casos como el presente, un régimen de visitas,* comunicación o estancia con el progenitor incurso en un proceso penal iniciado por los mismos ilícitos criminales, o por la existencia de indicios de violencia doméstica o de género.
- el art. 92.7 del CC, en su redacción vigente, *no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado.* Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vede la custodia compartida.
- Con ello, *se subordina o posterga, sin posibilidad de valoración alternativa o tratamiento específico alguno, el interés de un menor.*
- Consideramos que *caben otras medidas alternativas menos gravosas, para la consecución de la finalidad legítima perseguida, como es el prudente arbitrio judicial para evitar situaciones como las que el precepto quiere prevenir,* siendo desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto *no permite entre en juego el principio del interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del art. 92.7 CC, y no ofrecer opciones resolutivas, como si hace el art. 94 del CC.*

PARTICULARIDADES DEL CASO: POSICIÓN DE LA SALA

- Las dudas de inconstitucionalidad no suponen de ninguna manera que, en la determinación del régimen de custodia compartida, esta sala **no tenga en cuenta las situaciones de violencia de género, o sobre los menores, o las dificultades derivadas de las malas relaciones entre los padres.** Así lo venimos considerando a través de una consolidada doctrina jurisprudencial, en el ejercicio de la función nomofiláctica y unificadora de la interpretación de los textos legales, de las que son expresión, por ejemplo, las sentencias 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero; 175/2021, de 29 de marzo, o 372/2021, de 31 de mayo, entre otras.

IMPROCEDENCIA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA (VIOLENCIA DE GÉNERO)

- STS 175/2021, de 29 de marzo: hechos probados sentencia penal, dictada durante la sustanciación del recurso:
- "[...] La relación entre ambos (litigantes) que ha durado 7 años y medio, en los últimos 5 años se ha ido deteriorando hasta devenir insostenible, con insultos continuos, de forma que **el acusado se dirigía a ella con expresiones como puta, zorra o pelarrabos**. De hecho, en 2015 Magdalena se marchó del domicilio al no aguantar la situación pero el acusado le pidió de forma reiterada que volviera a casa, cosa que hizo transcurridos 2 meses. Después de esa fecha la situación se fue agravando llegando el acusado a **despertar a altas horas de la madrugada a la niña de 6 años para decirle que su madre era una puta, y que se "había follado a Baltasar"**. El acusado ha intentado **limitar en la medida de lo posible los contactos de Magdalena con su familia, no permitiendo que tuviera dinero para viajar a Cáceres donde residía su madre, y no permitiendo tampoco que utilizase alguno de los vehículos del que él es titular**. No solo limitaba el uso del dinero para impedir que Magdalena se relacionara con su familia, de hecho Magdalena no contaba con dinero alguno y era el acusado el que iba a la tienda del pueblo a pagar la compra que su mujer efectuaba, debiendo pedirle ésta dinero incluso para comprar tabaco y obligándola el acusado a atender el ganado para conseguir ese dinero. El acusado además mantenía un control sobre el teléfono de su mujer. El acusado le ha venido diciendo a Magdalena que "qué pintas en esta vida, pues no te quiere nadie". Delante de amigos comunes ha manifestado expresiones como "yo con esa no voy que me da asco" (refiriéndose a Magdalena) o bien le preguntaba algún amigo: "¿tú no te la has follado? Pues si tú le pones la mano encima te la follas".
- Cuando Magdalena comenzó a pensar en la separación, el acusado **le decía que le iba a quitar a la niña**, pues ella no tenía nada, no tiene trabajo, ni dinero y que la niña se la iban a dar a él. Magdalena puso una primera denuncia en enero de 2018, denuncia cuyo archivo pidió pues el acusado la convenció para llegar a un acuerdo de separación en el que ella mantendría la guardia y custodia de la niña, pero como eso no se materializaba y Magdalena seguía angustiada con las amenazas continuas de que se iba a quedar sin su hija volvió a poner en conocimiento de los Tribunales la situación que estaba viviendo. Durante esos días posteriores a la primera denuncia, y mientras seguían conviviendo los 3 en el domicilio de DIRECCION001, el acusado le decía a la hija que tienen en común "tú tienes que ir a Cáceres hija, porque tu madre tiene la entrepierna caliente".
- Ante las peticiones de Magdalena pidiendo que no le dijera eso a la niña el acusado contestaba "si ella ya sabe lo puta que eres".

IMPROCEDENCIA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA (VIOLENCIA DE GÉNERO)

- STS 175/2021, de 29 de marzo: se deja sin efecto custodia compartida
- «En el caso presente, *no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales*, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, *sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora*, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, *con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito*. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente.
- Es, por ello, que *las circunstancias expuestas y el mal pronóstico de coparenting*, es decir la forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida, determina que no se considere procedente el fijado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

IMPROCEDENCIA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA (VIOLENCIA DE GÉNERO)

- STS 372/2021, 31 de mayo:
- **No nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo**, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales.
- **La demandante formula escrito de acusación contra el demandado**, en el que postula contra él una condena por un delito del art. 153.1 del CP, con solicitud de imposición de una pena de prisión de un año y prohibición de comunicarse y acercarse a ella a una distancia de 500 metros durante 3 años. Igualmente, el Ministerio Fiscal, regido por los principios de imparcialidad y legalidad, solicitó la condena del demandado por dicho delito.
- **La existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores** en beneficio de las menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero o 175/2021, de 29 de marzo), toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de los desencuentros propios de la crisis de convivencia (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 318/2020, de 17 de junio) generando un proceso penal abierto.
- Por otra parte, de la exploración de la menor, que cumplirá los 18 años de edad en el mes de noviembre del año en curso, resulta que, **tanto ella como su hermana, son proclives a convivir con su madre**, la cual además por razón del trabajo del padre (transportista), con ausencia, en ocasiones, de hasta dos días durante la convivencia semanal con sus hijas, cuenta con mayor disponibilidad para asumir el cuidado de la hija menor.

IMPROCEDENCIA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA (VIOLENCIA DE GÉNERO)

- **STS 1135/2026, de 13 de julio.**
- Cuando se dictó la recurrida, ya se habían dictado resoluciones por el orden penal declarando probado que el padre insultó a la madre con expresiones como «**toxicómana, ladrona, hija de puta**». No se trató de un acto aislado. Consta probado el desprecio del padre hacia la madre, y el tono vejatorio y humillante con que se ha dirigido a ella, contexto en el que resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, y es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan al hijo, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación al niño de un clima de lealtad mutua.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN ANTE EL EJERCICIO INADECUADO DE LA POTESTAD DE GUARDA EL ARTÍCULO 158 DEL C. CIVIL

Margarita Pérez-Salazar Resano

Magistrada especialista en familia, infancia y capacidad. Plaza 3, Tribunal de instancia de familia, infancia y capacidad de Pamplona.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y ENCUADRE DEL PRECEPTO.

II. EVOLUCIÓN DE LA REDACCIÓN DEL ART. 158 CÓDIGO CIVIL.

III. CONTENIDO ACTUAL DEL PRECEPTO. POSIBILIDADES LEGALMENTE PREVISTAS.

IV. MEDIDAS QUE PUEDEN ADOPTARSE AL AMPARO DEL ARTÍCULO 158 CÓDIGO CIVIL.

IV.-1 MEDIDAS CONVENIENTES PARA ASEGURAR LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS Y PROVEER A LAS NECESIDADES FUTURAS.

IV.-2 MEDIDAS PARA EVITAR PERTURBACIONES DAÑOSAS A LOS HIJOS EN EL CASO DE CAMBIO DE TITULAR DE LA POTESTAD DE GUARDA.

IV.-3 MEDIDAS NECESARIAS PARA EVITAR LA SUSTRACCIÓN DE LOS HIJOS MENORES POR ALGUNO DE LOS PROGENITORES O POR TERCERAS PERSONAS:

IV.3 a) prohibición de salida del territorio nacional salvo autorización judicial previa.

IV.-3 b) Prohibición de la expedición de pasaporte al menor o retirada del mismo.

IV.3.c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

IV.-4. MEDIDAS DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN AL MENOR Y A SU DOMICILIO O CENTRO EDUCATIVO O LUGARES QUE FRECUENTE.

IV.-5. MEDIDA DE PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN, ESCRITA, VERBAL O VISUAL POR CUALQUIER MEDIO CON EL MENOR.

IV.-6. MEDIDA DE SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, DE SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA GUARDA O DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES ESTABLECIDOS EN RESOLUCIÓN JUDICIAL.

IV.-7. CUALQUIER OTRA MEDIDA OPORTUNA PARA APARTAR AL MENOR DE UN PELIGRO O EVITARLE PERJUICIOS.

V. ASPECTOS PROCESALES DE LA SOLICITUD.

V.1.- Petición por el trámite de Jurisdicción voluntaria.

V.2.- Aplicación del artículo 158 del CC. en la fase de ejecución de Sentencia.

VI. CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN Y ENCUADRE DEL PRECEPTO

La aplicación de las medidas previstas en el art 158 del CC es amplia y variada. El propio precepto, en su último párrafo y en la actual redacción, ya establece que todas las medidas previstas en el mismo pueden adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal (mala redacción ya que un proceso penal también es judicial) o en un expediente de jurisdicción voluntaria. El Auto de la AP de Madrid, Sección 31, de fecha 30 de junio de 2023 establece respecto al mismo que es el precepto por excelencia de los intereses del menor; El legislador ha creado un sistema que, de forma rápida y eficaz, permite tutelar los intereses del menor, impidiendo cualquier actuación perjudicial para éstos. Su aplicación, dice la Audiencia, corresponde a situaciones de urgencia.

Las medidas del artículo 158 del CC abren un cauce procesal de carácter subsidiario, cuya utilización procederá cuando no exista un procedimiento específico y ordinario que permita tutelar los intereses de los menores, o cuando no pueda esperarse a un trámite ordinario largo; son un complemento o garantía del sistema de protección. Se faculta a los órganos judiciales a adoptar, incluso de oficio, las medidas y disposiciones convenientes para proveer a las necesidades de los hijos, evitarles perjuicios o perturbaciones dañosas y apartarles de cualquier peligro.

Su aplicación responde a los criterios que recoge la Ley de Protección Jurídica del Menor que expresamente dispone en su artículo 2 que en su aplicación “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir” y en su artículo 3, párrafo primero que precisa que “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna”.

Por su parte la Ley 26/2015 de 28 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia señala que “*Los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño y a la niña, contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras la niña o el niño se encuentren bajo la custodia de su padre o de su madre, de un representante legal o de una representante legal, o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*”.

La naturaleza de todas las medidas previstas en el precepto es cautelar y provisional y se deben adoptar solo si es necesario, por concurrir situaciones extraordinarias y de urgente necesidad, que comprometan o pongan en peligro de algún modo la integridad o la estabilidad del niño o niña y del adolescente.

Las medidas son amplias y pueden adoptarse, no solo frente a los progenitores sino, en algunos casos, frente a terceras personas. Tienen carácter multi jurisdiccional y han de adoptarse con flexibilidad procedimental.

Es un precepto con gran poder expansivo por el amplio elenco de medidas que contiene. En todo caso, aporta muchas posibilidades protectoras a los niños/as y adolescentes pero, la flexibilidad en su adopción no impide el que se sea riguroso en su petición y desde luego en su adopción. La petición de estas medidas no puede basarse en otros fundamentos diferentes a la protección del menor.

La SAP de la AP de Huesca de 2025 concreta bien las posibilidades y exigencias del precepto. Así, menciona que las previsiones contenidas en el art 158 CC participan más de las características de una medida urgente y cautelar, con duración puntual, caracterizado por su excepcionalidad y cita, en relación a este tipo de medidas el Auto el T.S de 29 de abril de 2011.

Destaca que el artículo tiene por objeto conferir flexibilidad a los órganos judiciales para acordar cuantas medidas se estimen pertinentes para garantizar la seguridad y el buen desarrollo de los menores, en situaciones de urgencia y al menos cierta estimable gravedad.

Es claro también que la respuesta debe ser ponderada y equilibrada para no causar más perjuicios de los que se pretenden evitar. Ha de cumplirse siempre que sea posible, con la participación de las partes implicadas. Informarse bien antes de adoptar las medidas. A veces es difícil acreditar las situaciones de perjuicio, riesgo o peligro y muchas veces es también complicado constatar la urgencia exigida. Evaluar la situación no siempre es fácil.

Con todo, permite actuar de forma rápida y amplia, con muchas vertientes y posibilidades.

II.- EVOLUCIÓN DE LA REDACCIÓN DEL ART. 158 C. CIVIL

El precepto se ubica en el Título VII del Libro del C. Civil Titulado “De las relaciones paterno filiales”. Concretamente en el Capítulo I que establece las Disposiciones Generales.

El artículo 158 del CC en su finalidad esencial, estaba ya en el texto original del C. Civil de 1889 y la primera modificación se introduce por la Ley 11/1981. La redacción inicial decía que el padre y, en su caso la madre, satisfarán los alimentos del hijo detenido; pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento donde se le detenga, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen oportuno. Se hacía referencia a la potestad correccional de los padres interesando la detención del hijo. Este modelo autoritario se modificó radicalmente por la citada Ley 11/1981 que establecía entonces una nueva redacción protectora pero mucho más escueta que se centraba en la posibilidad de adoptar medidas cautelares convenientes para prestación de alimentos y futuras necesidades del hijo, las disposiciones apropiadas para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en casos de cambio de titular de la potestad de guarda y una última mención a la posible adopción de disposiciones oportunas encaminadas a apartar a un menor de un peligro.

La Ley Orgánica de protección del menor, LO 1/1996, modifica el precepto 158 del C. Civil en su Disposición Final Cuarta, añadiendo un párrafo final que hace referencia a que todas las medidas previstas en el precepto, pueden adoptarse en cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de Jurisdicción voluntaria. La Exposición de motivos de dicha Ley resaltaba que la redacción se modificaba con la finalidad de ampliarla a todos los menores y a las situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno filiales y se hacen extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda. La Exposición de motivos precisa que debe consagrarse el principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos que afectan a menores, evitando perjuicios innecesarios.

La Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del C. Penal y del C. Civil sobre sustracción de menores, modifica el artículo 158 CC de nuevo en el artículo sexto. Esta Ley también modificó el artículo 103 del CC añadiendo un párrafo nuevo a la medida 1ª. En relación al artículo 158 CC, modifica el inicial apartado 3, que pasa a ser el número 4 con la misma redacción y contempla, en este nuevo apartado 3 que pueden adoptarse medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y enumera, como posibles medidas, la de prohibición de salida del territorio nacional sin autorización previa, la prohibición de expedición de pasaporte de un menor o la retirada del mismo.

La Disposición Final Primera de la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria establece una nueva modificación en el artículo, precisando la posibilidad de que las medidas previstas fueran adoptadas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

La Ley 26/2015 de 28 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modifica, en el artículo segundo, el artículo 158 CC. Es una importante modificación porque introduce, en el apartado cuatro, la medida prohibición de aproximación impuesta a los progenitores, tutores u otros parientes o terceras personas, respecto al menor o al centro educativo o a lugares que frecuente atendiendo al principio de proporcionalidad. En el apartado 5 introduce la posibilidad de prohibir la comunicación con el menor a progenitores, tutores, parientes o terceros por cualquier medio verbal o visual, atendiendo igualmente al principio de proporcionalidad. El apartado 6 se mantiene, en una redacción similar a las anteriores, respecto a poder adoptar cualquier disposición oportuna para apartar al menor de un perjuicio, pero añade la necesidad de garantizar que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. También contempla por primera vez que, en caso de posible desamparo del menor, el juzgado debe comunicar las medidas a la Entidad pública. La Exposición de Motivos de esta Ley 26/2015 establece que la reforma parte del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que pueden derivarse de rigideces o entorpecimientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores, tanto respecto del menor víctima de malos tratos, como en relación a los que, sin ser víctimas, pueden encontrarse en situación de riesgo. Con la nueva redacción del artículo 158 CC, dice la Exposición de Motivos, se posibilita la adopción de nuevas medidas como la de aproximación o la de comunicación en las relaciones paterno filiales.

La última modificación se realizó en la Disposición Final Segunda, punto 3 de la Ley Orgánica 8/2021. En la actual redacción del precepto, se introducen ampliaciones a las anteriores previsiones. Se prevé la medida de suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad, la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones. Se añade además que la audiencia del menor de edad pueda hacerse con auxilio de personas externas para garantizar que pueda ejercerse ese derecho por sí misma.

III.- CONTENIDO ACTUAL DEL PRECEPTO. POSIBILIDADES LEGALMENTE PREVISTAS

Como he precisado, el actual artículo 158 CC enumera una serie de medidas de carácter excepcional para la protección de los menores, compatibles con el resto de las medidas cautelares. Pueden adoptarse de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente (sin limitación de grado) o del Ministerio Fiscal. No menciona el precepto que puedan ser solicitadas por los propios progenitores, pero lo cierto es que así puede ser, por aplicación de lo establecido en el artículo 154 CC que, en su último párrafo, contempla que los progenitores podrán en el ejercicio de su función recabar el auxilio de la autoridad.

La adopción de las medidas podrá acordarse dentro de cualquier proceso civil, penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Pueden asimismo regularse desde luego en la orden de protección, sobre la base de la previsión del art 544 Ter apartado 7 de la LECrim, siempre que los intereses de los menores deban de protegerse de forma urgente e inaplazable. Se acordarán tanto cuando no haya ninguna otra medida o para modificar las ya previstas judicialmente.

Ha sido y es un precepto muy útil que ha dado muchas posibilidades a los Tribunales porque permite dar cobertura a situaciones que precisan de resoluciones inmediatas.

La actual redacción del artículo dice así:

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º 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.

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

3.º 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:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma.

Como vemos, algunas de las medidas son de contenido más patrimonial que personal, otras son medidas cautelares relacionadas con medidas personales y otras, como la prohibición de aproximación o de comunicación son medidas cautelares de orden penal que pueden adoptarse en un proceso civil.

Vamos a examinar las distintas medidas previstas.

IV.- MEDIDAS QUE PUEDEN ADOPTARSE AL AMPARO DEL ARTÍCULO 158 CODIGO CIVIL.

IV.-1 MEDIDAS CONVENIENTES PARA ASEGURAR LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS Y PROVEER A LAS NECESIDADES FUTURAS

Siguiendo la enumeración que realiza el artículo 158 del CC, la primera posibilidad es que puedan dictarse medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer las necesidades futuras del hijo, en el caso de incumplimiento de este deber por sus padres. Qué medidas pueden adoptarse sobre esta posibilidad. El artículo 103.3º del CC prevé que, como medida provisional, puedan adoptarse aquellas que garanticen el cumplimiento de las cantidades establecidas para la contribución a las cargas tales como depósitos, retenciones que puedan garantizar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge deba abonar al otro. El artículo 90 del CC, cuando regula el contenido del Convenio Regulador, precisa la posibilidad de que el juez o las partes puedan establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del Convenio. Por su parte el artículo 91 del CC, prevé que en las sentencias de nulidad, separación o divor-

cio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, se determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

Por tanto, entiendo que se encuadran aquí todas las medidas que puedan conducir al aseguramiento del pago de alimentos (retenciones en cuenta corriente, depósitos bancarios, embargo de salario, sueldo o pensión), así como en general aquellas encaminadas a proteger su patrimonio, para proveer a las futuras necesidades del hijo, como la administración judicial, depósito, formación de inventario. Incluso cabría la constitución de una hipoteca en garantía del pago. Destaca la medida de retención en origen de la pensión de alimentos fijada y que permite que la misma se ingrese directamente en la cuenta del acreedor/a desde la empresa o entidad que abona el salario al deudor/a.

Normalmente el contexto para la adopción de estas medidas será el incumplimiento del pago de una pensión de alimentos ya establecida en Sentencia, si bien es posible la adopción en Sentencia como una medida más, si ya se aprecia el riesgo de incumplimiento. Son por tanto medidas que pueden adoptarse con fundamento en el artículo 158 CC en fase de ejecución de Sentencia o en la propia Sentencia.

Puede haber también supuestos en que lo que se aprecie que ninguno de los progenitores va a poder atender a las necesidades vitales de sus hijos y ahí se podrán establecer otras medidas de garantía del sustento del hijo menor como regular la prestación por parte de abuelos u otros familiares siguiendo el orden legal. Si concurren circunstancias extraordinarias, como situaciones en que el menor quede huérfano de madre o padre por violencia de género o doméstica del otro progenitor, deberá resolverse quien gestiona la pensión de orfandad que perciba o la cantidad obtenida como responsabilidad civil del delito. En este sentido se pronuncia la SAP de Huesca de 25 de enero de 2017 que atribuyó a una institución tutelar la administración de la pensión.

IV.-2 MEDIDAS PARA EVITAR PERTURBACIONES DAÑOSAS A LOS HIJOS EN EL CASO DE CAMBIO DE TITULAR DE LA POTESTAD DE GUARDA

También podrán adoptarse las medidas que el artículo denomina, disposiciones apropiadas para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. Así se contempla en el apartado 2 del precepto. Entiendo que se refiere a aquellos supuestos en los que se produce una modificación que afecta a la titularidad de la guarda del menor, que normalmente la mantienen los padres pero que también la pueden ostentar terceros en su ejercicio, bien porque se haya adoptado alguna resolución por la Entidad Pública con medidas de acogimiento familiar o residencial o bien por existencia de situaciones de guarda de hecho. Creo que también puede ser precisa la adopción de medidas para la intervención de terceros en momentos concretos.

Entiendo que es una posibilidad importante en situaciones en las que los menores conviven con determinados guardadores de hecho, abuelos u otros parientes por las circunstancias que sean, y se plantea la conveniencia de que se continúe o finalice con esta guarda, bien a través de la tutela por aplicación de lo dispuesto en el art 234, párrafo 3º del CC o por que se inste como medidas definitivas el reconocimiento de la guarda de hecho para ese tercero.

La intervención con el menor sobre el que se han adoptado medidas de protección, especialmente el menor en desamparo, tiene desde luego sus particularidades, ya que el ejercicio de la patria potestad en lo que se refiere al contenido personal, pasa de los padres biológicos a un tercero, bien al director del centro donde se encuentra el niño, en los casos de acogimiento residen-

cial, o de los acogedores, en los casos del acogimiento familiar. El artículo 173.1 del CC impone a los acogedores la obligación de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. Respecto al menor con discapacidad se prevé que deberá continuar con los apoyos que viniera recibiendo o bien que se adopten otros más adecuados a sus necesidades

Esta previsión tiene importancia, porque estos terceros asumen el conjunto de las decisiones que han de adoptarse durante el periodo en que se mantiene el desamparo y, en consecuencia, su intervención.

Sería deseable una regulación más exhaustiva de esta materia que en la práctica da lugar a muchas dudas ya que los padres biológicos siguen siendo titulares de la patria potestad y en muchos casos, siguen manteniendo relación con sus hijos a través de visitas. El art 172 Ter C. Civil concreta que la finalidad ha de ser, si es posible, la reintegración en la propia familia. La regulación de dicho precepto debería completarse previendo la posibilidad de que los padres biológicos conservasen facultades de patria potestad. En este marco entiendo que la previsión del apartado 2 del artículo 158 CC nos permite adoptar alguna medida en estos casos, de ser necesario. Así, por ejemplo, permitir que los padres biológicos obtengan información académica de sus hijos, puedan tener acceso a un seguimiento escolar o a información médica. En el caso de los guardadores de hecho es importante también a veces hacer una regulación cautelar de su situación, adoptando medidas sin perjuicio de que puedan instar también medidas definitivas por el cauce del artículo 770 de la LEC.

Es también importante tener muy en cuenta los casos de guarda judicial a un tercero, porque ello tiene una clara incidencia en el ejercicio de la patria potestad y si las cosas no quedan claras en la Sentencia, son muy elevadas las posibilidades de conflicto posterior. En la mayoría de los casos en los que la guarda se atribuye a un tercero, no hay una previsión concreta sobre la incidencia de esa medida en la patria potestad. Resulta completamente inoperante que una persona asuma la custodia de un menor pero no tenga sin embargo posibilidad de participar de algunas decisiones relativas al niño/a, pese a que indudablemente le van a afectar. Por otro lado, tampoco parece correcto ni adecuado que, en el transcurrir de la vida con un menor, deba consultarlo todo a sus padres. Por ello, en estos casos las Sentencias que establezcan guardas a terceros deben entrar a regular qué implicaciones tiene esa la misma en el ejercicio de la patria potestad. El fundamento de las medidas previstas a este respecto en la Sentencia se encuentra en la previsión del artículo 158.2º citado. También es posible que en un expediente de Jurisdicción voluntaria se resuelvan peticiones concretas a adoptar en conflictos que surjan en los casos de guarda por tercero.

Ha de hacerse referencia a las llamadas parejas reconstituidas que aportan uno o varios hijos de uno de sus miembros o de ambos, y que conviven con ellos, ya que pueden tener conferidos derechos de responsabilidad parental sobre los mismos. Ese tercero, cónyuge o pareja de hecho, convive en el hogar con el menor y a su vez, en muchos casos, el otro progenitor no convive con el menor de forma habitual. En Europa existen ya normativas que reconocen esos derechos a los padrastros o madrastras. El Rto 2019/1111 favorece la regulación de esa situación. Así, se refiere a quiénes pueden ser titulares de la responsabilidad parental y expone que puede serlo cualquier persona física o jurídica para con ello contemplar las distintas posibilidades que dan las legislaciones de los Estados miembros.

En España no hay un reconocimiento legal en el derecho civil común de esta situación, pese a que cada vez es más frecuente que cualquiera de los progenitores o los dos, comiencen nuevas relaciones en un marco de convivencia estable. Esto genera una relación con el menor que puede prolongarse en el tiempo lo suficiente como para producir lazos afectivos sólidos que, aún sin constituir vínculo parental, si constituyen vínculo afectivo familiar. El Fuero Nuevo de Navarra si tiene una previsión en su Ley 50 sobre las familias reconstituidas, pero no prevé delegaciones de ejercicio de la patria potestad. Cataluña, desde la Ley 25/2010, si contempla en su art

236.14 CCCat las facultades del cónyuge o conviviente del progenitor para adoptar decisiones cotidianas u ordinarias o decisiones en caso de riesgo y contempla que, si hay desacuerdo, prevalece la decisión del progenitor. Los arts. 85 y ss. del CDFA regulan la autoridad familiar de personas distintas de los progenitores, fijando una serie de preferencias, que hay que entender se relacionan con la existencia de conflicto, y centradas en el ámbito de la convivencia con el menor con un contenido personal igual que la autoridad familiar de los padres exigiendo, para la administración de los bienes, el nombramiento de un tutor. En todo caso, a falta de otra regulación legal, si pueden surgir en estos contextos algunos conflictos que pueden ser resueltos adoptando medidas cautelares atendiendo a la previsión del art 158.2 CC.

La STS de la Sala 1ª de 29 de marzo de 2001 aplicó el artículo 158 del C. Civil para dar cobertura a unos guardadores de hecho, familiares del menor y lo hizo atendiendo al urgencia e inestabilidad existentes, como medida temporal. La SAP Barcelona, sección 12 de fecha 2 de Diciembre de 2019, sentencia 839/2019 atribuye la guarda a la abuela y suspende a la madre el ejercicio de la patria potestad y añade que *La potestad parental debe por tanto ser ejercida de forma que repercuta favorablemente sobre los menores, siendo la finalidad del ejercicio promover el pleno desarrollo de estos, estando previsto legalmente que la autoridad judicial pueda limitar las facultades de los progenitores en aquellos supuestos en que del ejercicio de la potestad parental se deriven perjuicios para los hijos o pueda preverse que su ejercicio pueda repercutir negativamente sobre ellos.*

La SAP de Cádiz de 7 de Julio de 2000, entiende que la guardadora de hecho tiene legitimación para interesar la guarda de su sobrina frente al padre por aplicación del artículo 158 CC. Expresa que debe mantenerse la custodia de la tía de la menor, que ejercía de guardadora de hecho, pues en interés de la misma no procede otorgarla sin más al padre biológico titular de la patria potestad, lo que le generaría incertidumbre

El Auto de la AP de Zaragoza sección 2ª 806/2017 de 14 de diciembre confirma la resolución dictada en un procedimiento de Jurisdicción voluntaria que atribuía a una hermana mayor la guarda de un menor de forma cautelar y se fundamentaba en el citado precepto 158.2 CC. La opción de acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria la acepta la Audiencia atendiendo a la necesidad de adoptar medida cautelar urgente.

Resulta muy interesante la Sentencia de la AP de Huesca, secc 1ª, de 22 de abril de 2025 que aplica la citada medida del artículo 158 del C. Civil a un caso que califica como excepcional y que ha servido para adoptar medidas de protección de carácter urgente, para modificar medidas de índole personal y familiar, adoptadas en el seno de un proceso matrimonial y en contra de lo resuelto en el mismo.

En todo caso, la alteración de lo ya resuelto judicialmente sobre régimen de custodia y visitas, debe realizarse con carácter restrictivo, razonando siempre la prevalencia del interés del menor con motivación reforzada y después de constatar, con una adecuada actividad probatoria, la existencia de un peligro del que debe ser apartado un niño/a o adolescente o la necesidad de atender a la regulación de unas medidas que lo protejan.

En los supuestos de maltrato al menor, si atendiendo a las circunstancias del caso no es posible mantener a los menores en compañía de uno u otro progenitor, se adoptarán medidas de protección al amparo del citado precepto.

IV.-3 MEDIDAS NECESARIAS PARA EVITAR LA SUSTRACCIÓN DE LOS HIJOS MENORES POR ALGUNO DE LOS PROGENITORES O POR TERCERAS PERSONAS:

Las medidas que al amparo de este precepto se contemplan son las siguientes:

- Prohibición de salida del territorio nacional salvo autorización judicial previa.
- Prohibición de la expedición de pasaporte al menor o retirada del mismo.
- Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Estas medidas, enumeradas en el art 158 CC apartado 3, se introducen por la Ley Orgánica 9/2002 de 10 de diciembre de modificación del C. Civil y C. Penal, que establecía las mismas de forma preventiva para evitar la sustracción de menores. Dicha Ley Orgánica modificó también el párrafo tercero medida 1ª del art 103 CC, de igual contenido, dentro de las medidas provisionales en las demandas de nulidad, separación o divorcio. En él aparece de forma explícita la posibilidad por parte del juez de acordar medidas preventivas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores de forma ilegal por parte de los progenitores o de terceras personas para ser llevados a país extranjero, sin que el otro cónyuge lo sepa o contra su voluntad, lesionando el derecho de guarda o el de visita.

Pueden instarse y adoptarse dentro de un proceso de medidas provisionales o definitivas cuando hay un fundamento para un pronunciamiento expreso sobre ello. También podrán interesarse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria para revertir una situación de hecho realizada por uno de los progenitores o para atender una situación concreta y urgente que exija una previsión así.

Es claro que no puede realizarse un cambio de domicilio del menor sin el consentimiento de ambos progenitores por disponerlo así expresamente el artículo 154 CC, tras la modificación realizada por la LO 8/2021 por la que se redacta esta facultad de los dos titulares de la patria potestad, precisando entre ellas, la de decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Sobre esta base, siempre que no haya acuerdo sobre el cambio de domicilio del menor, es precisa la autorización judicial.

Las dos primeras medidas contempladas son preventivas y debe existir para su adopción una justificación. La Ley Orgánica 10/1995 introdujo en el C. Penal figuras delictivas para prevenir la sustracción, pero la modificación del Código Civil con estas tres previsiones creo que atiende a los casos en los que uno de los dos progenitores ha actuado de hecho o cuando hay un riesgo de que lo haga.

Estas medidas pueden acordarse de oficio, a petición de cualquiera de los progenitores, terceros interesados o del M. Fiscal. En relación a la prohibición de expedición de pasaporte de un menor, legalmente prevista solo para ellos de forma expresa, debería poder extenderse a la prohibición de expedición o la retención o revocación, en circunstancias adecuadas, del pasaporte de un adulto, con la finalidad de eliminar una inscripción relativa a un menor. Sería útil también que pudieran adoptarse medidas, tales como la entrega del pasaporte de un menor o de un progenitor a la autoridad que corresponda durante el tiempo de la visita, porque puede constituir una salvaguarda efectiva contra la sustracción.

Ha de quedar claro que no en todas las situaciones de ruptura deben adoptarse medidas cautelares como las expuestas. El domicilio habitual o la residencia de un niño/a no puede modificarse sin la intervención de ambos progenitores, pero cualquiera de los progenitores puede viajar con su hijo/a en los periodos de estancia con él o ella, lo que normalmente ocurre en vacaciones. Si no afecta a los periodos de estancia con el otro no deberá pedir autorización judicial, salvo que sea un viaje a un lugar de riesgo. Si entiendo que hay obligación de informar. Hemos de partir del principio de libertad de circulación de las personas. Cuando se plantee una limitación a la salida por un tiempo de un menor (viajes a su país normalmente) deberá tenerse en cuenta para valorar el riesgo que exista de que no regrese, si hay o no arraigo familiar, social y económico en España del progenitor frente al que se adoptan las medidas cautelares, si cuentan con billetes de ida y de regreso, el país donde se van y las razones expuestas para el viaje. La STS 6441/2020 de 17 de diciembre de 2020 autorizó la salida del menor de España porque había vinculación con España y arraigo. Se partía de una resolución de La Audiencia Provincial de Vizcaya, en la que se confirmaba la denegación de adopción de medidas cautelares y mantenía que no procedía acordar medidas de prohibición de salida al extranjero de los menores, dejando sin efecto las

acordadas en resoluciones anteriores, así como la prohibición de expedición de pasaporte. Se añadía que, en cualquier caso, la salida al extranjero requerirá de autorización expresa de ambos progenitores o, en su defecto, autorización judicial. La Resolución del Tribunal Supremo indica que el riesgo que vertebra la petición de la medida cautelar ya había sido, por tanto, valorada, tanto por el Juzgado como por la Audiencia. La AP de Huelva en Resolución 141/16 de 16 de Marzo, expone que mantiene las medidas cautelares acordadas por el Juzgado porque no han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptar las medidas de prohibición de salida de las menores del territorio nacional sin autorización de ambos progenitores, así como las de retirada del pasaporte y prohibición de expedición de nuevos pasaportes, remitiéndose esta resolución, a efectos de evitar reiteraciones, a lo ya resuelto en la Sentencia, de fecha 02/07/13, dictada en el seno de los autos sobre medidas de hijos no matrimoniales. Confirman las medidas cautelares adoptadas los Autos de la AP de Madrid de 23 de junio de 2023 y de la AP de Valencia de 13 de Julio de 2022, en ambos casos argumentando el riesgo de sustracción.

Se suscita en muchas ocasiones la petición, a través de un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, de la autorización de cambio de domicilio de un menor con traslado a otra ciudad de forma definitiva. Se invoca a veces el artículo 156 CC y se plantea como discrepancia, pero en otras muchas se fundamenta en el art 158 CC, alegando que la medida es urgente, bien por inicio de nuevo curso, por situación laboral de quien pide el cambio o por otra similar circunstancia. La AP de Barcelona por auto de 31 de mayo de 2017 o la AP de Madrid por Auto de fecha 23 de junio de 2017 no admitieron a trámite la petición realizada por la vía de la Jurisdicción voluntaria, precisando que este procedimiento debía utilizarse para cuestiones concretas, pero no para un cambio general de medidas. Hay otras resoluciones que lo admiten; así, el Auto de AP de Madrid de 14 de noviembre de 2017 dice lo contrario y mantiene que no puede obligarse a las partes a ir a un proceso de modificación de medidas y que no puede aplicarse tanto rigorismo formal. Entre tanto en dicho caso, tras la resolución de la Audiencia admitiendo el expediente, se interpuso por la otra parte el procedimiento de modificación de medidas y por tanto se archivó de nuevo el procedimiento de Jurisdicción voluntaria.

La actuación preventiva en materia de sustracción constituye en mi opinión un elemento esencial en la protección de los niños/as y adolescentes. No solo resulta importante que las leyes prevean medidas, sino que éstas se adopten rápidamente y que sean eficaces, es decir, que se haga un seguimiento de su cumplimiento. Resulta esencial a este respecto el contenido de la guía de buenas prácticas dictada en virtud del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Dedicar un apartado a las medidas de prevención. Cuando se trata de Estados contratantes del Convenio puede buscarse a través del mismo información y apoyo por la oficina permanente. La propia Guía hace referencia a la necesidad de que las normas de derecho interno puedan establecer medidas al desplazamiento de los niños y niñas, bien de impedimento de la salida o de control de la misma, porque pueden ayudar a prevenir la sustracción.

En relación a la documentación de viaje, se incide en la exigencia de que ambos progenitores participen en la emisión de la documentación de viaje y atender a las normas sobre emisión de visados. Constituyen medidas preventivas, de acuerdo a la guía, la solicitud de controles fronterizos que verifiquen la documentación de viaje, siendo importante que se alerte del problema de la sustracción para implementar medidas preventivas adecuadas también en el establecimiento de régimen de visitas cuando se aprecia riesgo.

A este respecto son medidas eficaces de acuerdo a la Guía:

En relación a la Documentación de viaje:

- Implementar un sistema de alerta de pasaporte para avisar a una determinada persona si la solicitud de pasaporte se efectúa para un menor.

- Rechazar la emisión de un pasaporte para un menor o rechazar la inscripción del menor en el pasaporte de una determinada persona cuando hay un riesgo creíble de sustracción.
- Garantizar que las órdenes que impiden el desplazamiento desde una jurisdicción se transmitan a las autoridades que emiten los pasaportes para evitar que emitan el pasaporte a un menor.
- Dar competencias a las autoridades que emiten los pasaportes para inscribir avisos o condiciones en los pasaportes emitidos para menores.
- Las solicitudes de visados para progenitores y menores deberían poder considerarse separadamente.
- Debería advertirse a los progenitores que pretendan evitar la emisión de un visado para un menor que la obtención de un visado para entrar en un Estado puede permitirle la entrada en otros Estados en una región.
- En los supuestos en los que los menores tengan más de una nacionalidad el fomentar la cooperación entre oficinas consulares en relación a la emisión, retención y/o revocación de pasaportes es una medida preventiva útil.
- Una orden de interdicción de salida del territorio es un valioso mecanismo legal para evitar que un menor abandone una jurisdicción. Es beneficioso si la orden de interdicción de salida del territorio puede obtenerse con rapidez incluyendo *ex parte* y fuera de las horas normales de atención.
- Las órdenes de interdicción de salida del territorio deberían expresarse con claridad y precisión, teniendo en cuenta la posibilidad de que el menor o el adulto con más de una nacionalidad pueden viajar con el pasaporte de otro Estado.
- Las órdenes de interdicción de salida del territorio deberían transmitirse con rapidez a las autoridades correspondientes.
- El funcionamiento de sistemas de alerta portuaria/vigilancia es un mecanismo valioso para evitar que un menor abandone una jurisdicción. La información requerida para activar estos sistemas debería transmitirse a los puertos correspondientes sin demora.
- Fomentar la cooperación en los controles fronterizos facilita el compartir la información y los datos necesarios para hacer funcionar un sistema de alerta portuaria/vigilancia.
- La utilización de tecnologías modernas en las fronteras internacionales puede ser una manera altamente eficaz de evitar que una determinada persona abandone o entre en un Estado.
- Debería dárseles suficientes competencias al personal que opera en las fronteras, junto con los medios tecnológicos suficientes, para permitirles llevar a cabo sus funciones.

Ante un riesgo elevado de sustracción la guía prevé la conveniencia de fomentar acuerdos voluntarios y facilitar la mediación en los asuntos de custodia y visita y la necesidad de contar con medidas judiciales rápidas de control. Se indica igualmente que tener un enfoque restrictivo en los asuntos de petición de reubicación de menores en otro país puede tener un efecto negativo en el funcionamiento del Convenio de 1980, fomentando la sustracción.

IV.-4 MEDIDAS DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN AL MENOR Y A SU DOMICILIO O CENTRO EDUCATIVO O LUGARES QUE FRECUENTE

La posibilidad de adopción de esta medida de alejamiento ha de obedecer, al igual que ocurre cuando se adoptan en el orden penal, a una valoración de existencia de riesgo para el niño/a afectado por la medida. Prácticamente no hay supuestos de prohibición de aproximación a un menor en el orden civil o son pocos. Creo que esta posibilidad fue sin duda, la reforma de mayor calado realizada en el artículo y que introdujo la ley 26/2015. Se parte del principio

de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores. Las medidas de alejamiento e incomunicación adoptadas sobre la base de este precepto, son formalmente penales y se traducen en prohibiciones que alcanzan a la libertad deambulatorio –medida restrictiva de la libertad de circulación como derecho fundamental– y de comunicación de los progenitores, tutores, otros parientes y terceras personas, respecto del menor.

La medida de prohibición de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente constituye en realidad una orden de alejamiento. La prohibición de comunicarse con el menor, impedirá establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, de ningún tipo con él.

Son medidas normalmente centradas en el deber de protección a la menor víctima de los malos tratos, tanto físicos o psíquicos, agresiones sexuales o explotación, así como en relación con los que, sin ser víctimas directas, puedan encontrarse en situación de riesgo por estar expuestos la violencia de género o doméstica. Pero no toda medida de esta índole obedece a la existencia de un delito.

Están muy relacionadas con las modificaciones también operadas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Su adopción, en un proceso civil, penal o en uno autónomo de jurisdicción voluntaria, debe ponderar la adecuación de la medida pretendida y la situación objetiva de riesgo que se trata de evitar, teniendo en cuenta la proporcionalidad.

En realidad, pueden imponerse, tanto respecto a los progenitores como respecto a los tutores y otros parientes o terceros si bien esta mención a los terceros.

Al igual que ocurre en las medidas de alejamiento que pueden adoptarse en el proceso penal, debe concretarse si la prohibición es únicamente al menor o si se extiende la prohibición de acercarse también a su domicilio, a su centro educativo o a otros lugares que frecuente, que deberían precisarse para hacer efectiva la medida. Entiendo que en los casos de alejamiento al propio menor han de concretarse los metros y advertir de las consecuencias del incumplimiento. El Auto de la AP de Cádiz de fecha 30 de noviembre de 2020 puso a la madre una orden de alejamiento de la menor. En mi juzgado he adoptado una medida de prohibición de acercarse a un menor a la actual pareja del padre. También la prohibición de que la abuela materna se acerque al Punto de Encuentro familiar donde se llevan a cabo las visitas entre el padre y el hijo.

Han de adoptarse entiendo, bajo el criterio de la proporcionalidad, pero también de forma restrictiva.

Es interesante abordar las consecuencias del incumplimiento de la medida cautelar y en concreto si un incumplimiento doloso de la medida constituiría un delito del art 468 CP. El citado artículo dice así:

1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares,

no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses.

Parece que el punto uno del artículo no exige que la medida cautelar haya sido adoptada en la vía penal. El supuesto agravado del punto 2 si habla de pena o de incumplimiento de medida impuesta en los procesos criminales. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003 sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, se plantea si constituiría un delito del art 468.1 del C. Penal el incumplimiento de las medidas civiles adoptadas en una orden de protección y concluye que no. Se precisa así: *Paralelamente, se suscita la cuestión de cuál sea la responsabilidad penal que se deriva del incumplimiento de las medidas civiles acordadas en la orden de protección a tenor del apartado 7 del art. 544 ter. Se trata de medidas cautelares de orden civil que, en principio, encajarían en la mención genérica y sin mayor concreción que establece el art. 468 al quebrantamiento de «medidas cautelares». Ahora bien, dicha interpretación literal que abona la tesis de la comisión del denominado delito de quebrantamiento de condena del art. 468, no puede sin más ser admitida. Al redactarse dicho precepto se estaba pensando por el legislador en el quebrantamiento de medidas cautelares penales, no en otras. Que ello es así lo prueba la tipificación en otros preceptos del Código del incumplimiento de determinadas obligaciones civiles, como por ejemplo los delitos de impago de pensiones del art. 227 o de abandono de familia del art. 226. De ello cabe colegir que si el agresor incumpliere las medidas cautelares civiles (por ejemplo, no paga alimentos, no observa el régimen de visitas, etc.) no incurrirá en el delito del art. 468 sino, en su caso, en los ya citados delitos de los arts. 227 -impago de pensiones- o 226 -abandono de familia-, o en el de desobediencia si, además, concurrieran los requisitos fácticos exigidos por este tipo penal. Todo ello, sin perjuicio de que determinados incumplimientos de medidas civiles se solapan con el incumplimiento de medidas penales, así por ejemplo el incumplimiento de la medida civil de atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja puede coincidir con un delito del art. 468 si se acordó paralelamente la prohibición de residencia como medida cautelar penal. En realidad, sería el incumplimiento de esta última medida la que motivaría la aplicación del art. 468.*

Se trata por tanto de medidas cautelares de orden ordinariamente penal (prohibición de aproximación y de comunicación) limitativas de la libertad de movimiento, adoptadas en el ámbito civil. No obstante, la mencionada circular indica que el delito del art 468 CP está pensado para el quebrantamiento de medidas cautelares adoptadas en proceso penal. Por tanto, deberíamos concluir que el incumplimiento de las medidas citadas, adoptadas por el Juez Civil, no sería constitutivo de delito de quebrantamiento de medida cautelar, sin perjuicio de que pueda encajar en el delito de desobediencia, por ejemplo.

El Auto de la Sección 2ª de la AP de Guipúzcoa de 5 de diciembre de 2025 (Auto 375/2025), confirma la medida cautelar de prohibición de acercamiento al centro escolar impuesta por el Juzgado de Violencia sobre la mujer de San Sebastián a un padre, dentro de un proceso civil de Jurisdicción voluntaria. Esta resolución revoca la otra medida cautelar impuesta al padre, la suspensión de la patria potestad, pero confirma la medida civil de prohibición de acercamiento al centro escolar por un periodo de dos años. Centrándonos en la medida confirmada, apunto las razones que da la Audiencia para su establecimiento.

- Es una medida ponderada y adoptada sobre la base de una previa suspensión de visitas acordada desde hacía más de cinco años. Ello supone un antecedente de riesgo, dado que en el entorno escolar no hay un acompañamiento continuo.

- Existe un evento desencadenante en el contexto del entorno escolar, que supuso la comisión de un delito de malos tratos no habituales.

- Las medidas cautelares dimanantes de dichos hechos quedaron posteriormente reflejadas en la pena.

- El padre no ha acreditado un bienestar en su salud mental.

- Se aprecia una clara intencionalidad de relacionarse en el ámbito escolar con el menor de edad y con su profesorado.
- Se trata de una medida adecuada y necesaria para evitar el incumplimiento de la suspensión de visitas.
- Es una medida proporcionada. Casi quirúrgica dice la Audiencia porque solo la aplica al centro escolar y afecta poco al padre porque no tiene visitas reconocidas y reside en Madrid.
- Se justifica el plazo de dos años en la previsible mejoría del padre y precisa que no cabe su fijación de forma indefinida.

En relación a la duración de la medida, es interesante destacar el razonamiento de la audiencia respecto a que debe descartarse una medida de duración indefinida, por ser inadmisibles desde nuestras normas y valores constitucionales, y entraña una medida aflictiva de derechos fundamentales, el de la libertad ambulatoria ex art. 19 de la CE. Añade que en el contexto de un proceso civil no puede ser en ningún caso indefinida y, menos aún, sin sometimiento a revisión judicial en lo tocante a la vigencia de las medidas ya que repercutiría en la inconstitucionalidad de una medida de alejamiento de por vida, acordada en el seno de un proceso civil.

Precisa además que las medidas de esta naturaleza adoptadas en un proceso civil son distintas a las adoptadas en un proceso penal. Se concreta que, aun cuando la idea de la medida penal puede ser útil, nos movemos en planos diferenciados, el civil y el penal.

IV.-5. MEDIDA DE PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN, ESCRITA, VERBAL O VISUAL POR CUALQUIER MEDIO CON EL MENOR

Esta medida participa de la misma naturaleza que la anterior. Está sujeta a la necesidad, urgencia y proporcionalidad. Entiendo que, de adoptarse, debe precisarse de forma muy clara qué comunicaciones están prohibidas y exige desde luego de una motivación reforzada. Debe adoptarse con carácter temporal, razonando igualmente el tiempo de permanencia.

Es importante, para ambas medidas, que sea escuchada la persona afectada por la medida y, por tanto, entiendo que es precisa la comparecencia.

Es también de destacar que, al igual que ocurre con la prohibición de comunicación adoptada en el proceso penal, ésta no puede establecerse tampoco a través de tercero. Por tanto, el afectado por la medida, no podrá intentar hacer llegar mensajes al menor a través de otra persona.

IV.-6. MEDIDA DE SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, DE SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA GUARDA O DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIONES ESTABLECIDOS EN RESOLUCIÓN JUDICIAL

La medida cautelar prevista no prevé la privación de la patria potestad sino la medida de suspensión del ejercicio de la misma. La Privación de la patria potestad es una medida definitiva, a adoptar en Sentencia sobre la base del artículo 170 CC. Aunque el art. 170.1 CC distingue entre la privación total o parcial en el caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, la suspensión es una medida que no afecta a la titularidad, pero sí supone una restricción temporal del ejercicio de la patria potestad.

El CC en el artículo 154 CC, dispone que los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Se ejerce la patria potestad con carácter general de forma conjunta, convivan o no los progenitores, pero puede ejercerse por uno solo si hay pacto para ello. El artículo 156 CC en su párrafo 1º prevé la posibilidad de su ejercicio por uno de los progenitores cuando sea dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la

integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, para decidir la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo ser informado el otro progenitor, situación que supone de hecho una suspensión de la patria potestad del condenado en esta materia concreta del tratamiento psicológico.

Igualmente, el artículo 156 en su párrafo 3º prevé otra forma de suspensión de la patria potestad, cuando los desacuerdos entre los padres fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente su ejercicio la autoridad judicial podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones.

El artículo 158 CC prevé como se ha dicho la adopción de medida cautelar de suspensión de la patria potestad. En todo caso el precepto puede ser utilizado como fundamento para decidir que el ejercicio se atribuya a uno u otro o a un tercero.

La suspensión del ejercicio de la patria potestad puede adoptarse si así se considera preciso, en un criterio restrictivo, atendiendo a la finalidad de proteger los intereses de un menor. Se exige una motivación reforzada. La medida puede establecerse con carácter temporal, como medida cautelar que es o al menos dejar abierta la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo posterior para decidir sobre ello.

La STS de la Sala 1ª 1707/2024 de 18 de diciembre apreció la necesidad de suspender el ejercicio de la patria potestad por el impago de pensión a favor del hijo, condena por impago de pensiones e incumplimiento de las visitas a favor del padre y un manifiesto desinterés por todo lo concerniente a su hijo. Por su parte la STS, Sala 1ª, 694/2025, de 6 de mayo, entiende como correcta la suspensión del ejercicio de la patria potestad, ya que el padre desconoce los aspectos esenciales del desarrollo evolutivo de su hijo menor, tanto en lo relativo a su salud y a las dificultades asociadas al trastorno del espectro autista que padece, como en lo referente a su educación, rutinas y preferencias, y valora que dicho desconocimiento y falta de implicación, son constitutivos de una desatención constante y grave en el plano sanitario, educacional y afectivo. La STS 1136/2026, de 13 de julio, entiende, revocando la sentencia de la Audiencia, que sólo suspendió la patria potestad del padre, que procedía en ese caso la privación de la misma porque era precisa una respuesta de mayor intensidad protectora que la suspensión acordada por la Audiencia. Se razona para ello que el padre ha incumplido, al menos parcialmente, su obligación de alimentos; que ha expuesto reiteradamente a su hija a episodios de violencia física y verbal ejercida contra distintas parejas, incluida la madre de la menor; que ha incumplido el régimen de visitas; que no compareció a La evaluación psicosocial; que se opuso a que la niña recibiera asistencia psicológica y que actualmente se encuentra en prisión como consecuencia de la reiteración de conductas de violencia de género. Se tuvo en cuenta además que la menor manifestó un profundo rechazo hacia la figura paterna con la que se negaba a mantener relación, provocando consecuencias emocionales negativas.

El artículo 158 CC sirve de fundamento para la adopción de medidas en relación a la suspensión de la patria potestad en materia de violencia de género, pero la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tiene normas concretas que posibilitan esta suspensión como el artículo 61 que contiene la facultad del juez de violencia frente a la mujer para adoptar las medidas de protección y seguridad previstas en el capítulo y que son además compatibles con otras medidas cautelares y de aseguramiento que puedan adoptarse en procesos civiles o penales. Es el artículo 65 en la nueva redacción por LO 8/2015 de 22 julio de 2015 el que se ocupa de la patria potestad y establece la posibilidad de que el juez suspenda para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Se exige además un pronunciamiento, en el caso de no proceder a la suspensión, del modo en que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento,

la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Se contemplan también medidas que sea preciso adoptar para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

Tanto en el caso de medidas de suspensión de patria potestad que se adopten en un proceso civil como en uno penal, ha de valorarse la necesidad, el riesgo claro para el menor de mantener el ejercicio y la escucha del menor antes de adoptar la medida. También se exige una motivación reforzada. En este sentido la STC 54/2025, de 10 de marzo de 2025, insiste sobre este deber porque afecta al interés superior del menor en los regímenes de guarda, custodia y visitas en contextos de violencia de género. También la reciente STS, Civil de 12 de mayo de 2025, Sentencia: 729/2025, se pronuncia en igual sentido.

El Auto de la AP de Huesca 50/2025 de fecha 22 de abril de 2025 mantiene a una menor en la guarda de sus tíos, atribuyéndoles funciones tutelares, pero descarta la privación interesada de la autoridad familiar a los progenitores. Aplica tanto el art. 10 del CDFA como el art. 158. 6º “in fine” del Código Civil. Se precisa de forma acertada que, sobre la base de la previsión del apartado 6º del artículo 158 Civil “ El juez podrá adoptar la medida de suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas...” con las precisiones que precisa el apartado segundo. La resolución analiza la distinción entre la medida relativa al ejercicio de la patria potestad y la privación de la misma. La privación de la patria potestad, precisa, únicamente puede determinarse por sentencia fundada en los supuestos determinados legalmente en artículo 170.1 CC. Concreta que las medidas que resultan de aplicación en el procedimiento de adopción de medidas del artículo 158 CC tienen caracteres de excepcionalidad, urgencia y temporalidad que las distancias de una privación de la autoridad familiar que tiene una proyección temporal más extensa. Se insiste en que las medidas acordadas en este procedimiento, al amparo del artículo 158 CC en relación con el artículo 2 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor no pueden establecerse sine die y sin previsión alguna de nuevas actuaciones encaminadas a superar los obstáculos que la motivaron, pues lo contrario sería lo mismo que dejar sin efecto una sentencia firme y privar al padre de uno de los contenidos esenciales de la patria potestad. En el caso establece una duración de la medida de guarda a tíos y de las funciones tutelares a éstos, de un año desde la fecha de la resolución y añade que, transcurrido dicho plazo, deberá instarse por las partes interesadas el procedimiento que corresponda.

Respecto a la suspensión de la guarda y de las visitas o estancias al amparo del artículo 158 CC, debe destacarse que la vía procesal puede ser la ejecución de Sentencia, al amparo de las previsiones que nos da el artículo 776 de la LEC, y también el procedimiento de Jurisdicción voluntaria. Normalmente se parte de una resolución judicial ya dictada y las medidas cautelares interesan su modificación por existir situaciones de riesgo, peligro y necesidad que hacen precisa la misma.

El Auto 41/2026 la AP de Vizcaya de 16 de febrero de 2026 resuelve un recurso procedente del Tribunal de Instancia de Durango que dictó una Resolución en expediente de Jurisdicción voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. Confirma el Auto del Juzgado que había suspendido de forma cautelar el régimen de visitas y comunicación entre un progenitor y su hija de ocho años por un plazo de 30 días, plazo que se da para interponer una demanda de modificación de medidas. Planteada la demanda, la resolución prevé que la suspensión se mantendrá hasta que recaiga nueva Sentencia. El régimen de visitas había sido establecido por Sentencia del año 2021 en procedimiento de mutuo acuerdo. La menor había sido declarada en desamparo en el año 2024 y la Diputación Foral de Vizcaya asumió la guarda provisional de la misma. Fijó un régimen de visitas para ambos padres que se ejercía

por separado. Tras un procedimiento de oposición a las medidas adoptadas por la Entidad Pública la menor regresa a la convivencia con la madre, inicial guardadora y es ésta quien interpone el procedimiento de medidas cautelares frente al otro progenitor. El fundamento de su pretensión es la existencia de riesgo y peligro para la menor, atendiendo al inadecuado comportamiento del padre en las visitas supervisadas que se desarrollaron en el PEFAE, con impacto negativo en la estabilidad emocional de la menor. Se apreció la existencia de un riesgo o peligro para la menor en caso del mantenimiento del régimen de visitas paterno filial. Se tuvo en cuenta las actuaciones del padre acudiendo a los servicios hospitalarios de urgencias de Vizcaya, siempre de madrugada, alegándose por el padre que su hija había sufrido supuestas agresiones sexuales por su tío materno y maltrato intrafamiliar por la madre y abuelos, motivo por el que el Servicio de Infancia optó por la extracción de la menor del círculo familiar y escolar, lo que no averado, conllevó a que la menor en julio de 2024 fuera reintegrada al domicilio materno. Se valoró que, desde entonces, no había habido contacto, que la menor tiene necesidades especiales y que con fecha 29 de mayo de 2025, se había presentado demanda de modificación de medidas ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Durango. Además de la necesidad de la medida por las razones expuestas, se menciona la necesidad de proteger a los niños y niñas de actos de violencia, incluso con medidas razonables de prevención del maltrato. Desde el punto de vista procesal se establece que las medidas cautelares están expresamente contempladas en los artículos 771, 772, 773 y 775.3 de la LEC. Concretamente, en el primero de ellos, en su apartado 2, segundo párrafo, se incluyen las denominadas medidas “inaudita parte” que permiten adoptar “si la urgencia del caso lo aconsejare” los efectos a que se refiere el artículo 102 LEC y las que se consideren procedentes en relación con la custodia de los hijos, uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, con vigencia hasta que se sustituyan por otras medidas definitivas. Se añade que, frente a ese sistema procesal específico de medidas cautelares “ordinarias” en los procesos de familia, el artículo 158 CC, permite adoptar las denominadas medidas “urgentes”, en cualquier proceso civil o penal... “en concreto las precisadas en su apartado 6º”. Se remite a la Ley de Jurisdicción voluntaria que en su artículo 87.1.a) establece que procede su aplicación para la adopción de las medidas de protección de los menores contempladas por el 158 CC. El citado precepto responde a la necesidad de adoptar por razones de urgencia medidas de protección de los hijos menores, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

También en fase de ejecución de Sentencia pueden adoptarse las medidas del artículo 158 CC. En concreto y en relación al régimen de visitas la AP de Cantabria en Auto de fecha 17 de enero de 2017

(Auto 13/2017) deniega el despacho de ejecución para cumplimiento de visitas interesado por el padre y precisa que, cuando se constata una sustancial variación de circunstancias, la regla general debe ser la de acudir al procedimiento de modificación de medidas pero que, por razones de urgencia y con el fin de evitar un perjuicio a la menor, se considera procedente en ese caso suspender el régimen de visitas en ejecución, ya que el Juez tiene la facultad y el deber de actuar de oficio en interés del menor, adoptando y proponiendo las medidas y diligencias que estime oportunas si se incumplen gravemente los deberes impuestos en la Resolución judicial que fija las visitas y estancias.

La suspensión de la guarda y custodia se ha realizado también de forma cautelar, aplicando el precepto 158 CC, en su apartado 6º. El razonamiento es siempre el mismo, necesidad, urgencia, protección y temporalidad. La AP de Barcelona, secc. 18, en Auto 425/2023 de 14 de diciembre revoca la denegación de la suspensión del régimen de guarda compartida de un menor con el padre por estar en trámite un procedimiento por maltrato. La Audiencia entiende que, con base en el art 233.11. 3 del CCCat no cabe sino suspender la guarda. No suspende el régimen de visitas y se justifica en que la redacción del precepto catalán, al igual que el del art 94 del C. Civil, prevé el mantenimiento de las visitas si se valora como lo más

adecuado al caso y aplica lo establecido en la STC de Pleno, 106/2022 de 13 de septiembre. Sobre el caso concreto menciona que la Sala tiene en consideración que en el caso enjuiciado se ha mantenido el régimen de guarda compartida, sin que conste ningún otro incidente y en el procedimiento penal no se han adoptado medidas de protección. Añade que una suspensión de la relación entre padre e hijo en un contexto en que el padre está muy presente en la vida de su hijo y no se ha repetido o dado ningún otro incidente, y cuando no ha finalizado el procedimiento penal, podría resultar perjudicial para el niño o cuanto menos incomprensible para él.

Por su parte la AP de Badajoz en Auto 597/2023 de 22 de diciembre, confirma el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de Almendralejo, en autos de Jurisdicción voluntaria, en el que se modificaba la guarda y custodia de una menor de 14 años, pasando de la madre al padre, suspendiendo la obligación de pago de alimentos y fijando un régimen de visitas para la madre. No consta que las medidas tuvieran una limitación temporal. La Audiencia razona que la decisión recurrida relativa a atribuir al padre, de forma cautelar la guarda de la menor, se estima adecuada a las circunstancias concurrentes, respeta el principio de proporcionalidad y tiene la finalidad de evitar a la menor los perjuicios que, en la fecha en que se adoptó la resolución recurrida, podía suponer el mantenimiento de la guarda en la madre. Se alegaba la intensa conflictividad entre la apelante y su hija menor de edad y un contexto en el que existen denuncias cruzadas entre los progenitores y procedimientos penales dirigidos frente a ambos por atentar contra la integridad física del otro progenitor o de la hija, y al resultado de la audiencia de la menor que manifestó tener una mayor estabilidad emocional desde que vivía con su padre, si bien indicó también que extrañaba a su madre y quería seguir teniendo relación con ella. Es importante destacar en el caso que el padre tenía un procedimiento abierto por de violencia de género en el que se había dictado auto de apertura de juicio oral. Para justificar la guarda paterna, la audiencia nos indica que en este caso no se trata de adoptar medidas definitivas sino decisiones de naturaleza cautelar, provisional y temporal. Se añade que hay denuncias recíprocas entre los progenitores y que el juicio oral se ha abierto por un posible delito de lesiones a la madre, pero no hay proceso alguno respecto a la hija. Si constan, dice la Audiencia, respecto de la madre, la existencia de diligencias penales por delito de maltrato habitual a la menor, en las que se ha dictado Auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado.

La citada resolución parte de que las medidas establecidas en el art. 158 CC tienen como presupuesto el acaecimiento de algún hecho, ajeno al desarrollo normal de los acontecimientos que provoca una situación susceptible de generar peligro o perjuicios para un menor de forma que, para intentar evitar los mismos, pueda ser conveniente adoptar alguna medida que suponga una modificación cautelar y provisional de las previamente existentes en la situación de crisis matrimonial y/o paterno filial y hacerlo a través de un cauce procedimental más ágil que el habitual, de forma que, cuando se hace referencia a la urgencia o al riesgo que opera como presupuesto, dichos requisitos deben entenderse referidos, no a situaciones que implican peligros inminentes de gran entidad, sino a cualquier situación imprevista que es susceptible de ocasionar algún daño o menoscabo material o moral al menor y para cuya evitación pueda resultar necesaria o conveniente, como hemos indicado previamente, la adopción de alguna o algunas medidas con mayor celeridad o rapidez, al tiempo que precisaría la tramitación de un proceso matrimonial o de menores de los previstos en los arts. 769 y ss. LEC.

La Sentencia de la AP de Oviedo secc 6ª 347/2023 de 3 de Julio confirma las medidas establecidas por el juzgado, manteniendo de forma definitiva las medidas cautelares previamente adoptadas en expediente de jurisdicción voluntaria en el que se modificaba la guarda y custodia de una menor y pasaba de la madre al padre. Las medidas cautelares partían de una denuncia interpuesta frente a la madre que motivó, no solo que la guarda pasara al padre,

sino que las visitas quedaran suspendidas y que el ejercicio de la patria potestad se atribuyera al progenitor paterno en exclusiva. La madre reclamaba la recuperación de la guarda por sobreseimiento del proceso penal y existencia de informes de que los hechos que motivaron la denuncia habían sido inventados por la hija. La menor expuso en el procedimiento su deseo de convivir con la madre ya que con su padre estaba incómoda, se sentía sola y discutían. Pese a ello, la Audiencia considera que hay prueba de la mala influencia que en ese momento la madre representa para su hija menor. Acuerda una intervención familiar orientada a la capacitación parental de la madre y de la situación de la menor, con informes trimestrales para, en atención a la evolución, adoptar un cambio de medidas en relación a la guarda. En relación al régimen de visitas la Audiencia expone que está subordinado al interés y beneficio del menor y solo ha de ceder por tanto ante los supuestos de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor ya no tiene otra finalidad que propiciar la continuación de las relaciones paterno filiales. Pese a valorar la existencia de una interferencia en la madre con su hija, se entiende adecuado mantener las visitas, si bien se establecen supervisadas en el PEF.

El artículo 158.6 CC, en su apartado final precisa que, si por causa de las medidas que se adopten el menor estuviera en una posible situación de desamparo, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. En definitiva, parece obligatoria la comunicación. Lo mismo se prevé en el artículo 544, quinquies párrafo 2º de la LECrim, indicando que debe hacerlo el LAJ, en dos supuestos: cuando en el desarrollo del proceso se ponga de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor; y, en todo caso, cuando fueran adoptadas algunas de las medidas de las letras a) o b) del apartado anterior, esto es, cuando esté suspendida la patria potestad o la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

El posible desamparo es la situación en que se encuentra un niño/a menor de edad al quedar privado de la necesaria asistencia moral o material, cuando sus progenitores incumplen, no ejercen adecuadamente los deberes de protección, o cuando existe una causa que los imposibilite para ejercer la patria potestad. La constatación de que un menor se encuentra en situación de desamparo determinará que la entidad pública tenga por ministerio de la ley la tutela del mismo con suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

Terminaré este apartado mencionando la necesidad de atender siempre al superior interés del menor, que deberá ser escuchado por razones no solo de edad sino de madurez. La valoración del interés del menor a la hora de adoptar medidas como las que aquí nos ocupan no es fácil. Atender al caso concreto, valorar exhaustivamente la prueba, realizar comparecencias que permitan la realización de interrogatorios de parte detallados y solicitar cuanta documentación nos pueda ser de utilidad, actuando de oficio si es preciso, constituyen unos puntos de partida esenciales. Es importante atender al contenido del artículo 2 de la LO 1/1996 ya tras la reforma por la L.O. 8/2015, de 22 de Julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan y añade que a efectos de la aplicación del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectiva.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

Los criterios antes indicados se ponderan teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinente y respeten los derechos de los menores.

IV.-7. CUALQUIER OTRA MEDIDA OPORTUNA PARA APARTAR AL MENOR DE UN PELIGRO O EVITARLE PERJUICIOS

El apartado n.º 6.º del artículo 158 CC, habilita a adoptar cualesquiera otras disposiciones de variada índole, a petición de parte, del Ministerio Fiscal y *ex officio* por el Juez, no expresamente previstas en los apartados antes mencionados. Se trata de una cláusula genérica que engloba muchas y variadas peticiones.

No toda actuación queda justificada en la alegación de esta posibilidad.

Los supuestos en la práctica son muy variados. Así, la AP de Madrid estimó en Auto de 6 de marzo de 2013 la petición de una madre de suspender el lanzamiento en el caso de un juicio de desahucio, posponiendo el mismo al momento en que los hijos menores terminaran el curso escolar. En otras ocasiones es el M. Fiscal quien inicia el procedimiento para obtener, por ejemplo, autorización judicial en casos de intervenciones o tratamientos médicos cuando existe oposición de los padres.

Ante la ausencia de normas concretas, por ejemplo, en su día, la derivación a mediación extrajudicial, o a los puntos de encuentro familiar, cuando ninguna norma contemplaba expresamente estas posibilidades, se encauzaban las derivaciones a través de este fundamento. Así, el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Málaga de 31 de enero de 2017, señala que quizás sea el artículo 158. 6 del CC el que ofrezca un marco jurídico, mínimo pero suficiente, para poder acordar el nombramiento de un coordinador de parentalidad. En Navarra, por ejemplo, la derivación al punto de encuentro o al servicio de coordinación de parentalidad si está previsto legalmente. La derivación a mediación está ya regulada en varios preceptos del CC y de la LEC tanto en la fase declarativa como en ejecución de Sentencia.

Siguiendo con los ejemplos sobre la variedad de supuestos que pueden plantearse, este mes de agosto, tenido varias peticiones. En una de ellas se interesaba en cambio de empadronamiento de una menor porque, tras dictarse un Auto de discrepancia en el ejercicio de la patria potestad que atribuía a la madre la facultad de decisión, el colegio no admitía la petición porque la menor

no estaba empadronada en la zona y el padre se oponía al cambio. En otro supuesto se planteó por una progenitora una petición, al amparo de este precepto, dentro de un proceso de discrepancia ya planteado por cambio de centro escolar y pendiente de señalamiento, en el que el padre había conseguido un cambio de empadronamiento de unos menores sin el consentimiento de la madre y se instaba a revertir la medida.

Pueden plantearse también peticiones relativas a las transfusiones de sangre. A veces es el menor quien no consiente, o son los padres o todos. Si hay riesgo el facultativo está autorizado para decidir. Si no hay riesgo se plantea el procedimiento en el juzgado por el cauce de la jurisdicción voluntaria

Un caso interesante se planteó también en mi juzgado y fue resuelto por el TSJ de Navarra en fecha 15 de Julio de 2022. Tras haberse dictado una Sentencia en petición de una reubicación de menores, estimando el traslado de la madre con sus hijos a otra ciudad, el padre presenta recurso de apelación. En el recurso se interesa la paralización de la ejecución de la Sentencia y se fundamenta en el artículo 158. 6 CC. y la sala de vacaciones de la Audiencia de Navarra lo estimó paralizando, sobre la base de dicho fundamento, la ejecución. La Sentencia del TSJ establece al respecto que el artículo 774.5 de la LEC establece que los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta, pese a lo cual la Sala de Vacaciones dicta el Auto de 23 de agosto de 2021, donde manifiesta ser conocedora de esta norma, no obstante lo cual, suspende la autorización que la madre tenía para trasladar el domicilio de sus dos hijos a la localidad peticionada en la demanda. Para ello aplica el artículo 158.6 del C.c., y en aras a un pretendido peligro para los menores. En concreto, el referido Auto señala que dicha suspensión se enfrenta a la regla procesal indicada, de que la apelación tenga puros efectos devolutivos, y en general, no procedería. Aunque, al suponer un peligro para los menores, al amparo de las protecciones prudenciales, no cabe duda que abarca la posibilidad del efecto suspensivo sobre las disposiciones que afecten personalmente a los hijos. Se añade que el artículo 158.6 del Código Civil autoriza al Juez para acordar las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

El TSJ precisa que el citado apartado sexto del art. 158 CC parece estar destinado a la adopción de medidas urgentes o muy urgentes, ante la existencia de un peligro evidente, y en asuntos, en principio, no judicializados, porque si ya lo estuviera, cualquier medida, por ejemplo, las que figuran en los cinco apartados anteriores de este precepto, podrían ser adoptadas por el órgano judicial que conociera del asunto, sin necesidad de acudir a la excepcionalidad del apartado 6º. Concreta además lo siguiente: *que en el caso en absoluto es apreciable peligro alguno para los niños en la decisión al respecto adoptada por el Juzgado de instancia, ni se justifica de forma adecuada en la petición ni en la resolución judicial, ni por supuesto, se aprecia, ni menciona, cambio o hecho nuevo alguno distinto a los tomados en consideración por el Juzgado para la toma de esa decisión. Debe tratarse de un peligro real y apreciable objetivamente para los niños, y no una mera incomodidad para uno de los progenitores. Lo planteado en ese momento por la recurrente en apelación es una disconformidad con lo acordado en sentencia, pero sin alegar alteración alguna de las circunstancias concurrentes y que ya habían sido tomadas en consideración.*

Además de lo anterior, es decir, de la ausencia de peligro para los menores apreciable de forma objetiva, lo cierto es que también es cuestionable la competencia que la Audiencia Provincial se ha atribuido para la resolución de la cuestión planteada en el Otrosí por la parte recurrente, para modificar medidas acordadas por el Juzgado de instancia, y hacerlo con carácter previo al dictado de la sentencia de apelación. Una modificación de medidas provisionales la puede realizar, por supuesto, la Audiencia Provincial, en la sentencia de apelación, pero con anterioridad, la competencia para hacerlo es del Juzgado, del órgano que las ha acordado, y precisamente a ello se refiere el artí-

culo 774.5 de la LEC, antes transcrito, cuando establece la automática ejecutividad de las medidas aun habiendo sido objeto de la interposición de un recurso. Y en ese caso, además, tal modificación debería ser tramitada en un procedimiento reglado, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Avalaría esta tesis, aun de forma analógica, el propio régimen general previsto para las ejecuciones, cuando en el art. 567 señala que: *La interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas. Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del tribunal que despachó la ejecución la suspensión de la actuación recurrida, prestando, en las formas permitidas por esta Ley, caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir. Es decir, se podrá pedir la suspensión al tribunal que despachó la ejecución, pero no a otro. ...*”.

V.- ASPECTOS PROCESALES DE LA SOLICITUD

El artículo 158 CC en su último párrafo nos precisa que todas las medidas contempladas en el mismo se pueden adoptar dentro de cualquier proceso judicial o penal o en un expediente de jurisdicción voluntaria. Se ha de garantizar la audiencia de la persona menor de edad y puede el tribunal se auxiliado por personas externas para garantizar que puede ejercitarse este derecho por sí misma.

En definitiva, es muy amplia la posibilidad procesal de adopción de estas medidas. Se posibilita su adopción en cualquier momento procesal. Lo que supone una absoluta flexibilidad procedimental y, desde luego, exige una absoluta coordinación entre las distintas jurisdicciones. Las medidas que se insten al amparo del artículo 158 CC, están expresamente excluidas de los requisitos de procedibilidad establecidos en la LO 1/2025 de eficiencia procesal (artículo 5.2 b) de la citada Ley Orgánica.

Veamos las consideraciones más importantes y los trámites posibles.

V.1.- PETICIÓN POR EL TRÁMITE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La Exposición de motivos de la Ley 15/2015 precisa que los trámites de la ley se aplicarán a los procedimientos sin controversia en procesos contenciosos. No siempre es posible esta afirmación.

Existe una amplia legitimación activa. Podrá acordarlas el Juez de oficio, o a instancia del propio hijo, cualquier pariente y el Ministerio Fiscal. Antes de la reforma llevada a cabo por 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), ya debían seguirse los trámites de la jurisdicción voluntaria para la adopción de las medidas del art 158 CC previstos en los arts. 1.910 y ss. de la vieja LEC de 1981.

Actualmente el procedimiento que se ha de seguir es el previsto en el artículo 87.1 LJV que establece que, se aplicarán las disposiciones de esa sección para adoptar medidas en relación con el ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los arts. 158,164, 165, 167 y 216 CC.

Así, las medidas que pueden llevarse a cabo a través de este procedimiento ágil y sencillo se adoptarán por el Juzgado de 1.ª Instancia que por turno corresponda del lugar del domicilio del menor o del juzgado que dictó las medidas de ejercicio conjunto que se pretenden modificar con el expediente, previa celebración de la comparecencia prevista en el artículo 18 LJV. Si hay procedimiento de violencia posterior, se asume la competencia por el Juzgado de Violencia que conozca del proceso civil. Así se establece por Auto pleno de TS de 7 de mayo de 2019 que considera que ha de primar, a efectos de la competencia, la existencia de un procedimiento penal por violencia frente al criterio legal.

En relación al trámite se plantea en muchas ocasiones si es precisa o no la comparecencia. Parece que de la lectura de los artículos 85 y 87 de la LJV es obligada. Pero el artículo 17 de la LJV no lo exige. Podría ser aplicable con preferencia lo dispuesto en el art 87 por especialidad. En todo caso si se desconoce el domicilio del demandado y es citado por Edictos, se duda de la exigencia de la comparecencia. Creo que en la mayoría de los casos una decisión al amparo del art

158 CC exige escuchar a las partes, aún siquiera al demandante. No debe olvidarse la audiencia al niño/a o adolescente y, si entendemos que cabe oposición oral en la comparecencia, pese a no haberse presentado por escrito antes, creo que con carácter general habrá comparecencia.

No se precisa abogado ni procurador, pero, si se va a formular oposición, entonces si debe hacerse con abogado y procurador.

La comparecencia se tramita por las previsiones del art 18 de la LJV, que se remite al procedimiento del juicio verbal. En la vista se deben resolver todas las cuestiones procesales. Debe procederse a la audiencia del menor conforme a las previsiones del citado artículo. En la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones. Entiendo que, si no se ha podido practicar toda la prueba o si la audiencia del niño/a se hace con posterioridad a la comparecencia, las conclusiones serán por escrito. El artículo 20 JJV prevé la resolución por Auto en cinco días desde la comparecencia o última diligencia y el Auto es recurrible en apelación y el recurso no tendrá efectos suspensivos.

Otra duda que surge es qué ocurre si no hay oposición presentada. Concretamente si procede el archivo del expediente o si éste debe continuar. Entiendo que no procede el archivo si se han instado medidas del artículo 158 CC. En primer lugar, porque la petición que se realice ha de ser valorada por el Juez y por el Fiscal. No todo lo que se pide es acorde a los intereses de los menores implicados. Además, la oposición puede hacerse en la vista y debe escucharse al demandante y al demandado si finalmente comparece.

Si hay un proceso judicial contencioso abierto no cabe plantear en procedimiento de jurisdicción voluntaria las medidas del artículo 158 CC. Habrá que interesarlas en el propio procedimiento judicial abierto y alegarlo como hechos nuevos.

V.2.- APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 158 DEL C. CIVIL EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No ofrece duda que muchas de las medidas que pueden adoptarse en la fase de ejecución de Sentencia y que afectan a menores de edad, tienen una cobertura legal en el art. 158 CC y en los preceptos análogos de las legislaciones de las CCAA (Ley 74 Compilación Derecho Civil Foral de Navarra; art. 236-3 C.C.Cat y art. 79 Código de Derecho Civil de Aragón). En la fase de ejecución pueden adoptarse medidas que implican en realidad una modificación de aquellas establecidas previamente en la Resolución que se ejecuta. Con frecuencia se plantea la necesidad de modular o modificar el régimen de estancias o previsiones que no se han hecho en la sentencia, o variaciones más importantes incluso, si hay un motivo de urgencia y necesidad. También, como hemos visto, pueden denegarse peticiones de ejecución de medidas previstas, sobre la base del mencionado artículo 158 C. Civil. No es procedente dejar de resolver lo preciso sobre la base de que la Sentencia no prevé exactamente lo que se pide en ejecución y negarse a incorporar variaciones o adoptar medidas que se valoren necesarias en esta fase procesal. Todo ello puede constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y provocar una dilación indebida. Pueden adoptarse medidas cautelares y remitir después a modificación si ello es necesario. Las situaciones cambian, y puede haber conflictos y asuntos de gravedad que pueden y deben ser resueltos en la fase de ejecución de Sentencia. Como bien menciona la Magistrada Dolor Viñas en su trabajo sobre ejecución de medidas personales que presentó a la AEAFA, caben, a través de la ejecución, cabe toda una pluralidad de medidas o recursos que pueden acordarse. Añade con razón que es preciso que se regule por fin un procedimiento de ejecución dinámico alejado de la instantánea fotográfica de la sentencia o auto y de los regímenes estándares y compatible con el mandato del art. 118 de la Constitución Española (CE) y del 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Toda medida que afecta a un menor es de por sí compleja y con consecuencias relevantes. Por eso es preciso contar con los medios necesarios para que dicho derecho se haga efectivo y también las garantías de que se va a desarrollar en su interés.

Lo cierto es que la casuística es enorme y cada caso debe ser valorado conforme a lo que a lo largo de este trabajo hemos comentado. No podemos olvidar que el precepto legal estudiado pretende precisamente dar cabida a medidas rápidas y urgentes. Solo añadir, por estar directamente relacionado con la posibilidad de cambio de guarda previsto en el artículo 158 C. Civil que el art. 776,3 LEC 3.^a dispone que “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”. Este precepto está en sede de ejecución y posibilita por tanto que, en esta fase, puedan adoptarse medidas de cambio de guarda y/o visitas. Es evidente que no pueden adoptarse cambios como éstos de forma automática. Se impone también en la fase de ejecución, la comparecencia, la práctica de toda la prueba necesaria y desde luego la audiencia de los niños y niñas implicados.

También resulta necesario prevenir y lo cierto es que muchas medidas que al amparo del artículo 158 del C. Civil se adoptan, podrían haberse evitado si se establecen mecanismos de atención y apoyo a las familias en los momentos posteriores a la Sentencia en los casos en los que se advierta conflictividad.

VI.- CONCLUSIONES

El fundamento de las previsiones concretadas en el artículo 158 del CC es el de proteger al menor en todas las situaciones en que lo precise. No se limita su utilización a las situaciones de violencia sino en la consideración de necesidad de la medida

La medida que prevé el artículo tienen una naturaleza cautelar y carácter apremiante ante situaciones puntuales de excepcionalidad basadas en el peligro o riesgo. La situación no admite el retraso que implicaría acudir a la vía ordinaria.

Se establecen a favor de los menores en atención a su vulnerabilidad.

Hay una gran amplitud procesal para su adopción, pero debe respetarse el principio de tutela efectiva, ha de escucharse a los interesados, incluido el menor, siempre que tenga madurez.

Las medidas que se adoptan por la aplicación de este precepto son temporales, si bien, duraderas en el tiempo, en tanto en cuanto no exista una resolución judicial que las deje sin efecto o transcurra el plazo previsto en la resolución que la adopta.

Pueden adoptarse en todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paternas filiales.

En el abordaje judicial que se haga sobre estas medidas es importante tener en cuenta:

La escucha a todos los implicados.

La adopción de medidas que se entiendan.

La adopción de medidas que no compliquen más las cosas.

El mantenimiento de la relación paterno filial siempre que sea posible.

La conveniencia de intervenir pronto. Mejor en la propia Sentencia si se han advertido situaciones de conflicto o carencias.

El establecimiento de medidas de apoyo y seguimiento.

Hay que dar importancia a los criterios o indicadores de decisión. Debería haberlos y nos ayudan.

El interés del menor es el eje que fundamenta la intervención. Con carácter general lo exige la Observación N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

CONTROVERSIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Ángel Luis Rebolledo Varela

Catedrático de Derecho Civil (Emérito) de la
Universidad de Santiago de Compostela

Antonio Javier Pérez Martín

Magistrado del Tribunal de Instancia de Córdoba,
Sección Civil, Plaza nº 7

BLOQUE I: SOCIEDAD DE GANANCIALES

I. CUESTIONES PREVIAS

- Inicio y final de la sociedad de gananciales
- Las diligencias preliminares

II. FASE DE INVENTARIO

- Cuestiones de competencia en el procedimiento de liquidación
- El inicio de la fase de inventario
- Problemas procesales en la fase de inventario

1. Activo

- Vivienda comprada antes del matrimonio que se escritura después del matrimonio
- Vivienda comparada a plazos antes del matrimonio y abonada en parte constante la sociedad de gananciales: ¿Cómo se calcula el porcentaje ganancial? (en caso de que el préstamo hipotecario se haya abonado en su integridad y en el supuesto de que aún esté pendiente de amortizar).
- Vivienda comprada constante el matrimonio: problemática
- Cuentas bancarias: criterios para poder incluir partidas de activo
- Actividades profesionales y empresariales
- Derechos de crédito de la sociedad frente a los cónyuges

2. Pasivo

- Deudas a favor de terceros
- Problemática de los derechos de reembolso a favor de los cónyuges

III. PROBLEMÁTICA EN LA SOCIEDAD POSTGANANCIAL

- Cauce liquidación: conjuntamente o diferente
- Variaciones en el inventario bienes que han podido entrar y salir
- Derechos de reembolso

IV. FASE DE LIQUIDACIÓN

- Problemas procesales en la fase de liquidación
- Controversias en la adjudicación de bienes
- Finalización de las operaciones de liquidación

V. ADICIÓN DE BIENES

- Problemas procesales
- Problemas sustantivos

BLOQUE II: SEPARACIÓN DE BIENES

I. APUNTES SOBRE EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

- Inicio del régimen y modificaciones
- Problemas de determinación del régimen

II. COMPENSACIÓN POR RAZÓN DEL TRABAJO PARA LA CASA Y EL OTRO CÓNYUGE

- Presupuestos para la concesión
- Determinación de la cuantía de la compensación

III. RECLAMACIONES DE CANTIDAD ENTRE CÓNYUGES

IV. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES: ASPECTOS PROCESALES

- Vía del art. 806 y ss. de la Lec.
- Procedimiento de división de cosa común.

LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CONTROVERSIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES EN LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES SENTENCIAS

TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de Mayo de 2026

Se considera plenamente válida la renuncia a reclamaciones futuras contenida en un convenio regulador de divorcio con cláusula de cierre. No hubo incongruencia extra petita ni vulneración de la justicia rogada, pues la demandada nunca abandonó su defensa basada en la eficacia vinculante del acuerdo. El demandante conocía perfectamente la existencia de los bienes cuya adición pretendía seis años después, lo que hace que su conducta sea contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios.

Roj: STS 2157/2026 - ECLI:ES:TS:2026:2157

Nº de Recurso: 9129/2023

Sentencia núm. 767/2026

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D.ª Raquel Blázquez Martín

En Madrid, a 19 de mayo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Cornelio, representado por la procuradora D.ª M.ª Teresa Carrera Fernández, bajo la dirección letrada de D.ª Marta Isabel Mondéjar Otero, contra la sentencia n.º 404/2023, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación n.º 143/2023, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 489/2021, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponteareas. Ha sido parte recurrida D.ª Encarna, representada por la procuradora D.ª M.ª Elena Salgado Tejido y bajo la dirección letrada de D.ª Carolina López Maiztegui.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora D.ª Teresa Carrera Fernández, en nombre y representación de D. Cornelio, interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Encarna, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[p]or la que estime la acción de adición o complemento y, en consecuencia, acuerde completar el Activo de la sociedad de gananciales que figura en el Inventario firmado por las partes el 15 de octubre de 2015 con las partidas no incluidas en su día en el inventario y que se enumeran en el Hecho Noveno de la demanda, actualizadas al tiempo

de la liquidación. Y, como consecuencia de su división y reparto, condene a la demandada al pago al Sr. Cornelio de UN MILLÓN CIENTO OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA EUROS (1.183.750 euros) más los intereses que se devenguen hasta su completo pago, de forma que se respete plenamente el principio de igualdad entre las adjudicaciones a una y otra parte. Condenando expresamente a la demandada al pago de las costas».

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponteareas y se registró con el n.º 489/2021. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª M.ª Elena Salgado Tejido, en representación de D.ª Encarna, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

«[d]icte en su día resolución por la que se rechace la pretensión inicial, con imposición de costas a la parte demandante, y subsidiariamente, en caso de sentencia estimatoria, se proceda a la reducción de las cantidades reclamadas por los motivos contenidos en el cuerpo de este escrito».

Y formuló reconvenición, suplicando al juzgado:

«[d]icte en su día sentencia por la que se decrete y declare completar el inventario de la sociedad de gananciales firmado el 15 de octubre de 2015 según lo indicado en esta reconvenición, adeudando el señor Cornelio a mi patrocinada la suma de 124.960,31 euros, cantidad que deberá ser actualizada al momento de la efectiva liquidación, y todo ello con pago de costas».

4.- La representación procesal de D. Cornelio contestó a la demanda reconvenicional mediante escrito en el que solicitaba al juzgado que tenga:

«[a] mi mandante por allanado en el pago de las cantidades de 4.442,58 euros y 349,46 euros respectivamente por los motivos expuestos en este escrito de contestación. Desestimando el resto de las pretensiones, con condena en costas a la actora reconviniente».

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponteareas, dictó sentencia de fecha 4 de enero de 2023, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª Teresa Carrera Fernández, en nombre y representación de D. Cornelio contra D.ª Encarna, a quien absuelvo de las pretensiones contra ella deducidas.

»Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª María Elena Salgado Tejido, en nombre y representación de D.ª Encarna contra D. Cornelio, declarándose que debe adicionarse a la liquidación de la sociedad de gananciales la suma de 9.586,08 euros que D.ª Encarna abonó en concepto de impuestos.

»Las costas deberán abonarse conforme a lo previsto en el Fundamento de Derecho Sexto de esta resolución».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Cornelio.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 143/2023, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2023, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS

»LA SALA ACUERDA:

»Estimar en parte el recurso de apelación deducido por la representación procesal de DON Cornelio frente a la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia número dos de Ponteareas en los autos de juicio ordinario 489/21, en el único sentido de revocar el pronunciamiento por el que se le imponen las costas procesales.

»No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento respecto a las devengadas en la alzada».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.ª M.ª Teresa Carrera Fernández, en representación de D. Cornelio, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«MOTIVO PRIMERO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469 1. 2º de la LEC): La Sentencia dictada en apelación incurre en incongruencia extra petita, vulnerando el principio de justicia rogada y el principio dispositivo (artículos 216 y 218.1 LEC)».

«MOTIVO SEGUNDO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º): Vulneración de lo dispuesto en el artículo 209 regla 3ª de la LEC ».

«MOTIVO TERCERO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º): Vulneración de lo dispuesto en el artículo 214 LEC: Invariabilidad de las resoluciones. Indebida aplicación del artículo 215.2 LEC ».

«MOTIVO CUARTO.- Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales recogidos en el artículo 14 y en el artículo 24 de la Constitución (artículo 469 1. 4º de la LEC): La sentencia vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de enero de 2026, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Cornelio contra la sentencia n.º 404/2023, de 24 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, en el rollo de apelación 143/2023, dimanante de los autos de juicio ordinario 489/2023 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ponteareas, cuya aclaración y complemento fueron denegados por auto de 14 de septiembre de 2023.

»2.º Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

»Contra este Auto no cabe recurso».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 6 de abril del presente se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente 12 de mayo, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso extraordinario por infracción procesal partimos de los siguientes antecedentes:

1.º Es objeto del presente proceso el recurso interpuesto contra la sentencia 404/2023, de 24 de julio, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que parte de los siguientes hechos probados:

«Resultan presupuestos facticos de interés para resolver el recurso los siguientes:

»- Don Cornelio y doña Encarna contrajeron matrimonio canónico el 3 de septiembre de 1.989 en la iglesia.

»- De dicha unión nacieron tres hijos, Cecilia, Ana María y Elias, todos ellos mayores de edad en la actualidad.

»- Dª Encarna adquirió una farmacia en estado de soltera, el 10 de septiembre de 1988 por el precio de 23.500.000 pesetas, en documento privado, elevándose la compraventa a escritura pública el 31 de octubre de 1988.

»- Para hacer frente al pago de dicho importe concertó un préstamo con garantía hipotecaria en la indicada fecha.

»- El régimen económico del matrimonio fue la sociedad legal de gananciales.

»- El 15 de diciembre de 2015 se dictó por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponteareas en el seno del procedimiento de Divorcio de Mutuo Acuerdo sentencia que decreta la disolución del matrimonio y se aprueba el convenio regulador firmado por los cónyuges (en él se incluía la liquidación de su sociedad de gananciales).

»- En el inventario y avalúo de la sociedad de gananciales formulado en el convenio regulador, se estipuló que no había ninguna deuda en el PASIVO de la sociedad, contabilizándose en su ACTIVO los siguientes bienes:

»1. Vivienda familiar sita en Mondariz, libre de cargas, valorada en 163.471,05 euros.

»2. Local comercial, libre de cargas, valorado en 41.000,27 euros.

»3. Barco valorado en 8.000 euros.

»4. Saldo en cuenta abierta en BANCO CAIXA XERAL número NUM000 por 219.373,96 euros

»5. Saldos en cuentas abiertas en BANCO CAIXA XERAL número NUM001 y número NUM002 por 80.000 euros.

»6. Saldo en cuenta abierta en ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA cuenta NUM003 por 100.000 euros.

»7. Saldo en cuenta abierta en ABANCA CORPORACIÓN número NUM004 por importe de 6.650,03 euros.

»8. Saldo en cuenta de valores de la entidad ABANCA CORPORACIÓN NUM005 por acciones valoradas en 781,70 euros.

»9. Saldo en cuenta abierta en Banco de Santander número NUM006 por importe de 75.881,94 euros.

»10. Saldo en cuenta abierta en BANCO SANTANDER, con número de cuenta NUM007 por importe de 77.600 euros.

»11. Saldo en cuenta abierta en LA CAIXA con número NUM008 por importe de 31.185,43 euros.

»12. Saldo en cuentas abiertas en IBERCAJA número NUM009 y NUM010 por importe de 4.338,80 euros.

»13. Saldo en cuenta abierta en IBERCAJA número NUM011 por importe de 198.000 euros.

»- Se estableció como cuota correspondiente a cada cónyuge 503.141,58 euros, adjudicándose al Sr. Cornelio en pago de su haber una cuota del 50% de la vivienda familiar, una cuota del 50% del local, el barco y el saldo de las cuentas bancarias relacionadas como Activos números 5, 6, 8, 10, 11 y 13. y a la Sra. Encarna el resto del Activo.

»- En el convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio se recogía la siguiente cláusula: “Coas anteriores adxudicaci3ns danse por liquidados ambos esposos nas súas respectivas cuotas, sen que teñan nada que reclamarse entre sí por dito concepto (...)”.

»- Doña Encarna procedió a la venta de la farmacia el pasado 23 de diciembre de 2020.

»- En el mes de junio de 2021 las partes vendieron el que fue domicilio familiar».

2.º Transcurridos más de 5 años desde la firma del convenio regulador del divorcio, que incorporaba la precitada liquidación de la sociedad legal de gananciales en los términos antes indicados, por el Sr. Cornelio se interpuso demanda de juicio ordinario cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponteareas, en el ejercicio de una acción de adición y complemento de los bienes que formaron parte del activo de la extinta sociedad de gananciales, constituida con la que, en su día, fue su esposa, al amparo del art. 1079 CC. En el suplico de la demanda solicitó se complementase el activo a liquidar de la forma que se reseña, en el hecho noveno de dicho escrito rector, de la manera siguiente:

«Así, el Activo de la sociedad de gananciales fijado en el convenio regulador firmado el 15 de octubre de 2015 ha de ser completado con las siguientes partidas, que habrán de ser actualizadas al tiempo de su liquidación:

Posteriormente, en la audiencia previa, se corrigieron dichas cantidades en el sentido de fijar el incremento de valor de la farmacia en 1.173.321 euros y el ingreso por ventas del Sergas a 80.902,60 euros.

3.º Al contestar a la demanda, entre otros extremos, la Sra. Encarna entendió que no procedía la adición de bienes del activo interesada en la demanda, dado que ya habían liquidado de forma definitiva su sociedad de gananciales, y expresar una de las cláusulas del convenio regulador suscrito y aprobado judicialmente que:

«Coas anteriores adxudicaci3ns danse por liquidados ambos esposos nas súas respectivas cuotas, sen que teñan nada que reclamarse entre sí por dito concepto» (Con las anteriores adjudicaciones se dan por liquidados ambos esposos en sus respectivas cuotas, sin que tengan nada que reclamarse entre sí por dicho concepto).

La demandada razonó que las partidas reclamadas en la demanda eran perfectamente conocidas por el actor, en el momento de proceder a la liquidación de su régimen económico matrimonial, y la precitada cláusula contenía una renuncia al ejercicio ulterior de cualquier tipo de acción, invocando también la teoría de los actos propios, y tras oponer otros argumentos en cuanto al fondo de la pretensión deducida por el demandante, terminó solicitando la desestimación de la demanda, al tiempo que formuló acción reconvenzional en la que solicitaba la adición de una serie de partidas, en los términos siguientes:

En concepto de impuestos de los ejercicios 2014 y 2015, la suma de 52.842,70 euros, de los que le corresponderían pagar el 50% a la parte demandante.

A ello deberán sumarse los 196.379 euros abonados como impuesto por la venta de la farmacia, en el caso de que se entienda que el demandante debe ser partícipe del incremento de valor de la misma.

Y, por último, el pago de los impuestos correspondiente a la venta del que era domicilio conyugal por importe de 698,92 euros.

Alcanza, por lo tanto, esta reclamación la suma de 249.920,62 euros, de los cuales correspondería abonar al demandante reconvenido la cantidad de 124.960,31 euros.

Dicha suma deberá ser debidamente actualizada al momento de la liquidación.

En su contestación a la reconvenición, el demandante se allanó a la adición de 8.887,16 del modelo 100 del ejercicio 2014, cuyo segundo pago efectuó la demandada, en noviembre de 2015, al haberse producido el devengo

constante matrimonio, correspondiendo al demandante reconvenido la mitad, y con respecto al pago que de 698,92 euros igualmente procedería su inclusión, al tratarse de un impuesto generado por la venta de un bien ganancial del que corresponde satisfacer al demandante la mitad de su importe de 349,46 euros.

4.º- Seguido el procedimiento por todos sus trámites se dictó sentencia por el juzgado en que desestimó la demanda y, con estimación parcial de la reconvencción formulada, condenó al demandante a abonar a la que fue su esposa la suma de 9.586,08 euros, en virtud del allanamiento parcial a la reconvencción formulada.

La precitada sentencia, en lo que ahora nos interesa, contiene el razonamiento siguiente:

«Ejercita el actor la acción de adición o complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales aduciendo que en el convenio regulador no se incluyeron ciertos bienes de los que tuvo conocimiento con posterioridad a la firma de dicho convenio y de la sentencia de divorcio. A raíz de la prueba practicada la acción no puede prosperar y ello por los siguientes motivos: no se alega por parte del demandante ningún vicio del consentimiento ni causa de nulidad del convenio más allá de la omisión de los bienes y para que esta omisión pueda ser tenida en cuenta en una eventual acción como la que aquí se ejercita, es necesario conforme a la reciente sentencia antes citada que no se conozcan los bienes y que además no exista una cláusula de cierre.

»Respecto del posible desconocimiento de los bienes en relación con lo reclamado, no puede el actor alegar que no conocía el préstamo hipotecario de la farmacia o el pago de las cuotas de autónomos. Tampoco puede entenderse que no comprendía ni conocía sobradamente el funcionamiento del negocio respecto de las ventas al Sergas, pues estuvo trabajando allí durante veintiséis años. Lo mismo ocurre con las cuentas de Abanca, constando en el documento 8 aportado con la demanda que tanto el actor reconvenido como la demandada reconviniendo eran titulares de esas cuentas y por tanto, se deduce que eran conscientes de su existencia, debiendo destacarse además que el certificado de la entidad bancaria es anterior al convenio regulador y a la sentencia de divorcio.

»Entiende esta juzgadora por tanto que no es posible el desconocimiento de los bienes cuya adición se pretende, no cumpliéndose el primero de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que la acción pueda prosperar.

»Pero es que no solo eso, sino que consta en el documento 2 de la demanda, en el convenio regulador adjuntado a la sentencia de divorcio que “coas anteriores adxudicacions danse por liquidados ambos esposos nas súas respectivas cuotas, sen que teñan nada que reclamarse entre sí por dito concepto (...)”.

»Dicha cláusula final redactada después de la correspondiente liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales se entiende que da por finalizada la adjudicación y que supone por tanto una renuncia a las acciones que en relación a los bienes de los que tenía conocimiento previo».

No obstante, dado el allanamiento formulado estima la acción reconvenccional.

5.º- Contra la precitada sentencia el demandante interpuso recurso de apelación, que fue turnado a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el juzgado, con la salvedad de revocar el pronunciamiento impositivo de las costas procesales que se dejó sin efecto.

En la precitada resolución se razona, en su fundamento de derecho cuarto, en lo que ahora interesa a los efectos resolutorios del recurso, lo siguiente:

«[...] Consta cumplidamente acreditado que en fecha 15 de diciembre de 2015 se dictó por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ponteareas sentencia por la que se decretaba la disolución del matrimonio formado por los litigantes en el proceso, DON Carlos Jesús y DOÑA Encarna y se aprobaba el convenio regulador firmado por los cónyuges, en el que se incluía la liquidación de su sociedad de gananciales.

»En el inventario y avalúo de la sociedad de gananciales se estipuló que no había ninguna deuda en el PASIVO de la sociedad, y se contabilizaron en el ACTIVO los bienes y derechos que ambos tuvieron por conveniente, estableciéndose como cuota correspondiente a cada cónyuge 503.141,58 euros, para cuyo pago se adjudicó al esposo, señor Cornelio el 50% de la vivienda familiar, el 50% del local, el barco y el saldo de las cuentas bancarias relacionadas como Activos números 5, 6, 8, 10, 11 y 13, y a la Sra. Encarna el resto. En el citado convenio se recogió una cláusula a cuyo tenor, con las anteriores adjudicaciones ambos esposos se daban por liquidados en sus respectivas cuotas sin que tuvieran nada más que reclamarse entre sí por dicho concepto.

»En consecuencia, ambos acordaron la liquidación de su sociedad ganancial, sin matices, además de identificar los bienes que la integraban. En este particular debemos convenir con la juzgadora a quo en que el ahora apelante no puede invocar su desconocimiento del pago del préstamo hipotecario que fue cancelado anticipadamente en fecha 9 de septiembre de 1996, ni de las cuotas de autónomo, cuyo importe se ha venido satisfaciendo hasta un momento muy anterior al de la disolución de la sociedad ganancial. Lo propio ocurre con la venta de los medicamentos o los saldos de las cuentas de ABANCA (incluso la existencia de una cuenta de la citada entidad no contemplada en el convenio) por tratarse de cuentas de la que ambos cónyuges eran titulares, además de constar en autos que dicha entidad emitió un certificado que contiene dicha información y que es anterior al convenio regulador y a la sentencia de divorcio.

»La liquidación efectuada por los cónyuges se planteaba como una liquidación total de la sociedad de gananciales, tal como resulta de la cláusula incluida en el convenio, de la que se desprende que con las adjudicaciones realizadas a cada cónyuge quedaban liquidados sus respectivos haberes derivados de la sociedad de gananciales.

»En definitiva, nos encontramos ante una liquidación querida por las partes como total, en la que no se incluyeron determinadas partidas que ambas partes conocían, al mismo tiempo que se incluía una cláusula de cierre por la que daban por finiquitada aquella. En consecuencia, debe entenderse, como hizo el juzgado, que no procede la acción de adición o complemento de la liquidación pretendida por el exesposo, pues de acuerdo con la jurisprudencia, su conducta es reveladora de una posición clara, terminante e inequívoca de que no pretendía reclamar otros bienes o derechos que los ya contemplados, de tal suerte que, el ejercicio de la acción seis años después de la liquidación resulta contrario a las exigencias de la buena fe».

6.º- Contra la precitada sentencia se interpuso por el demandante el presente recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Examen de los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal

2.1 Planteamiento y desarrollo

El motivo primero del recurso interpuesto se fundamenta en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del art. 469.1 2.º LEC, por incongruencia extra petita, y vulneración de los principios de justicia rogada y dispositivo de los artículos 216 y 218.1 de la precitada disposición general.

El motivo se fundamenta en que, en la audiencia previa, llegado el trámite procesal a que se refieren los artículos 414 y 428.1 LEC para que las partes con el tribunal fijen los hechos sobre los que existe conformidad y discordancia de los litigantes, la jueza invitó a las partes a la fijación de los hechos controvertidos, haciéndolo, en primer lugar, la parte demandante del modo que figura en la grabación de la audiencia previa (hora 9:45), y que se transcribe a continuación de forma literal:

«Sí Señoría: Nosotros entendemos que a la vista de la demanda reconventional, y estando las dos partes conformes en que procede la adición de bienes, lo que se discute es cada una de las partidas que se reclaman, su procedencia o improcedencia y su correcta contabilización».

A continuación, la jueza se dirige a la demandada y le pregunta: «¿Algo que añadir?».

Y la demandada responde: «No, nada».

Sostiene el recurrente que queda así fijada, en el momento procesal oportuno, como única cuestión controvertida entre las partes, «la discusión de cada una de las partidas que se reclaman, su procedencia o improcedencia y su correcta contabilización».

Con esta base argumentativa, el recurrente razona que, tras la celebración de la audiencia previa, ya no existía controversia sobre «si procedía o no adicionar bienes»; por todo ello, la sentencia de instancia al desestimar la demanda con fundamento en la inviabilidad de completar el activo de la extinta sociedad conyugal incurrió en el vicio de incongruencia extra petita, infringiendo los referidos preceptos de la LEC.

El demandante Sr. Cornelio entiende que el tribunal provincial se pronunció sobre algo ajeno a la cuestión planteada en apelación, toda vez que, en el fundamento jurídico tercero, hace un examen comparativo entre la demanda y el fallo para decidir la existencia o no de incongruencia en la sentencia dictada por el juzgado; pero no se pronunció sobre el desajuste entre la cuestión controvertida, tal y como quedó fijada en la audiencia previa y el fallo de la sentencia, persistiendo así en el vicio procesal denunciado en el recurso.

En definitiva, conformes las partes con que procedía la acción de adición, resultaba improcedente que tanto la juzgadora de instancia como el tribunal provincial, a la vista del texto del convenio regulador, analizasen si los cónyuges habían querido o no dejar la puerta abierta a una futura adición de otros bienes.

El segundo motivo se fundamenta en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1 2.º LEC), por vulneración de lo dispuesto en el artículo 209, regla 3.ª, de la LEC, dado que la sentencia de la audiencia provincial no consignó acertadamente las pretensiones deducidas en el recurso de apelación, al considerar erróneamente que el recurrente alegaba incongruencia omisiva. En consecuencia, la sentencia dictada en apelación, por no expresar correctamente en sus fundamentos jurídicos los puntos de hecho y de derecho fijados por la parte demandante, y los que constituían las cuestiones controvertidas, vulnera lo dispuesto en el citado precepto, que exige que las sentencias consignen con claridad y precisión las peticiones de las partes.

La íntima conexión existente entre ambos motivos permite su tratamiento conjunto, toda vez que, con fundamento en ellos, el recurrente considera que la sentencia de la audiencia se desvió de los términos del debate fijado por las partes en la audiencia previa, por lo que incurrió en incongruencia extra petita, con lesión de los principios de justicia rogada y congruencia.

2.2 Los principios de justicia rogada y congruencia

Esta Sala ha manifestado con reiteración que el principio de justicia rogada se identifica con la suma de los principios dispositivo y de aportación de parte (SSTS 611/2021, de 20 de septiembre; 61/2022, de 1 de febrero, 220/2022, de 20 de marzo, o más recientemente 628/2024, de 13 de mayo, 1466/2024, de 6 de noviembre; 1666/2024, de 12 de diciembre; 554/2026, de 13 de abril y 592/2026, de 16 de abril, entre otras), configurado como una exigencia normativizada en el art. 216 LEC cuando establece que:

«Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

A dicho principio rector del proceso civil, se refiere el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, en los términos siguientes:

«La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

»De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado».

En efecto, el principio de justicia rogada es una manifestación del principio dispositivo, conforme al cual la iniciación del proceso civil corresponde a las personas físicas o jurídicas que lo promueven, sin que quepa su apertura de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales (*nemo iudex sine actore*, no hay juicio sin demandante), de manera tal que nadie puede ser obligado a poner en marcha el mecanismo del proceso mediante el ejercicio de la acción (*nemo invitus agere cogatur*, nadie debe ser compelido a demandar contra su voluntad). Así resulta del juego normativo de los arts. 399 LEC -«el juicio principiará por demanda»-, 549 LEC -«sólo se despachará ejecución a petición de parte»- y 721.1.2 LEC -«las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el Tribunal»-, preceptos todos ellos que condicionan la apertura de los procesos declarativo, de ejecución y cautelar a la iniciativa de parte.

El precitado principio abarca, también, la delimitación del objeto del proceso; es decir, el contenido de la pretensión ejercitada en juicio con la explicitación de sus elementos configuradores, tanto los subjetivos: personas contra las que dirige la demanda, como los objetivos: causa petendi y petitum (fundamento fáctico y jurídico de lo pretendido y concreta petición que se formula para su simple reconocimiento o declaración y/o pronunciamiento de condena por parte del tribunal sentenciador). Bajo el mismo principio de rogación, el art. 412 LEC norma que corresponde a las partes la delimitación del contenido del proceso, al señalar que se establecerá «lo que sea objeto del proceso en la demanda, contestación y, en su caso reconvencción», prototípicos actos procesales de parte.

Análogamente, la parte demandada es libre de oponerse total o parcialmente a la demanda, allanarse a todas o algunas de las pretensiones deducidas, o, incluso, formular demanda reconvenzional, ampliando de esta forma el objeto sobre el que versará el proceso mediante una permitida acumulación de acciones por inserción (arts. 21, 405, 406 y 407 LEC).

Ahora bien, el art. 216 de la LEC, que consagra el principio de justicia rogada, contiene de igual forma indiscutibles manifestaciones del principio de aportación de parte, en tanto en cuanto establece que compete a los litigantes incorporar al proceso los hechos y las pruebas para acreditarlos; mientras que a los tribunales corresponde la función de recepcionarlos, valorarlos y resolver la controversia suscitada con base en ellos.

En virtud de tal principio -aportación de parte-, al tribunal le está vedada la posibilidad de investigar las fuentes de prueba, así como introducir o valorar hechos en el proceso que no hayan sido oportunamente alegados por las partes; es más, con respecto a los alegados por una parte y admitidos por la contraria, están exentos de prueba (art. 281.3 LEC), puesto que esta ha de versar únicamente sobre los hechos controvertidos fijados por los litigantes. En definitiva, rigen los aforismos latinos: *da mihi factum*, *dado tibi ius* (dame los hechos y yo te daré el derecho), *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* (el juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes), y *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos no existe para el proceso). De esta forma, se expresa además el art. 282 de la LEC, cuando norma que «las pruebas se practicarán a instancia de parte», con las concretas excepciones que la ley expresamente contempla.

No obstante, es difícil encontrar un modelo procesal puro que no admita ciertas excepciones a este principio de aportación de parte, que llevado a sus últimas consecuencias convertiría al Juez en un mero espectador impasible, a modo de convidado de piedra, de la actividad procesal de los litigantes. Así las leyes procesales confieren al Juez facultades de dirección en la actividad probatoria desplegada por los contendientes, admitiendo y rechazando las pruebas propuestas mediante su sometimiento a un test de pertinencia, utilidad y legalidad, interviene en su práctica con la posibilidad de formular preguntas a testigos, peritos y litigantes o, incluso, se le confiere una cierta iniciativa probatoria subordinada a la aceptación de parte en el art. 429.1 LEC, o, excepcionalmente y de forma muy restrictiva, mediante la posibilidad de acordar diligencias finales de oficio en los términos del art. 435.2 LEC.

En definitiva, el poder del juez se encuentra supeditado a la actividad de las partes, y en ello consiste la esencia del principio de justicia rogada en los términos antes explicitados, naturalmente con la salvedad de los procedimientos especiales no dispositivos del Libro IV de la LEC (arts. 282, 752, 759, 762, 763, 770, 774 y 777, entre otros), o las facultades de oficio otorgadas a los tribunales para la efectividad del principio de orden público de la protección de consumidores y usuarios, conforme reiterada jurisprudencia del TJUE, de obligada observancia por los tribunales nacionales (art. 4 bis LOPJ).

Indiscutible manifestación de estos principios, en el proceso civil, es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que las decisiones adoptadas por los tribunales habrán de ser congruentes con las mismas, sin que puedan otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido; de esta manera, la jurisprudencia recuerda la correlación que ha de existir entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (SSTS 795/2010, de 29 de noviembre, 132/2020, de 27 de febrero, 488/2021, de 6 de julio y 386/2026, de 11 de marzo, entre otras muchas), y así norma el art. 218.1 LEC que:

«Las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito.

»Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate».

En definitiva, en la estructura del proceso civil, los litigantes, mediante sus actos alegatorios orales o escritos, determinan el objeto sobre el que ha de versar el juicio, a través de la exteriorización de las pretensiones y resistencias ejercitadas, que conforman la cuestión controvertida sometida a consideración judicial, lo que no deja de constituir, como ya hemos destacado, una manifestación del principio dispositivo comprendido en el art. 216 de la LEC, bajo el epígrafe de la justicia rogada. El papel del juez es distinto, en cuanto radica en satisfacer el derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución, en adelante CE) por medio de la sentencia que zanja el litigio; claro está, bajo una estructura de contradicción como manifestación elemental del derecho de defensa, que garantiza el art. 24.2 CE, al proscribir cualquier clase de indefensión. De esta forma, la sentencia es un acto procesal del juez, que contiene el juicio lógico que conduce a la decisión del litigio, pero siempre dentro del contorno de lo debatido por las partes en juicio.

Tal y como expusimos en la STS 1387/2025, de 7 de octubre:

«En el panorama expuesto, la congruencia se configura como un requisito inexcusable de toda sentencia y como una garantía elemental para las partes, que habrá de ser escrupulosamente observada por los órganos jurisdiccionales, con la finalidad de impedir sentencias sorpresivas que se desvíen del objeto del proceso, pues deviene indiscutible que los litigantes gozan del derecho a obtener una resolución judicial cuyos términos han delimitado, tanto subjetiva como objetivamente, con plena participación en el procedimiento de formación de tan fundamental acto decisorio, que pone fin al proceso».

En este sentido, nos pronunciamos, también, en la STS 135/2025, de 27 de enero, cuando señalamos que:

«Las sentencias han de ser la respuesta judicial a las pretensiones y resistencias de las partes oportunamente deducidas en sus escritos alegatorios, todo ello con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del que son titulares los litigantes, los cuales tienen un indiscutible interés jurídico en obtener una respuesta motivada a las pretensiones deducidas dentro de los términos del debate judicializado sometido a consideración de los tribunales, que no pueden desviarse de las cuestiones planteadas por las partes constitutivas del objeto del proceso; pues, en otro caso, se podría privarles del derecho de influir en el contenido de la decisión, colocándolas en una inadmisibles situación de indefensión prohibida por el art. 24.2 CE con lesión del principio de contradicción».

Bajo las consideraciones expuestas, fácil es concluir, como ya hemos advertido, la necesaria correlación que debe existir entre el principio de justicia rogada del art. 216 LEC, con el deber de congruencia del art. 218.1 LEC, al ser este último respuesta o consecuencia de las facultades configuradoras que atribuye a los litigantes el primero de dichos preceptos, constituido en pilar básico sobre el que descansa la estructura del proceso civil.

Esta obligada vinculación entre las pretensiones deducidas por los litigantes y lo resuelto en las sentencias judiciales adquiere, además, relevancia y dimensión constitucional, toda vez que resulta lesionado el principio de

contradicción protegido por el art. 24.2 CE, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal con indefensión de las partes que, al no tener conciencia del efectivo alcance de la controversia, no pueden activar adecuadamente la defensa de sus intereses (por todas, SSTs 69/2020, de 3 de febrero; 207/2022, de 15 de marzo, 509/2022, de 28 de junio y 380/2024, de 14 de marzo, entre otras).

La jurisprudencia ha repetido hasta la saciedad, al proceder a la exégesis del art. 218.1 de la LEC, que la congruencia exige, por consiguiente, una correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo de la sentencia en atención a las peticiones formuladas y a la causa de pedir (SSTs 580/2016, de 30 de julio; 548/2020, de 22 de octubre; 751/2021, de 2 de noviembre; 341/2022, de 3 de mayo; 646/2023, de 3 de mayo; 1466/2024, de 6 de noviembre, 129/2025, de 27 de enero y 1387/2025, de 7 de octubre, entre otras muchas).

En consecuencia, una sentencia es incongruente si concede más de lo pedido por las partes (*ultra petita*), se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por los litigantes (*extra petita*), se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por ellas, siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida (*citra petita*); por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitem*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por la contraparte (SSTs 604/2019, de 12 de noviembre; 526/2020, de 14 de octubre; 751/2021, de 2 de noviembre; 364/2022, de 4 de mayo; 511/2023, de 18 de abril; 380/2024, de 14 de marzo; 129/2025, de 27 de enero y 1387/2025, de 7 de octubre, entre otras muchas).

En cualquier caso, este deber de congruencia se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (entre otras, SSTs 707/2016, de 25 de noviembre, 148/2016, de 10 de marzo, 1695/2023, de 5 de diciembre, 1594/2025, de 11 de noviembre, 201/2026, de 11 de febrero, entre otras).

2.3 Decisión de los motivos del recurso

El recurrente se queja de que las sentencias de ambas instancias se desviaron indebidamente del objeto del proceso delimitado por los litigantes, incurriendo en incongruencia *extra petita*, al expresar el demandante, en el acto de la audiencia previa, al amparo del art. 428 LEC, que «estando las dos partes conformes en que procede la adición de bienes, lo que se discute es cada una de las partidas que se reclaman, su procedencia o improcedencia y su correcta contabilización» y que, cuando la jueza le concede a la demandada la palabra por si tenía algo que añadir, esta responde «no, nada»; de lo que el demandante deduce que la contraparte abandonó su pretensión de considerar renunciadas las acciones de adición o impugnación de la liquidación mediante la utilización de la cláusula de cierre contenida en el convenio regulador según la cual: «con las anteriores adjudicaciones se dan por liquidados ambos esposos en sus respectivas cuotas, sin que tengan nada que reclamarse entre sí por dicho concepto».

No obstante, no cabe aceptar este alegato impugnativo, puesto que es clara la posición sostenida por la demandada reiteradamente expresada en el escrito de contestación de la demanda, reproducida en el acto del juicio, e igualmente sostenida al oponerse a los recursos de apelación e infracción procesal, relativa a la validez y eficacia de la mentada cláusula de renuncia contenida en el convenio regulador liquidatorio del haber ganancial, con lo que ninguna indefensión o sorpresa sufrió la demandante, que fundamenta su recurso extraordinario por infracción procesal en una afirmación suya que no respondía a una coincidente posición de ambas partes sobre los hechos efectivamente controvertidos en el proceso; puesto que formular una acción reconvencional no es incompatible con otorgar eficacia a la precitada estipulación del convenio regulador, y con fundamento en ella postular reiteradamente la desestimación de la demanda principal, cuando además alguna de las peticiones formuladas en ella quedaban condicionadas a la estimación de la demanda principal, y otras conformaban gastos no contemplados en las operaciones liquidatorias, como el pago de los impuestos de la venta ulterior de una vivienda adjudicada en proindiviso a ambos litigantes o pagos pendientes de IRPF.

En cualquier caso, no podemos compartir el argumento de que, como consecuencia de la referida transcripción de lo manifestado por el demandante en el acto de la audiencia previa, se abandonase por la demandada la oposición fundada en la eficacia vinculante de tal cláusula del convenio regulador, cuando las partes, al comienzo de la audiencia previa, ratificaron cada una de ellas sus respectivas demanda y contestación, sin que alcanzasen en tal acto procesal algún acuerdo o transacción para zanjar sus diferencias (art. 414 LEC), o dejaran con claridad delimitado el objeto de la controversia (art. 428 LEC), apartándose la demandada del principal motivo de defensa esgrimido mediante la utilización de la ambigua expresión: «No, nada que añadir».

Todo ello conjugado, además, con la circunstancia de la inconsistente carga significativa de la fórmula empleada por el recurrente cuando mantuvo, como objeto de debate en el proceso, la procedencia o improcedencia de las partidas del activo, cuestión que, por lo tanto, quedaba viva y pendiente de decisión judicial, con respecto a la cual la parte demandada consideraba absolutamente improcedentes las adiciones formuladas por el demandante, al conocer este las partidas del activo, posteriormente reclamadas en el presente juicio, al tiempo de suscribir el convenio regulador del divorcio del matrimonio que le vinculaba con la demandada, no demostrar haber incurrido en error alguno en la expresión de su consentimiento en el referido negocio jurídico de familia, y manifestar que daba por

liquidada su cuota sin tener nada que reclamar, todo ello además asesorado por su letrado, y formulada su demanda casi seis años después de la firma de tal convenio, generando una situación de confianza en la contraparte concerniente a que tal supuesto derecho no iba a ser ejercitado por el carácter vinculante de los actos propios derivados del principio de buena fe consagrado en el art. 7 del Código Civil.

En definitiva, de la frase empleada por la demandada en la que se limita a señalar que no tiene nada que añadir, no cabe obtener, con un mínimo de rigor, la conclusión de la existencia de un concurso de voluntades de los litigantes con respecto a la exclusión del objeto del proceso del principal argumento obstativo, esgrimido por la Sra. Encarna, contra la prosperabilidad de la demanda, cuando no concurren mimbres mínimamente sólidos para obtener el re-frendo judicial a estos dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal de tal forma contruidos por la representación jurídica del Sr. Cornelio.

Por otra parte, no se utilizan otros argumentos de derecho material o sustantivo que impugnen la validez y eficacia de la precitada cláusula del convenio regulador del divorcio de los litigantes, que contiene la liquidación y adjudicación de los bienes de su haber ganancial, pues todo se funda en la supuesta infracción procesal cometida por la sentencia recurrida.

TERCERO.- Tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

El tercer motivo por infracción procesal, con fundamento igualmente en el artículo 469.1.2.º LEC, se fundamenta en la vulneración del artículo 214 LEC sobre la invariabilidad de las resoluciones e indebida aplicación del art. 215.2 LEC. Este motivo carece ya de cualquier efecto útil al entrarse en el conocimiento de los dos primeros motivos de oposición, y considerar que la sentencia recurrida no incurrió en la lesión de los principios de justicia rogada e incongruencia extra petita alegados.

En la STS 429/2013, de 11 de junio, cuya doctrina reproducen las más recientes SSTS 1137/2025, de 15 de julio, 1740/2025, de 28 de noviembre, 182/2026, de 10 de febrero y 182/2026, de 10 de febrero, declaramos que:

«En aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil del recurso viene declarando esta Sala [...] que no puede surtir efecto un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido pues el recurso no procede cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida (SSTS de 7 de abril de 1995, RC n.º 431/1992, 15 de junio de 2006, RC n.º 4145/1999, 26 de diciembre de 2006, RC n.º 468/2000, 29 de noviembre de 2007, RC n.º 3929/2000, 28 de marzo de 2011, RC n.º 191/2008, 29 de marzo de 2011, RC n.º 2255/2007), incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por la sentencia impugnada si la estimación del recurso no produce una modificación del fallo (STS de 2 de junio de 2008, RC n.º 2522/2001). Este es el fundamento de la doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil del recurso, que esta Sala ha aplicado con reiteración y que lleva a la desestimación del recurso cuando la parte dispositiva de la sentencia, apoyada en una argumentación no aceptable jurídicamente, resulta, sin embargo, procedente conforme a fundamentos distintos que podrían haber sido utilizados para decidir la cuestión (STS de 20 de febrero de 2007, RC n.º 3609/1999). Conforme a este criterio no procede acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo deba ser mantenido con otros argumentos (SSTS de 11 de octubre de 2006, RC n.º 4490/1999, 10 de diciembre de 2008, RC n.º 2901/2003, 3 de junio de 2009, RC n.º 1389/2006)».

CUARTO.- Cuarto y último motivo del recurso de casación

Este último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se interpone, al amparo del art. 469.1 4.º LEC, por vulneración de los arts. 14 y 24 CE. El recurso se fundamenta en que, al dar validez a la cláusula de exclusión de reclamaciones ulteriores y conformidad de las partes con las adjudicaciones formuladas en la liquidación del haber ganancial, se dejó de resolver la solicitud de adición de bienes instada por el demandante, pero, sin embargo, la sentencia admitió la acción reconvenzional de adición con respecto a las reclamadas por la demandada, con la que se le dio un injustificado trato diferente atentatorio al principio de igualdad.

En primer lugar, el art. 14 CE, que proclama el principio constitucional de igualdad, no constituye un precepto específico de infracción procesal.

Por otra parte, en este caso, solo cabe analizar las dos partidas objeto de condena, no las que han sido excluidas y que han adquirido firmeza. Además, con respecto a estas el recurrente se allanó, por lo que, de tal forma, dispuso de su derecho material discutido en el proceso (art. 21 LEC), incluso el impuesto derivado de la venta posterior de la vivienda adjudicada en proindiviso a ambas partes se devengó vigente una comunidad ordinaria.

QUINTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante D. Cornelio contra la sentencia 404/2023, de 24 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación n.º 143/2023.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso interpuesto que desestimamos, así como decretamos la pérdida del depósito constituido.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de Mayo de 2026

Los gastos de IBI y cuotas de comunidad de propietarios corresponden al propietario del inmueble y no al usuario (art. 9 LPH) salvo que en la sentencia de separación o divorcio se hubiere acordado otra cosa. Estos gastos tienen carácter propter rem y, tras la disolución de la sociedad de gananciales y hasta su liquidación efectiva, constituyen una deuda de la sociedad postganancial que debe incluirse en el pasivo del inventario. Por tanto, el cónyuge que satisfizo dichos recibos con sus bienes propios ostenta un crédito actualizado contra la masa común que debe ser reconocido en las operaciones divisorias.

Roj: STS 2087/2026 - ECLI:ES:TS:2026:2087

Nº de Recurso: 2599/2024

Sentencia núm. 667/2026

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D. Manuel Almenar Belenguer

D.ª Raquel Blázquez Martín

En Madrid, a 4 de mayo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia núm. 62/2024, de 16 de febrero, dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz (sede en Mérida), en el rollo de apelación núm. 320/2023, derivado de los autos de liquidación de sociedad de gananciales núm. 37/2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villanueva de la Serena. Es parte recurrente D.ª Josefa, representada por el procurador D. Manuel Torres Jiménez y bajo la dirección letrada de D. Manuel Tapia Peña, y parte recurrida D. Eutimio, representado por el procurador D. Víctor Alfaro Ramos y bajo la dirección letrada de D.ª Ana Isabel Bahamonde Moreno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador D. Víctor Alfaro Ramos, en nombre y representación de D. Eutimio, formuló solicitud de formación de inventario de los bienes de la sociedad de gananciales frente a D.ª Josefa, en la que solicitaba:

«Que teniendo por presentado este escrito junto con sus documentos, se sirva admitirlo, junto con los documentos que le acompañan, y dicte resolución por la que se acuerde la formación de inventario de acuerdo con los hechos.»

2.- La demanda fue presentada el 14 de enero de 2022 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villanueva de la Serena, se registró como liquidación de sociedad de gananciales núm. 37/2022. Una vez admitida a trámite, se procedió a la citación de las partes para la formación de inventario, que fue llevado a efecto con el resultado que consta en acta de fecha 7 de septiembre de 2022.

3.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villanueva de la Serena dictó sentencia núm. 51/2023, de 5 de mayo, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimo en parte la oposición formulada por el Procurador Sr. Torres Jiménez, en nombre y representación de D^a Josefa al inventario propuesto por D. Eutimio, debiendo incluirse en el inventario los bienes recogidos en el fundamento de derecho tercero. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

4.- Por la representación procesal de D. Eutimio se interesó la aclaración/rectificación de la sentencia, a lo que se accedió parcialmente por auto de fecha 24 de mayo de 2023, en el que se acordó:

«Estimar la petición formulada por de aclarar la sentencia, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica:

»1.- Se hace constar que el calentador se menciona por primera vez, en el acto del Juicio. No se admite pero no por estimarse la oposición, si no por extemporánea.

»2.-Que ciertamente existe un error al hablarse en el fallo de la sentencia del fundamento de derecho tercero cuando realmente es segundo.

»3.- No hay ningún extremo de la oposición que se halla [sic] estimado por esta Juzgadora; por lo que procede la imposición de costas a la demandada.»

5.- La representación procesal de D^a Josefa formuló escrito de solicitud de corrección de error material de la sentencia y escrito de aclaración del auto de fecha 24 de mayo, dictándose auto de fecha 15 de junio de 2023, en el que se acordó:

«Aclarar que al Sr. Eutimio le corresponde el 48,66%, y a la Sra. Josefa le corresponde el 51,33% de la vivienda y del garaje.

»No ha lugar a la aclaración segunda solicitada por el procurador Sr. TORRES JIMENEZ puesto que el actor no acepta SIN MÁS el pago de los últimos cinco años, dice que ofrece pagarlos en caso de llegar a un acuerdo. Dado que no hubo acuerdo no puede entenderse que hubiera reconocimiento por lo que no puede incluirse y, por tanto no procede la aclaración.»

SEGUNDO. Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D^a Josefa. La representación de D. Eutimio se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Badajoz (sede en Mérida), que incoó el recurso de apelación núm. 320/2023, en el que, previos los oportunos trámites, recayó sentencia núm. 62/2024, de 16 de febrero, cuya parte dispositiva, literalmente copiada, dice:

«Desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador Sr. Torres Jiménez, en nombre y representación de D^a Josefa, frente a la sentencia dictada, con fecha 5 de mayo de 2023, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Villanueva de la Serena en el procedimiento de LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES n.º 37/2022, CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN.

»Se imponen las costas causadas a la parte recurrente.»

TERCERO. Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- El procurador D. Manuel Torres Jiménez, en representación de D^a Josefa, interpuso recurso de casación, que se fundamenta en el siguiente motivo:

«Vulneración de los artículos 1362-2.º y 393 del Código Civil, en relación con el artículo 9.1. e) y f) de la Ley de Propiedad Horizontal y de la doctrina jurisprudencial.»

2.- La Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Badajoz (sede en Mérida), tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes por término de treinta días.

3.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, esta Sala dictó auto de 3 de diciembre de 2025, por el que se admitió el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida personada, que se opuso al formulado en contrario.

4.- Por providencia de 16 de marzo de 2026 se designó nuevo ponente al que lo es en este acto y, al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de abril de 2026, en que ha tenido lugar con el resultado que seguidamente se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes relevantes.

1.- Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del recurso, no cuestionados por las partes o acreditados por la prueba practicada, los siguientes:

i) D.^a Josefa y D. Eutimio contrajeron matrimonio el día 20 de agosto de 1994 en la localidad de DIRECCION000 (Badajoz), bajo el régimen de gananciales; fruto de esta relación tuvieron una hija.

ii) La unidad familiar estableció su residencia en la localidad de DIRECCION001, DIRECCION002, vivienda de protección oficial adquirida, junto a la plaza de garaje vinculada, en proindiviso con carácter privativo por ambos antes de contraer matrimonio, y gravada mediante hipoteca constituida en garantía del préstamo concedido para su financiación.

iii) En el año 2002, los cónyuges decidieron poner fin a la convivencia, tramitándose por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villanueva de la Serena el procedimiento de separación de mutuo acuerdo núm. 136/2002, en el que, con fecha 18 de septiembre de 2002, recayó sentencia por la que se declaró la separación del matrimonio y se adoptaron como medidas definitivas, entre otras, la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija menor, la asignación a ambas del uso y disfrute de la vivienda familiar, y la obligación del padre de contribuir al sostenimiento de las cargas en las cantidades de 150 euros/mes, en concepto de alimentos para la hija menor, y 150 euros/mes, para hacer frente al préstamo hipotecario, que quedó amortizado en marzo de 2009.

iv) En virtud de sentencia dictada el 17 de diciembre de 2020, en el procedimiento de divorcio seguido a instancia de D. Eutimio ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villanueva de la Serena, se declaró el divorcio del matrimonio, así como la extinción de la pensión de alimentos en favor de la hija y del uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar.

2.- El presente procedimiento trae causa de la solicitud de formación inventario formulada por D. Eutimio, como presupuesto para la liquidación de la sociedad de gananciales, y a la que acompañaba la oportuna propuesta, a la que, en la junta convocada al efecto, se opuso D.^a Josefa.

En síntesis, ambas partes se mostraron de acuerdo en la inclusión en el activo de la vivienda y garaje sitos en la DIRECCION002 de DIRECCION001 y del ajuar doméstico, centrándose las discrepancias en (i) la determinación del porcentaje ganancial que corresponde a cada excónyuge en la vivienda, y (ii) la inclusión en el pasivo, interesada por la demandada, de las cantidades satisfechas por ella desde la separación por el IBI de la vivienda y de la plaza de garaje, las cuotas de la Comunidad de Propietarios y las obras realizadas en el baño de la vivienda.

3.- Seguido el procedimiento por sus trámites, la sentencia de primera instancia desestima la oposición de la demandada y declara que deben incluirse en el inventario, como partidas del activo, la vivienda y la plaza de garaje con un porcentaje de participación del 48,66% a favor del Sr. Eutimio y del 51,33% a favor de la Sra. Josefa, así como el ajuar doméstico al 50%, sin que haya lugar al IBI, las cuotas de la Comunidad y las obras de reforma del baño.

Concretamente, tras explicar que ambas partes están conformes con la inclusión tanto de la parte privativa como la ganancial de la vivienda y el garaje, y que la discrepancia surge a la hora de determinar el porcentaje ganancial que le corresponde a cada uno de ellos, ya que el actor afirma que el suyo sería el 48,66% frente al 51,33% de la demandada, mientras que ésta se atribuye el 52,61% correspondiéndole al actor el 47,39%, diferencia que depende del momento tenido en cuenta por cada uno de ellos para fijar el dies a quo de la disolución de la sociedad de gananciales (el actor está la fecha de la sentencia de separación de 18 de septiembre de 2002, en tanto la demandada parte de la fecha de la separación de hecho, que se remontaría a febrero de 2002), la sentencia trae a colación la jurisprudencia recaída sobre este punto, a la luz de la cual considera que, dado que no existe prueba de que, con carácter previo a la separación judicialmente acordada, se hubiese producido una separación de hecho, y, en todo caso, para que pudiera tomarse en consideración, debería haber sido prolongada en el tiempo, lo que aquí no sucede, ha de atenderse a la fecha de la sentencia que declaró la separación.

Respecto al ajuar, al hallarse las partes conformes en su distribución al 50%, la sentencia se limita a aprobar el acuerdo.

Con relación al pasivo, la sentencia rechaza la inclusión de las cantidades abonadas por la demandada en concepto de IBI de la vivienda y del garaje, así como por las cuotas de Comunidad de la vivienda y del garaje desde momento de la separación de los cónyuges porque:

«en el inventario no pueden incluirse las deudas de un cónyuge contra otro sino de los cónyuges contra la sociedad de gananciales (Art. 1398 Cc). Los importes que se están reclamando no constituyen una deuda de la sociedad de gananciales ya que se devengaron una vez disuelta la misma, por lo que no es la formación de inventario el cauce procesal para su reclamación.»

Finalmente, en cuanto a la partida por obras en el baño de la vivienda familiar, la sentencia afirma que no procede su inclusión en el pasivo pues que:

«Nada acredita la demandada acerca de la necesidad del gasto, e igualmente que para la realización del mismo haya contado con el consentimiento del actor. La sustitución de una bañera por un plato de ducha, en principio no supone como tal una mejora del inmueble que necesariamente vaya a tener una repercusión directa a la hora de proceder a su tasación. Nada se ha practicado sobre los motivos que llevaron a la demandada a realizar la obra, pudiendo obedecer simplemente a necesidades propias para un correcto uso, lo que entraría dentro de los gastos ordinarios.»

4.- La demandada D.^a Josefa interpone recurso de apelación, en el que reitera la petición de inclusión en el pasivo del inventario de la sociedad de gananciales de (i) los recibos de IBI y Comunidad de Propietarios abonados por la recurrente tras la sentencia de separación (14.912,48 euros), y (ii) el importe abonado por la obra de conservación y mejora (429,25 euros).

La Audiencia rechaza el recurso y confirma la sentencia de instancia en sus propios términos.

Resumidamente, la Audiencia descarta que proceda incluir los recibos de IBI y las cuotas de la Comunidad de Propietarios de la vivienda familiar en el pasivo del inventario puesto que, por un lado, en la medida que se trata de liquidar la sociedad de gananciales, no se pueden incluir las deudas que hayan podido sobrevenir tras la disolución de la sociedad; y, por otro lado, no se están incluyendo en el activo los inmuebles que habrían generado los gastos de IBI y de CPP como gananciales, por lo que faltaría el presupuesto que justificaría su inclusión. En concreto, sobre este último punto, se dice:

«no se ha incluido, en el activo, ni la totalidad de la vivienda/garaje como ganancial, ni tampoco un porcentaje de la misma, sino que, directamente, se ha pretendido proceder a la división jurídica de las fincas adjudicando a cada una de las partes un porcentaje privativo por lo que, en realidad, no se están incluyendo en el activo los inmuebles que habrían generado los gastos de IBI y de CPP como gananciales, ni en todo, ni en parte, por lo que, como presupuesto, tampoco procedería la inclusión (ni como ganancial ni como postganancial) de la totalidad de los recibos de IBI y de CCPP de la vivienda/garaje ya que, no sólo los inmuebles tendrían realmente una naturaleza mixta, sino que, no habiéndose incluido formalmente esos bienes en el activo, como gananciales, no concurriría el presupuesto que, salvo acuerdo de las partes, permitiría incluir, en el pasivo del inventario, los gastos generados por los mismos.»

Y por lo que se refiere a la cantidad reclamada por las obras ejecutadas en el baño, se desestima al entender que, primero, la no inclusión formal en el inventario de la sociedad de gananciales de la vivienda como ganancial ni en todo ni en parte, resultaría contradictoria con la pretensión de incluir en el pasivo ganancial las obras realizadas en la vivienda; y, segundo, no habiéndose practicado prueba que demostrase lo contrario, una obra consistente en el cambio de una bañera por una ducha supondría una mejora realizada unilateralmente por la recurrente, sin el consentimiento de la otra parte, por lo que sería de aplicación lo dispuesto en el art. 397 CC.

5.- La demandada D.^a Josefa interpone recurso de casación, circunscrito a la exclusión de las cantidades abonadas por recibos del IBI y las cuotas de la Comunidad de Propietarios, y que se fundamenta en un único motivo.

SEGUNDO.- Planteamiento del motivo. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1.- En el encabezamiento del único motivo de recurso se denuncia la vulneración, por inaplicación, los arts. 362-2.º y 393 del Código Civil, en relación con el art. 9.1. e) y f) de la Ley de Propiedad Horizontal, y de la doctrina jurisprudencial plasmada en las sentencias de esta sala 399/2018, de 27 de junio, de 2008, 646/2006, de 20 de junio de 2006, 563/2006, de 1 de junio, y 373/2005, de 25 de mayo.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia impugnada ha excluido del pasivo del inventario la partida correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos en concepto de IBI y de cuotas de la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la vivienda conyugal, con base en que «no se pueden incluir las deudas que hayan podido sobrevenir tras la disolución de la sociedad, aunque las mismas puedan considerarse pasivo de la comunidad postganancial». Sin embargo, este razonamiento desconoce los mencionados preceptos y la doctrina jurisprudencial recaída en su interpretación, normativa y jurisprudencia conforme a la cual tales gastos son, en todo caso, a cargo de los propietarios.

Así, con arreglo al art. 9.1 e) y f) LPH, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento, sin que la no utilización de un elemento común exima del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos. No se trata en consecuencia de deudas sobrevenidas, sino preexistentes, unidas a la propiedad, dado que se trata de gastos que tienen origen en la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes (art 1362.2º CC).

2.- Por otra parte, la inclusión en el activo ganancial de la totalidad de la vivienda y el garaje, tanto la parte que fuera considerada privativa como ganancial, así como de los porcentajes establecidos sobre la totalidad de la vivienda, deriva de la sentencia de primera instancia, que lo incluye en el activo según indica la misma resolución por acuerdo de las partes, sin que haya sido objeto de apelación, por lo que no ha formado parte del debate en segunda instancia.

TERCERO.- Doctrina jurisprudencial aplicable.

1.- No se discute que, disuelta la sociedad de gananciales, las deudas contraídas ex novo (de nuevo) por cada uno de los cónyuges serán exclusivamente privativas, y los ingresos provenientes de su trabajo, así como el rendimiento de los bienes privativos, dejan de ser gananciales. Cuestión distinta es el régimen jurídico derivado de las deudas pendientes al tiempo de la disolución de la sociedad y los gastos que graven o generen a posteriori los bienes

comunes; deudas y gastos que, como ha declarado la sala en reiteradas ocasiones, deberán incluirse en el pasivo del inventario, si son abonados por cualquiera de los cónyuges con bienes propios.

2.- En este sentido, la sentencia 564/2024, de 25 de abril, con cita de otras anteriores, en relación con los gastos de IBI y cuotas comunitarias devengadas y abonadas por uno de los excónyuges con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, recuerda:

«5.º- Por otra parte, en la sentencia 399/2018, de 27 de junio, con respecto a las cuotas comunitarias, las considera deudas de la sociedad, y como tales deben tenerse en cuenta en la liquidación de los gananciales, y así hemos señalado que:

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

»La condición de gasto extraordinario de la derrama determina que se le deba dar el mismo tratamiento que las cuotas comunitarias. Argumento que podría extenderse, también, al seguro de la vivienda, en tanto en cuanto cubre los daños o desperfectos sufridos en su continente y contenido en favor de la propiedad, condición que ostentan ambos litigantes.

»Por lo que respecta al pago del IBI, la sentencia 563/2006, de 1 de junio, la considera también deuda de la extinta sociedad de gananciales, y sí es pagada por cualquiera de sus titulares, antes de la liquidación, íntegra una partida legítima del pasivo del inventario, como crédito a favor del cónyuge o ex cónyuge con cuyos bienes privativos se cumplió con dicha obligación fiscal. Dicha resolución señala:

»"En cuanto al pago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad, no sobre la posesión. El piso, garaje y trastero pertenecían, en dominio, a la comunidad de gananciales y tras la disolución de ésta por la sentencia de separación conyugal, a la comunidad postganancial, romana pro indiviso contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código civil que, por ello, corresponde en propiedad, por mitad, a ambos cónyuges. Por tanto, si los ha pagado ella, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad".»

Asimismo, la referida sentencia 562/2024, de 25 de abril, rechaza que las partidas correspondientes a deudas, impensas o cantidades satisfechas por uno de los excónyuges, por distintas obras e instalaciones llevadas a efecto en la vivienda común, deban ser objeto de reclamación en un juicio declarativo independiente:

«[...] con tal tesis se sostiene que procedería una doble liquidación. Esto es, la de la sociedad ganancial hasta la fecha de la disolución; y otra distinta, la de la comunidad postganancial a partir de tal data. De manera tal, que las deudas pendientes de la sociedad, no vencidas, y los pagos de éstas llevados a efecto por cualquier de los titulares del haber común, tras la sentencia matrimonial (art. 95 CC), así como los gastos de reparación, conservación y mejora de los bienes comunes, realizados en tal periodo de tiempo, no tendrían cabida en el procedimiento de liquidación de los gananciales, como tampoco, en congruencia con lo razonado, la inclusión de los rendimientos y frutos que siguieran generando tales bienes, en contra del criterio de esta sala exteriorizado, por ejemplo, en las sentencias 39/2024, de 15 de enero y 396/2024, de 19 de marzo, relativas a rendimientos económicos de los bienes comunes.

»[...]

»8.º- Son impensas necesarias, las que tienen por finalidad asegurar la conservación del inmueble como las reparaciones efectuadas; y útiles, las que, sin ser estrictamente necesarias, dan mayor valor al inmueble. En el recurso realmente no se cuestiona la inclusión de los gastos efectuados en una o en ambas de dichas categorías, mediante argumentos, sometidos a contradicción, que posibiliten la defensa de la contraparte, y hagan viable la decisión del tribunal sobre una cuestión de tal clase. El recurso se centra, por el contrario, en considerar que dichas partidas deben ser, necesariamente, excluidas de las operaciones liquidatorias por no ser su cauce decisorio procedente, lo que no es de recibo.

»9.º- Los gastos, que pertenecen o gravan la propiedad de los bienes comunes, así como las impensas necesarias y útiles hechas en ellos, son susceptibles de inclusión en el inventario ganancial, sin que, con tal criterio, se cause indefensión al recurrente, puesto que, en el presente procedimiento de fijación de los bienes y derechos del inventario, que comprende también las partidas del pasivo (art. 1396 CC), ha contado con todos los medios de defensa para

cuestionar la procedencia de los gastos reclamados como deudas a cargo de la sociedad por su naturaleza, necesidad y cuantía, sin que, para ello, deba acudir a un procedimiento declarativo autónomo o independiente como sostiene en su recurso.»

3.- Más recientemente, la sentencia 11/2025, de 7 de enero, insiste en que el pago de los gastos correspondientes al IBI y a las cuotas de la Comunidad de Propietarios corresponde al propietario, aunque el uso de la vivienda se haya atribuido al otro cónyuge en la sentencia de divorcio:

«2. Por lo que se refiere a los pronunciamientos de la sala sobre el abono del IBI y de los gastos de comunidad de propietarios correspondientes a la vivienda familiar después de la sentencia de divorcio, la sala ha dictado varias sentencias en procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial:

- La sentencia 373/2005, de 25 de mayo, en un procedimiento de liquidación de gananciales, casa la sentencia que excluyó del pasivo del inventario la partida correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos a la comunidad de propietarios a la que pertenecía la vivienda conyugal, con base en que la recurrente «es la única que viene usando y disfrutando de la citada vivienda y de sus servicios y suministros». Frente a ello, entiende la sala:

»«esta explicación carece de apoyo legal, pues, según el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a estos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento- se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la junta, determinación en el título constitutivo o en los propios estatutos».

- Por su parte, la sentencia 563/2006, de 1 de junio, también en un procedimiento de liquidación de gananciales, respecto de los gastos de comunidad que había satisfecho la exesposa desde la separación conyugal respecto de la vivienda cuyo derecho de uso le fue atribuido, declara que tales gastos corresponden a la comunidad, cuyos comuneros son copropietarios (artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal) prescindiendo de su uso efectivo, con lo que la sala reitera el criterio que expuso la sentencia de 25 de mayo de 2005. Y en cuanto al pago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), afirma la sala:

»«es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad, no sobre la posesión. El piso, garaje y trastero pertenecían, en dominio, a la comunidad de gananciales y tras la disolución de ésta por la sentencia de separación conyugal, a la comunidad postganancial, romana proindiviso contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código civil que, por ello, corresponde en propiedad, por mitad, a ambos cónyuges. Por tanto, si los ha pagado ella, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad.»

- De manera semejante, la sentencia 646/2006, de 20 de junio, en un caso de liquidación de gananciales declara:

»«El motivo tercero acusa infracción del artículo 1.362.2º del Código civil en relación con el apartado 5º del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto la sentencia recurrida excluye del pasivo de la sociedad en liquidación el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) y los gastos de comunidad de la vivienda familiar y garaje, pagados por la recurrente. La sentencia recurrida se basa en que, al haber disfrutado y seguir en ello la vivienda, los gastos corren de su cuenta.

»«El motivo se estima porque el IBI es un impuesto municipal de carácter real, cuyo hecho imponible lo constituye la propiedad de los bienes inmuebles (art. 61 Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales). Por lo tanto, el IBI sobre la vivienda y garaje, declarados en la instancia de naturaleza ganancial sin que en este recurso se impugne tal calificación, ha de ser soportado por la sociedad de gananciales hasta el momento de la extinción de dicha sociedad por la sentencia firme de separación entre los cónyuges. A partir de ese momento y hasta la liquidación de la sociedad, por ésta como carga de los bienes que componen su activo.

»«En suma, en la liquidación no se puede prescindir en el pasivo de estos cargos.

»«Otro tanto cabe decir de los gastos de comunidad. El artículo 9.5º de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 (al igual que el art. 9º.1 f. de la vigente de 1999), de una forma clara e inequívoca, impone al propietario el pago de aquellos gastos (sentencias de 25 de mayo de 2005 y 1 de junio de 2006). Los gastos a que no referimos en este motivo han de figurar como crédito actualizado de la actora contra la sociedad en liquidación, por imperativo del artículo 1398.3º del Código civil ».

- La sentencia 399/2018, de 27 de junio, en un procedimiento de liquidación de gananciales, casa la sentencia que rechazó incluir en el pasivo un crédito a favor de la esposa por el pago de las cuotas de comunidad de propietarios de la vivienda ganancial cuyo uso le fue atribuido por la sentencia de divorcio pero sin fijar en qué proporción debían ser pagados por los excónyuges:

»Hemos de partir de la distinción entre gastos que se derivan del uso del inmueble y gastos correspondientes a la propiedad del inmueble. Respecto de los primeros (como son los referidos a servicios de luz, agua, gas, teléfono...), lógicamente han de ser asumidos por el cónyuge usuario, si bien una parte proporcional habría de ser computada como gasto de los hijos a los efectos de la fijación de la pensión de alimentos. En relación con los gastos derivados de la propiedad, como son los de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, que tienen carácter "propter rem", corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble. La cuestión aparece clara en relación con los impuestos que gravan el inmueble, como es el IBI (STS de 563/2006, de 1 de junio).

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

- La sentencia 564/2024, de 25 de abril, tras reproducir la doctrina de la sentencia 399/2018, de 27 de junio, afirma:

»La condición de gasto extraordinario de la derrama determina que se le deba dar el mismo tratamiento que las cuotas comunitarias. Argumento que podría extenderse, también, al seguro de la vivienda, en tanto en cuanto cubre los daños o desperfectos sufridos en su continente y contenido en favor de la propiedad, condición que ostentan ambos litigantes.

»Por lo que respecta al pago del IBI, la sentencia 563/2006, de 1 de junio, la considera también deuda de la extinta sociedad de gananciales, y si es pagada por cualquiera de sus titulares, antes de la liquidación, íntegra una partida legítima del pasivo del inventario, como crédito a favor del cónyuge o excónyuge con cuyos bienes privativos se cumplió con dicha obligación fiscal. Dicha resolución señala:

»"En cuanto al pago del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad, no sobre la posesión. El piso, garaje y trastero pertenecían, en dominio, a la comunidad de gananciales y tras la disolución de ésta por la sentencia de separación conyugal, a la comunidad postganancial, romana proindiviso contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código civil que, por ello, corresponde en propiedad, por mitad, a ambos cónyuges. Por tanto, si los ha pagado ella, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad".

La misma sentencia 11/2025, de 7 de enero, recuerda la doctrina fijada en otros asuntos en los que se ejercitaba una acción de reclamación de cantidad por el pago de cantidades relacionadas con la vivienda familiar después de la separación o el divorcio y que correspondía pagar al otro en función del título de propiedad:

«- Así, la sentencia 539/2021, de 13 de septiembre, rechaza que el excónyuge propietario de la vivienda que ha pagado las cuotas de la comunidad de propietarios tenga un derecho de reembolso frente a la exesposa que tiene atribuido el uso junto con los hijos menores porque en la sentencia que atribuyó el uso no se le impuso que debiera sufragar tales gastos. En definitiva, son gastos que deben tomarse en consideración en el conjunto de medidas que se adoptan como consecuencia de la crisis de la pareja y, en su caso, en la correspondiente modificación de medidas:

» Esta sala, en sentencias 508/2014, de 25 de septiembre, y 399/2018, de 27 de junio, declaró que es el propietario el obligado al pago de las cuotas de comunidad, si bien el excónyuge debe afrontar el pago de los suministros, sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia, en los casos de crisis conyugal (art. 9 LPH).

»Dado que en el presente supuesto no existe pronunciamiento del juzgado de familia atribuyendo el pago a la hoy recurrente, debe estimarse en parte el recurso al infringirse la doctrina jurisprudencial, todo ello sin perjuicio de las acciones que en el futuro pueda instar la parte demandante".

- La sentencia 244/2022, de 29 de marzo, con cita de la anterior sentencia 539/2021, de 13 de septiembre, en un caso en el que los dos excónyuges son propietarios con carácter de bien privativo, por mitades iguales e indivisas, del que fue domicilio conyugal, cuyo uso y disfrute se adjudicó al exesposo hasta que la hija menor alcanzara la mayoría, casa la sentencia que desestimó la pretensión del exesposo de recuperar de la exesposa la mitad de las cuotas de la comunidad de propietarios (se estimó y quedó firme el reembolso de la mitad de lo pagado por el IBI). Se afirma en la sentencia:

»La sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina anterior: (i) ya que es el propietario (condición que también ostenta la Sra. Regina) el obligado al pago de las cuotas de comunidad; (ii) y no existe pronunciamiento del juzgado

de familia atribuyendo dicho pago al Sr. Ismael que deje sin justificación la acción de reembolso ejercitada frente a la Sra. Regina «.»

CUARTO.- Decisión de la sala. Estimación del recurso.

1.- En el caso enjuiciado hay conformidad entre las partes acerca de que la demandada D.^a Josefa fue quien, tras la sentencia de separación, asumió el pago de los recibos del IBI y de las cuotas de la Comunidad de Propietarios correspondientes a la vivienda y a la plaza de garaje, a la razón pertenecientes a la comunidad postganancial. Tampoco se discute el importe total reclamado por tales conceptos.

Lo que plantea la exesposa es que esa partida se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales.

El recurso se estima porque la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina de la sala. La recurrente tiene razón en que, al tratarse de deudas derivadas de impuestos que recaen sobre la propiedad de la vivienda y de la plaza de garaje y de cuotas de contribución a los gastos generales, son de cuenta de la titular de la vivienda, aquí representada por la sociedad de gananciales que se liquida. Aunque se trata de deudas nacidas después de la disolución, responden al derecho de propiedad sobre el inmueble, sea por razones fiscales o derivadas de las inversiones necesarias para su conservación y mantenimiento, de modo que mientras se lleve a cabo y finalice la liquidación constituyen o se califican como una deuda de la sociedad que, como tal, se integra en el pasivo del inventario.

2.- No es óbice a este pronunciamiento el que se hubiere incluido en el activo la totalidad de la vivienda, tanto la parte que se considera privativa como la que se entiende ganancial, en los porcentajes respectivamente fijados en la sentencia de instancia y no controvertidos en apelación, pues ello en modo alguno afecta al hecho de que, al devengarse las deudas derivadas del IBI y de las cuotas de la Comunidad tras la disolución de la comunidad ganancial y antes de su liquidación, deben considerarse como pasivo ganancial. Una cosa es que las aportaciones para el pago de las cuotas del préstamo hubieran sido asimétricas -lo que se corresponde con los porcentajes respectivamente asignados- y otra muy distinta es que las deudas lo son de la sociedad y, por tanto, pasivo ganancial. Solo después de haber realizado las correspondientes operaciones (activo menos pasivo) y a los efectos de reparto o distribución, será de aplicación, en la parte que proceda, el diferente porcentaje reconocido a cada uno.

QUINTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación comporta la estimación parcial del recurso de apelación y la estimación parcial de la oposición planteada por D.^a Josefa, por lo que, de conformidad con los arts. 394 y 398 LEC, cada parte debe asumir las costas devengadas por su intervención en ambas instancias y en el recurso de casación.

2.- Asimismo, la estimación del recurso de casación y, parcialmente, del recurso de apelación, determina la devolución de los depósitos constituidos para su respectiva interposición (disposición adicional 15.^a, apartado 8, LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Josefa contra la sentencia 62/2024, de 16 de febrero, dictada por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz (sede en Mérida), en el rollo de apelación núm. 320/2023, derivado de los autos de liquidación de sociedad de gananciales núm. 37/2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villanueva de la Serena.

2.º Casar la mencionada sentencia y, en consecuencia, estimar en parte el recurso de apelación presentado por D. Josefa contra la sentencia núm. 51/2023, de 5 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villanueva de la Serena, en el sentido de declarar la inclusión en el pasivo del inventario de la sociedad de gananciales objeto de liquidación de los gastos derivados del IBI y de las cuotas de la Comunidad de Propietarios de la vivienda sita en la DIRECCION002, de la localidad de DIRECCION001, y plaza de garaje anexa, abonados tras la sentencia de separación por D.^a Josefa, sin que haya lugar a hacer pronunciamiento de condena sobre las costas de primera instancia.

3.º Cada parte deberá asumir las costas procesales derivadas de su intervención en los recursos de casación y de apelación.

4.º Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de casación y de apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1.ª Pleno, Sentencia de 10 de Marzo de 2026

El art. 1357.II CC es aplicable también en los casos en los que la vivienda fue adquirida por uno de los esposos cuando estaba soltero y pasó a destinarse a vivienda familiar con posterioridad, tras celebrar el matrimonio y comenzar la sociedad de gananciales. Se equipara la compraventa a plazos, con el pago de un préstamo hipotecario y también con el pago de un préstamo personal. No se puede aplicar la presunción de ganancialidad sobre la totalidad de los fondos de una cuenta bancaria con tres titulares (el esposo y sus padres) y a falta de prueba, la propiedad del saldo se presume por partes iguales entre los cotitulares, por lo que solo la tercera parte de los fondos se considera propiedad del esposo y queda sujeta a la presunción de ganancialidad en el matrimonio, que es la que se computa para el cálculo del porcentaje ganancial del inmueble.

Roj: STS 1095/2026 - ECLI:ES:TS:2026:1095

Nº de Recurso: 6333/2023

PLENO

Sentencia núm. 377/2026

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D. Manuel Almenar Belenguer

D.ª Raquel Blázquez Martín

D.ª Nuria Auxiliadora Orellana Cano

D. Fernando Cerdá Alberó

En Madrid, a 10 de marzo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Adriano, representado por la procuradora D.ª Sandra Osorio Alonso y bajo la dirección letrada de D. Emiliano Robledo Martín, contra la sentencia n.º 342/2023, de 31 de marzo, dictada por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 1819/2021, dimanante de los autos sobre formación de inventario n.º 318/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid. Ha sido parte recurrida D.ª Rosario, representada por la procuradora D.ª Ana María del Pozo Pérez y bajo la dirección letrada de D. Juan José Carrillo Aranda.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.-** Tramitación en primera instancia

1. D. Adriano formuló solicitud de formación de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales frente a D.ª Rosario, en la que solicitaba, en cumplimiento del artículo 809 LEC, se señalara fecha y hora para la comparecencia de los excónyuges a los efectos legales oportunos.

2. La solicitud fue presentada el 22 de marzo de 2019 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid, fue registrada con el número de autos de inventario 318/2019. Una vez fue admitida a trámite, se acordó la citación de las partes a comparecencia para la formación del inventario de los bienes comunes del matrimonio. En la comparecencia, que tuvo lugar el día 8 de noviembre de 2019, D.ª Rosario aportó propuesta de inventario y se opuso a la expuesta de contrario. A solicitud de las partes, y con el fin de llegar a un acuerdo, se suspendió la comparecencia, y se reanudó el 17 de enero de 2020.

3. Una vez celebrado el acto y constatada la discrepancia entre las partes, se acordó convocarlas para la celebración de la vista oral.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid dictó sentencia de fecha 6 de julio de 2021, con el siguiente fallo:

«ACUERDO fijar como inventario de la sociedad legal de gananciales constituida en virtud de matrimonio de D. Adriano y Rosario y a efectos de su liquidación, el relacionado en el FUNDAMENTO DE DERECHO 7.º de esta sentencia, fijándose el mismo de la siguiente forma:

»ACTIVO

»Un único bien que es el AJUAR DOMÉSTICO existente en el piso de la DIRECCION000, por el 3% del valor catastral del mismo.

»PASIVO

»No existe pasivo de la sociedad legal de gananciales.

»Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas procesales».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Rosario.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1819/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2023, con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales señora doña Ana María del Pozo Pérez, en nombre y representación de doña Rosario, contra la sentencia de fecha seis de julio de dos mil veintiuno, dictada en el procedimiento de formación de inventario de sociedad de gananciales seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número veintinueve de Madrid bajo el cardinal 318/2019, debemos revocar y revocamos parcialmente la citada resolución, en el sentido de incluir como partida del activo el cincuenta y seis con treinta y cinco por ciento de la vivienda NUM000 de la casa número NUM001 de la DIRECCION000 de Madrid, sin condenar en las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes».

3. D.^a Rosario presentó escrito solicitando aclaración de la anterior sentencia, petición que fue denegada mediante auto de 25 de mayo de 2023.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1. D. Adriano interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

»Primero.- Infracción de los artículos 1357 (párrafo segundo), 1354, 1346.1.º, 1361 y 1362; todos ellos del Código Civil.

»Segundo.- Falta de aplicación del párrafo primero del artículo 1357 del Código Civil. Oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

2. Remitidas las actuaciones a esta sala por la Audiencia Provincial, las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó providencia de fecha 4 de junio de 2025, poniendo de manifiesto a las partes personadas las posibles causas de inadmisión. Únicamente la parte recurrente presentó escrito de alegaciones.

3. El 10 de septiembre de 2025, se dictó auto de admisión, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Adriano, contra la sentencia n.º 342/2023, de 31 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, en el rollo de apelación n.º 1819/2021, dimanante de los autos de formación de inventario de bienes del régimen económico matrimonial n.º 318/2019, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid».

4. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

5. Por providencia de 3 de noviembre de 2025 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de diciembre de 2025. Habiéndose prolongado la deliberación del presente recurso, mediante providencia de fecha 17 de diciembre de 2025 se acordó su pase al conocimiento del Pleno de esta Sala, a cuyo efecto se señala el día 25 de febrero de 2026, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

En el procedimiento de formación de inventario para la liquidación del régimen de gananciales que rigió la economía del matrimonio de los litigantes, resulta controvertida la naturaleza privativa o ganancial de la vivienda en la que residió la familia. El inmueble había sido adquirido exclusivamente por el esposo antes de contraer matrimonio. Des-

pués de la vigencia de la sociedad de gananciales se han pagado distintas sumas de dinero a la vendedora, que aplazó el precio de la compra. También se han restituido otras cantidades a la entidad financiera que otorgó al esposo un préstamo personal que se destinó a pagar a la vendedora otra parte del precio. Las cuestiones jurídicas controvertidas en el recurso de casación versan sobre la interpretación y aplicación de los arts. 1357, 1354 y 1361 del Código civil (CC).

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 19 de diciembre de 1986, el Sr. Adriano, soltero, otorgó una escritura de compraventa por la que compraba a la Sra. Vicenta una vivienda situada en la planta NUM000 de la casa número NUM001 de la DIRECCION000 de Madrid. En la escritura, la Sra. Vicenta y el Sr. Adriano manifestaron que el precio de la venta era 426.515 pesetas, cantidad que la Sra. Vicenta declaraba haber recibido por completo. La vivienda, acogida a la normativa vigente de viviendas de protección oficial subvencionadas, estaba gravada con una hipoteca a favor del Instituto Nacional de la Vivienda que la vendedora se comprometía a cancelar.

Unos días antes, el 11 de diciembre de 1986, el Sr. Adriano había concertado con Caja de Madrid un préstamo personal por un importe de 2.000.000 pesetas. El préstamo debía restituirse en el plazo de sesenta meses a partir de la fecha del contrato mediante el reembolso de unas cuotas mensuales fijas de 47.057 pesetas.

El 24 de abril de 1988, el Sr. Adriano contrajo matrimonio con la Sra. Rosario.

El 20 de diciembre 1991 se dictó sentencia de separación matrimonial del Sr. Adriano y de la Sra. Rosario. El 11 de julio de 1994 se dictó sentencia de divorcio.

El 10 de febrero de 2015, en el procedimiento de modificación de medidas 1147/2014, se dictó sentencia por la que se declaró la extinción del derecho de uso de la vivienda que tenían reconocido la Sra. Rosario y la hija común del matrimonio, con la atribución alternativa por años a cada una de las partes hasta que se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales.

2. El 22 de marzo de 2019, el Sr. Adriano presentó una solicitud para la formación de inventario de la sociedad de gananciales. En su propuesta de inventario incluyó exclusivamente una partida en el activo referida al ajuar familiar.

En la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia celebrada el 8 de noviembre 2019, la Sra. Rosario se opuso a la propuesta de inventario del Sr. Adriano y presentó otra propuesta en la que, además de añadir un vehículo y más bienes en el ajuar, incluyó en el activo un 57% del piso situado en la DIRECCION000 de Madrid. En su propuesta, la Sra. Rosario defendía que se trataba de la vivienda familiar y que, por aplicación el art. 1357 CC, tal porcentaje era ganancial por corresponderse con el porcentaje del precio que se pagó vigente la sociedad de gananciales.

La Sra. Rosario adjuntó a su propuesta un documento en el que explicaba que el precio de compra de la vivienda no fue de 426.000 pesetas como constaba en la escritura, sino de 4.000.000 pesetas. Alegó que se pactó un pago aplazado, de modo que el 4 de diciembre de 1986, el Sr. Adriano abonó 1.000.000 pesetas, en el plazo de un mes abonó 2.000.000 pesetas (procedentes del préstamo de 2.000.000 pesetas que el Sr. Adriano había suscrito con Caja Madrid el 11 de diciembre de 1986), y el 1.000.000 pesetas restante, que debía abonarse a la vendedora en el plazo de cuatro años, se abonó mediante transferencias mensuales por importe de 21.200 pesetas desde el siguiente mes al de la compra. Para acreditar estos datos la Sra. Rosario se remitió a los extractos de cuentas y cartillas, al recibo de entrega a cuenta suscrito entre el demandante y la vendedora del piso, del que aportaba una fotocopia, y en el que se detallaba el importe real de la venta y la forma de pago. La Sra. Rosario concluyó que antes de contraer matrimonio y, por tanto, con carácter privativo, el Sr. Adriano abonó la cantidad de 2.074.496 pesetas y, después de contraer matrimonio, es decir, constante la sociedad de gananciales, se abonó el importe total de 2.748.864 pesetas. La suma de aportaciones privativas y gananciales para la compra de la vivienda ascendió a 4.823.360 pesetas, de las cuales 2.074.496 pesetas eran de carácter privativo, y 2.748.864 pesetas de carácter ganancial, lo que traducido a porcentajes suponía que el 43% fueron aportaciones privativas y el 57% fueron aportaciones gananciales.

En esa primera comparecencia, a la vista de la propuesta presentada por la Sra. Rosario, el Sr. Adriano manifestó que, de manera subsidiaria al inventario que había presentado, y con el fin de llegar a un acuerdo, podría considerar como ganancial un 18,78% del inmueble que fue domicilio familiar, para lo que intentó acompañar una nota justificativa de la nueva propuesta. El letrado de la Administración de Justicia rechazó que pudiera presentarse una propuesta subsidiaria y rechazó también la presentación de la nota.

A petición de los letrados de ambas partes, la comparecencia fue suspendida con el fin de intentar alcanzar un acuerdo. En la continuación de la comparecencia celebrada ante el letrado de la Administración de Justicia el 17 de enero de 2020, el Sr. Adriano defendió el carácter privativo de la vivienda en su totalidad y se ratificó en la propuesta de inventario presentada inicialmente. La Sra. Rosario se opuso a la propuesta y se ratificó en la que había presentado de contrario.

Al no alcanzarse acuerdo, las partes fueron remitidas al juicio verbal.

En el juicio, el Sr. Adriano admitió que el precio de compra fue de cuatro millones de pesetas, y no la cantidad que se había hecho constar en la escritura, pero mantuvo que la vivienda era privativa. En apoyo de su tesis alegó que había adquirido la vivienda para sí cuando estaba soltero, y que la devolución del préstamo al Banco y el pago de la cantidad aplazada por la vendedora se había hecho con dinero de sus padres. A estos efectos, aportó los extractos de una cuenta bancaria de la que eran titulares el Sr. Adriano y sus padres y desde la que se hacían los pagos.

3. El juzgado acordó incluir en el inventario una partida referida al ajuar y que, ante la falta de prueba, fijó en el 3% del valor catastral de la vivienda. Además, rechazó la pretensión de la Sra. Rosario de incluir en el activo un vehículo y, por lo que se refiere a la vivienda, declaró que era privativa del Sr. Adriano en su totalidad. La decisión del juzgado se fundó en el siguiente razonamiento:

«De la documental aportada a estos autos se colige que mediante escritura pública de compraventa autorizada por el Notario de Madrid D. Víctor Manuel Garrido de Palma con fecha 19 de diciembre de 1986, D.^a Vicenta transmitió la propiedad del piso al que nos estamos refiriendo a D. Adriano, por el precio de 426.515 ptas., confesando haber recibido el precio íntegramente.

»En la escritura mencionada se observa que D. Adriano compró la vivienda en estado de soltero. El demandante contrajo matrimonio con la demanda el 24 de abril de 1988, es decir, año y medio después de haber adquirido la vivienda en estado de soltero.

»Por otro lado, las manifestaciones de la testigo, hermana de D. Adriano, no dejan lugar a dudas acerca de que el piso se adquirió como un bien privativo de aquel.

»Hemos de insistir en que en la escritura no se manifiesta que D. Adriano estuviese casado en régimen de gananciales, ni que se compre para esa sociedad legal, sino que se compra exclusivamente a nombre de D. Adriano, en estado en ese momento de soltero. Se ha acreditado que el dinero de la compra tuvo carácter privativo y de la prueba practicada no cabe duda de la naturaleza privativa de ese bien inmueble. (...)

»Pues bien, en la presente litis, el conjunto documental aportado como prueba deja bien claros los antecedentes históricos de la propiedad en cuestión y que demuestran sin lugar a dudas que el piso fue comprado por el demandante en estado de soltero, sin que se haya acreditado participación económica alguna de la demandada en esa operación, porque alguna operación que se llevó a cabo constante matrimonio consistió en algunos préstamos o donaciones efectuados por la familia del demandante, que no son objeto de reclamación alguna en este pleito.

»Es por todo ello que hemos de concluir en que ha quedado determinado el carácter privativo de la finca discutida, por lo que la misma ha de ser excluida del activo de la sociedad legal de gananciales».

4. La Sra. Rosario interpuso un recurso de apelación en el que denunció que el juzgado había incurrido en el error de partir de que la vivienda había sido pagada íntegramente en el momento de la firma de la escritura, cuando de la documental aportada resultaba que el pago se había hecho aplazadamente, y en el juicio las dos partes admitieron la forma y tiempo de los pagos (aunque el Sr. Adriano modificó los porcentajes: 56,35% correspondiente a las cantidades pagadas constante matrimonio; 43,65% correspondiente a las cantidades pagadas antes del matrimonio o después de su disolución). La apelante argumentó que hubo un aplazamiento del pago por parte de la vendedora y que el préstamo bancario fue para el pago de la vivienda, sin que el Sr. Adriano hubiera acreditado que el dinero empleado para hacer tales pagos fuera privativo suyo, ni que hubiera existido donación de los padres de carácter privativo. La apelante también rechazó que la testifical de la hermana del Sr. Adriano pudiera admitirse, dada su parcialidad y animadversión hacia la Sra. Rosario.

La apelante fundaba su posición en los arts. 1354 y 1357 CC, argumentando que la vivienda tenía carácter ganancial y que, de acuerdo con la jurisprudencia, son completamente equiparables las amortizaciones del préstamo hipotecario a los pagos de una compraventa a plazos, y la misma solución debe adoptarse cuando se trata de un préstamo personal empleado para el pago de la vivienda familiar.

En su oposición a la apelación, el Sr. Adriano reiteró que la vivienda la compró en estado de soltero, por lo que no pudo manifestar ni que estuviera casado ni que adquiriera para la sociedad de gananciales. También se refirió a que la testigo, su hermana, había declarado en el juicio con claridad que la vivienda había sido adquirida de manera privativa por él, y que fueron sus padres quienes pagaban el préstamo personal, además de haber adelantado el millón de pesetas que se abonó a la vendedora. El Sr. Adriano alegó que todos los pagos se hacían a través de una cuenta que estaba a nombre de él y de sus padres, y que la esposa no trabajó fuera de casa durante el tiempo que duró el matrimonio. Concluyó alegando que, si bien el art. 1361 CC, establece la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, y en este caso el préstamo, que era personal y anterior al matrimonio, se pagó con dinero de los padres del Sr. Adriano, sin que la Sra. Rosario hubiera podido demostrar lo contrario.

5. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación y revoca la sentencia del juzgado en el sentido de incluir como partida del activo el 56,35% de la vivienda, sin imponer las costas en ninguna de las instancias.

La decisión de la Audiencia Provincial se funda literalmente en lo siguiente:

«1. Ha quedado suficientemente acreditado en las presentes actuaciones que antes de la celebración del matrimonio se abonaron, por la compra de la vivienda que después fue familiar, las siguientes cantidades: 1.000.000 pesetas (al contado), 752.896 pesetas (16 cuotas, por importe de 47.056 pesetas cada una, del crédito personal solicitado por el actor al efecto) y 360.400 pesetas (17 cuotas, por importe de 21.200 pesetas cada una, del aplazamiento ofrecido por la propia vendedora), es decir, un total de 2.113.296 pesetas.

»2. Ha quedado asimismo acreditado que constante matrimonio se abonaron las siguientes cantidades: 2.070.464 pesetas (44 cuotas del crédito personal) y 657.200 pesetas (31 cuotas del aplazamiento), esto es, un montante de 2.727.664 pesetas.

»3. Practicadas las oportunas operaciones aritméticas se deduce que antes del matrimonio se pagó el 43,65% del inmueble en cuestión y constante el matrimonio, el 56,35% restante.

»4. De conformidad a lo establecido en el art. 1361 del CC “se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”. De esta forma, el dinero con que se abonó la vivienda constante matrimonio ha de entenderse ganancial salvo prueba en contrario.

»5. El hecho de que durante el matrimonio se hicieran los pagos a través de una libreta bancaria que se encontraba a nombre del demandante y sus padres indistintamente, no acredita en modo alguno que todo el dinero procediese de estos últimos -puesto que podía proceder también de él-, ni que el dinero que realmente pudiera provenir de aquéllos fuese una donación -puesto que no se ha probado ánimo de liberalidad alguno y éste no se presume en nuestro derecho (SSTS 6 de octubre de 1994, 12 de noviembre de 1997, 13 de julio de 2000 y 3 de febrero de 2010, entre otras)-, ni que, en caso de tratarse de una donación, se hiciera exclusivamente al mismo -puesto que podía haberlo sido también al matrimonio, a cuyo interés se construye precisamente la presunción legal de ganancialidad-. Estaríamos más bien ante una presunción de onerosidad que no ha sido objeto de alegación ni prueba alguna para hacerla valer en este pleito.

»6. Por otra parte, el propio actor ha reconocido en el presente procedimiento con el fin de llegar a un acuerdo que la tercera parte de lo pagado constante matrimonio a través de la cartilla bancaria referida en el punto anterior podría haberlo sido con dinero ganancial, basándolo simplemente en el número de titulares de la misma, pero sin poder refutar la presunción de ganancialidad del resto.

»7. En cuanto a la prueba testifical practicada, la testigo interviniente es hermana del actor, y su testimonio, aparte de poder tenerse por interesado, carece de la fuerza probatoria exigida para desvirtuar la referida presunción en un procedimiento de naturaleza esencialmente documental como el que nos encontramos (art. 376 de la LEC), máxime cuando aquélla ni siquiera reconoce en su declaración lo admitido por su hermano y recogido en el punto anterior, sino que todo el dinero provino de sus padres.

»8. No puede obviarse que la presunción legal del art. 1361 dispensa de la prueba del hecho presunto a la parte aquí demandada (art. 385.1 de la LEC).

»9. No quedando acreditado el origen privativo del dinero con el que se pagó la vivienda constante matrimonio, y teniendo presente lo dispuesto en los arts. 1354 y 1357 del CC, resulta ajustado a derecho incluir como partida del activo de la sociedad de gananciales interesada en autos el 56,35% de la vivienda familiar».

6. El Sr. Adriano ha interpuesto un recurso de casación.

La Sra. Rosario ha invocado causas de inadmisibilidad que, por no ser de las que esta sala considera absolutas, recibirán respuesta al analizar los motivos del recurso de casación.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Planteamiento de los motivos

El recurso de casación interpuesto por el Sr. Adriano se funda en dos motivos.

1. Primer motivo. Planteamiento. En el primer motivo se denuncia la infracción de los arts. 1357.II, 1354, 1346.1.º, 1361 y 1362 CC.

Literalmente, el recurrente solicita que se declare como doctrina jurisprudencial, por entender que es lo que ha sucedido en el caso:

«Que en supuestos en los que se compra una vivienda por una persona soltera y sin hijos, constituyéndose en estado civil de soltería un préstamo personal del que no quede probado que exista un vinculación entre la obtención de ese dinero y que ese dinero vaya a destinarse al pago de la vivienda, se considere que la devolución de las cuotas de ese préstamo personal al banco o entidad de crédito supongan un gasto privativo (por proceder precisamente de una obtención previa de un dinero privativo estando soltero), aun cuando se amorticen parte de las cuotas constante matrimonio posterior en régimen de gananciales; sin que deba presumirse que, aunque dichas cuotas se paguen con dinero ganancial, parte del bien se convierta en ganancial por hacer esto, pues solo deberá generarse en todo caso un derecho de reembolso de la mitad del dinero ganancial usado para el pago de las cuotas. No se considerará como “pago a plazos”, en relación al 1357 y 1354 CC, la devolución de cuotas un préstamo personal no vinculado de forma expresa al pago de la vivienda».

El recurrente justifica el interés casacional por la inexistencia de jurisprudencia. Señala que no existe jurisprudencia sobre la equivalencia entre un préstamo personal y el pago a plazos, y que las sentencias que existen se refieren a casos en los que la vivienda se adquirió conjuntamente por los dos antes del matrimonio y se financió, vigente la sociedad, con dinero obtenido mediante un préstamo hipotecario, sin que se diga que la solución puede extrapolarse a los casos de préstamo personal sin vinculación documental ni fáctica con la vivienda. Cita a estos efectos la sentencia 465/2016, de 7 de julio.

El recurrente argumenta que, como el préstamo se suscribió cuando estaba soltero, adquirió el dinero de manera privativa (art. 1346 CC), y la deuda con el Banco también era privativa, pues no existe presunción de ganancialidad de las deudas, ni la que luego fuera su esposa consintiera la concertación del préstamo. Señala que en el caso de un préstamo personal no es de aplicación la jurisprudencia que equipara el pago de la vivienda a plazos con el caso de pago con un préstamo hipotecario y cuyos plazos se devuelven vigente la sociedad de gananciales porque, a diferencia del préstamo hipotecario -que queda vinculado con la vivienda de forma indisoluble-, en el caso del préstamo personal se ha podido usar para pagar parte de la vivienda o para cualquier otra cosa. Alega que la devolución de las cuotas del préstamo personal supone un gasto privativo, aunque se amortice constante la sociedad de gananciales, por lo que también se vulnera el art. 1362 CC, que establece qué gastos son gananciales. Reprocha a la sentencia recurrida que, para presumir la ganancialidad del bien, presuma también que los dos millones recibidos por el Sr. Adriano antes del matrimonio no son privativos.

En el recurso refiere extensamente los datos fácticos y argumenta que la devolución de cuotas durante el matrimonio solo daría lugar, en todo caso, a que se haya usado dinero ganancial para pagar una deuda privativa, lo que generaría un derecho de reembolso a favor de la Sra. Rosario de la mitad del dinero ganancial usado para el pago de las cuotas. Cifra la cantidad del reembolso en un tercio de las cuotas pagadas constante matrimonio porque la cuenta desde la que se pagó era titularidad del esposo y de sus padres, por lo que solo la tercera parte sería ganancial.

A continuación, reitera que en la cláusula del préstamo personal no se indica que el dinero se entregara para pagar una vivienda, ya que no se trata de un préstamo hipotecario y no existe vinculación alguna con el pago de la vivienda, por lo que no puede extrapolarse la doctrina jurisprudencial que equipara el préstamo hipotecario con la compra a plazos de la vivienda.

Luego argumenta que, si los 2.000.000 de pesetas procedentes del préstamo son privativos, y las cuotas de amortización de ese préstamo personal también son una deuda privativa, «no hay ninguna nota de ganancialidad en lo que respecta a ese préstamo personal». Y añade que lo ganancial sería en todo caso parte del dinero usado para amortizar algunas de las cuotas de ese préstamo, sin que esté probada la vinculación con el pago directo de la vivienda. Entiende que sería ganancial un tercio de la cantidad destinada a abonar el préstamo personal, que «nació y murió privativo», y que como lo pagado para devolver el préstamo personal durante el matrimonio alcanza la suma de 2.070.464 pesetas, el Sr. Adriano habría pagado respecto de esas cuotas la cantidad de 690.154,66 pesetas, y a la Sra. Rosario le correspondería un reembolso de la mitad de esa cantidad, es decir 345.077,33 pesetas, pero que como no lo ha solicitado no puede entrarse en esta cuestión en casación. Concluye que, salvo lo que se pagó a plazos a la vendedora, el resto se le entregó antes de la celebración del matrimonio, luego que él devolviera las cuotas del préstamo personal al Banco y no a la vendedora, de un préstamo que no ha quedado probado que fuera con ese fin, no supone que el porcentaje del inmueble deba ser ganancial.

Termina suplicando que, con estimación del motivo primero de casación, «se declare privativa la cuota del inmueble proporcional al importe correspondiente a ese préstamo personal que dice la sentencia impugnada serviría para pagar parte del inmueble».

2. Segundo motivo. Planteamiento. En el segundo motivo denuncia la infracción por falta de aplicación del art. 1357.I CC. Reprocha a la sentencia recurrida que aplique el art. 1357.II CC, que remite al art. 1354 CC cuando se trata de la vivienda familiar.

Explica que el motivo segundo se centra en los pagos de los plazos hechos a la vendedora, por entender que no se cumple que la vivienda fuera familiar, y por tanto es improcedente la aplicación de los arts. 1357.II y 1354 CC. Partiendo de que la sentencia recurrida declara como hecho probado que a la vendedora se le fraccionaron los pagos de la venta del inmueble en un importe de 1.017.600 pesetas, solicita que, con estimación de este motivo del recurso, se declare privativa la cuota del inmueble proporcional a este importe.

En el desarrollo del motivo argumenta que cuando adquirió el inmueble todavía no se había casado y que en la escritura consta que la adquirió «para sí mismo», no que se adquiriera para ser destinada a vivienda familiar. Entiende que, al casarse años después, el inmueble no pasaba a ser vivienda familiar, de modo que todos los pagos del precio a la vendedora constituyen una deuda privativa, dado que la deuda se genera en el momento de comprar el inmueble, y en ese momento la vivienda no era familiar. Cita en apoyo de su tesis las sentencias 340/2012, de 31 de mayo, y 356/2021, de 24 de mayo, de las que resulta que la vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijos hasta la ruptura del matrimonio, notas que no se darían en la vivienda comprada por el Sr. Adriano, que estaba soltero y sin hijos cuando celebró la compraventa.

TERCERO.- Oposición de la Sra. Rosario al recurso de casación

1. Oposición general al recurso. En su escrito de oposición, la Sra. Rosario señala que el recurso carece de interés casacional, pues el recurrente proporciona su propia versión de los hechos y no es que no exista jurisprudencia, sino que la jurisprudencia consolidada sobre la excepción que el art. 1357 CC introduce en relación con el art. 1354 CC no coincide con la tesis que defiende el recurrente, pues la jurisprudencia no distingue entre que el préstamo sea hipotecario o sea personal.

Argumenta que el recurrente no ha probado y ni siquiera ha propuesto prueba para acreditar que el dinero del préstamo personal se haya destinado a otra finalidad distinta de la adquisición de la vivienda. También señala que el recurrente ha ido modificando su posición, de tal manera que comenzó planteando que como en la escritura se precisaba que el precio estaba recibido en la fecha de la compra, el bien era privativo; una vez acreditado que la vivienda fue pagada en forma aplazada constante la sociedad de gananciales mediante la devolución de un préstamo bancario, y abonando los plazos pendientes al vendedor, el recurrente argumentó que los pagos aplazados fueron abonados desde una cuenta en la que era cotitular con sus padres, e incluso se declaró por un testigo familiar del recurrente que todos los pagos aplazados del importe de la vivienda fueron abonados por los padres. Señala que todo ello fue considerado por la sentencia de la Audiencia Provincial, en orden a la valoración de la prueba, sin que pueda ser revisado ahora en casación.

2. Oposición al primer motivo. Frente al primer motivo, la Sra. Rosario argumenta que la decisión de la sentencia recurrida de incluir la vivienda en el activo en la proporción que lo hace es conforme con la jurisprudencia de la sala, ya que lo relevante no es la clase de contrato por el que se obtiene el dinero para comprar la vivienda, sino el pago constante la sociedad de gananciales, salvo que se acredite que la procedencia del dinero era exclusivamente privativa, lo que no sucede en el caso, tal como ha considerado la sentencia de la Audiencia Provincial. Alega que la tesis del recurrente equivaldría a considerar también a estos efectos como pago al contado el abonado mediante la suscripción del préstamo hipotecario, puesto que también en este caso se pone a disposición del vendedor el importe íntegro del precio, y sin embargo a efectos de la calificación del bien adquirido la jurisprudencia no es esa. Concluye que la consideración de vivienda familiar no depende de la declaración unilateral de las partes, sino que es un hecho objetivo, y en este caso en ningún momento a lo largo del procedimiento se ha argumentado hasta la interposición del recurso de casación que al comprar la vivienda el recurrente no la destinara a vivienda familiar, lo que es obvio, pues la familia no se trasladó a esa vivienda hasta que se contrajo el matrimonio.

3. Oposición al motivo segundo. Respecto del motivo segundo, la Sra. Rosario señala que no se cita ninguna sentencia porque no existe jurisprudencia que contradiga la condición de domicilio familiar del lugar en el que se establece el matrimonio con la hija común y con voluntad de permanencia.

Alega que si bien la deuda contraída para la compra de la vivienda familiar tuvo lugar antes del matrimonio y es una deuda privativa, ello no impide que los pagos efectuados con dinero ganancial generen una cuota ganancial en el inmueble, de acuerdo con los arts. 1354 y 1357.II CC. Señala que el recurrente trata de minimizar el hecho de que las amortizaciones del préstamo personal destinado a la financiación de la vivienda, que después sería familiar, fueron abonadas constante matrimonio con cargo al patrimonio del matrimonio.

CUARTO.- Decisión de la sala (I). Objeto del recurso. Orden de decisión de los motivos formulados

El recurrente formula dos motivos en los que se refiere, de una parte, a las cantidades abonadas a la entidad financiera para la devolución del crédito personal (motivo primero) y, de otra, a las cantidades abonadas de manera aplazada a la vendedora (motivo segundo).

Conviene destacar que no ha sido objeto de discusión por las partes, y por tanto no será objeto de estudio por la sala, si a efectos de determinar la proporción de privatividad o ganancialidad de la vivienda familiar por aplicación de los arts. 1357.II CC y 1354 CC deben tomarse en consideración solo las cantidades netas destinadas a la satisfacción del precio de compra o si deben computarse también los intereses y gastos asociados a la adquisición.

En el primer motivo, lo que se plantea, en síntesis, es que no resulta de aplicación el art. 1357.II CC porque se trata de un crédito personal que no puede ser equiparado a un préstamo hipotecario, lo que haría inaplicable en este caso la doctrina de la sala que, a efectos de aplicación de lo dispuesto en los arts. 1357.II CC y 1354 CC, ha reiterado que son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos.

En el segundo motivo, lo que se plantea, en síntesis, es que no resulta de aplicación el art. 1357.II CC porque no se trataba de la vivienda familiar cuando se adquirió el inmueble.

Ahora bien, si no se tratara de vivienda familiar, no sería de aplicación la remisión que efectúa el art. 1357.II CC al art. 1354 CC, y sería de aplicación el art. 1357.I CC, tanto respecto del dinero ganancial que se hubiera empleado en la restitución del préstamo como respecto del que se hubiera empleado para pagar a la vendedora la parte del precio que dejó aplazado. El motivo que permite aplicar el principio de subrogación real que determina la naturaleza ganancial de la cuota de titularidad correspondiente a lo pagado con dinero ganancial es el destino del inmueble a vivienda familiar.

Por esta razón nos ocuparemos en primer lugar del segundo motivo del recurso de casación y, por las razones que exponemos a continuación, procede su desestimación.

QUINTO.- Decisión de la sala (II). Carácter familiar de la vivienda comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales. Desestimación del motivo segundo del recurso de casación

1. Lo que plantea el recurrente en el motivo segundo de su recurso de casación fue abordado por la sentencia 450/1996, de 4 de junio. Esta sentencia declaró expresamente que el art. 1357.II CC es aplicable también en los casos en los que la vivienda fue adquirida por uno de los esposos cuando estaba soltero y pasó a destinarse a vivienda familiar con posterioridad, tras celebrar el matrimonio y comenzar la sociedad de gananciales.

La sentencia 450/1996, de 4 de junio, explica que se puede discrepar del modo en el que el legislador trata la vivienda familiar en el régimen legal, pero no inaplicar el precepto, que «no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente, como lo demuestra el art. 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario».

En efecto, los números 2 y 3 del art. 91 del Reglamento hipotecario, redactados por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, por el que se reforman determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio al art. 1357 CC su redacción actual, establecen:

«2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

»3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal».

Naturalmente, la práctica de la nota marginal no es un requisito que determine la aplicación en la liquidación de gananciales de la regla que resulta del art. 1357.II CC.

En sentido parecido, la sentencia 354/2007, de 16 de marzo, con cita de la anterior sentencia 450/1996, de 4 de junio, considera que procede la aplicación del art. 1357.II CC aunque la compraventa de la vivienda tuviera lugar mucho tiempo antes de contraer matrimonio, de modo que el destino a hogar familiar fue muy posterior al momento de adquisición.

2. La sala entiende que procede mantener y aplicar en este caso que juzgamos la doctrina de la sentencia 450/1996, de 4 de junio, reiterado por la sentencia 354/2007, de 16 de marzo, y ello por las siguientes razones.

En primer lugar, no existe duda de que todos los plazos pagados constante la sociedad de gananciales se corresponden con momentos en los que el inmueble tenía el destino de vivienda familiar.

Por otra parte, carece de sentido cuestionar que la vivienda litigiosa merezca la calificación de vivienda familiar por el hecho de que cuando se adquirió por el Sr. Adriano estuviera soltero y no hubiera contraído matrimonio todavía con la Sra. Regina. Tampoco por el hecho de que ella no consintiera la adquisición, ni por el hecho de que no se pudiera hacer constar en ese momento que fuera vivienda familiar porque todavía no convivían y no habían contraído matrimonio. A los efectos que aquí interesan todo ello es irrelevante para calificar la vivienda como vivienda familiar.

Lo relevante es que en esa vivienda tuvo lugar la convivencia familiar de los litigantes, en particular desde la celebración del matrimonio hasta su separación. En un primer momento convivió solo el matrimonio y, después de su nacimiento, también la hija común. De hecho, en el momento de la separación, a ellas se les atribuyó el uso de la vivienda en cuanto vivienda familiar. Nada de esto ha sido cuestionado en ningún momento por el recurrente, así ha sido defendido por la esposa recurrida, y es coherente con lo que consta en las actuaciones.

3. Por otra parte, la tesis del recurrente, al negar la aplicación del art. 1357.II CC (que, literalmente, se refiere a los bienes comprados «por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad») en los casos en los que la vivienda hubiera sido adquirida por uno solo de los cónyuges antes de contraer matrimonio, limitaría la aplicación del precepto a los supuestos en los que la adquisición de la vivienda tuviera lugar después de la celebración del matrimonio pero bajo la vigencia de otro régimen económico matrimonial. Este planteamiento, que no está en el espíritu de la norma, no ha sido acogido por la jurisprudencia de la sala.

Además de las mencionadas sentencias 450/1996, de 4 de junio, y 354/2007, de 16 de marzo, en las que de manera expresa se analiza esta cuestión, en todas las demás ocasiones en las que la sala ha aplicado la norma, se trataba de supuestos en los que la compra se hizo antes de la celebración del matrimonio, cuando todavía estaban solteros los futuros contrayentes (sentencias 619/2024, de 8 de mayo, 465/2016, de 7 de julio, 210/1998, de 9 de marzo, 31 de octubre de 1989, y las que en ellas se citan).

4. Debemos observar que las sentencias que se citan en el motivo segundo del recurso se refieren a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, y no al problema que aquí se plantea.

Con todo, tampoco apoyarían la tesis del recurrente. En las sentencias 340/2012, de 31 de mayo, y 356/2021, de 24 de mayo, se considera residencia habitual de la unidad familiar el «lugar en el que la familia haya convivido como tal con voluntad de permanencia», lo que aquí no se discute. Otra cosa es, como pretende el recurrente, que a efectos del art. 1357 CC sea exigible que ese destino de vivienda familiar se dé en el mismo momento en el que se adquiere la vivienda, lo que, por las razones que hemos expuesto no es correcto.

En consecuencia, procede desestimar el motivo segundo del recurso de casación.

SEXTO.- Decisión de la sala (III). Compra a plazos de la vivienda familiar antes de comenzar la sociedad. Artículo 1357.II CC. Equiparación jurisprudencial de la compra financiada por un préstamo cuando las cuotas se satisfacen con dinero ganancial. Aplicación de la regla de presunción de ganancialidad (art. 1361 CC). Estimación parcial del primer motivo del recurso. Asunción de la instancia

1. En atención a lo que plantea el recurrente, debemos partir de la regulación vigente, procedente de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

El art. 1357 CC, dentro de la regulación de la sociedad de gananciales, en la sección «De los bienes privativos y comunes», establece:

«Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

»Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354».

El art. 1357 CC se ocupa de la naturaleza de los bienes comprados por uno de los cónyuges solo antes del comienzo de la sociedad de gananciales en los casos en los que el precio no se haya pagado totalmente y se termina de pagar durante la vigencia de la sociedad y con dinero ganancial.

Si todos los plazos hubieran sido pagados completamente con anterioridad a la sociedad de gananciales el bien sería privativo del esposo que lo hubiera adquirido. Así resulta del art. 1346.1.º CC, conforme al cual, son bienes privativos de cada cónyuge los bienes que le pertenecieran al comenzar la sociedad. Si el que realiza la adquisición con precio aplazado antes de comenzar la sociedad abona el precio pendiente durante la vigencia del régimen económico, pero puede acreditar que lo ha hecho con dinero privativo, el bien también es privativo, de acuerdo con el art. 1346.3.º CC, conforme al cual, son bienes privativos de cada cónyuge «los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos».

La regla general es que el bien no deja de ser privativo si la compra es anterior a la sociedad de gananciales, aunque todo o parte del precio se pague vigente ya la sociedad, y con dinero ganancial, de acuerdo con el art. 1357.I CC. El precepto se inspira en la idea de accesión: si el bien pertenece inicialmente a un patrimonio no debe cambiar de adscripción por el hecho de que su pago quede aplazado y se satisfaga con dinero de otra masa. El art. 1357.I CC no se ocupa del reembolso pero, en estos casos, en el activo de la sociedad procederá incluir un crédito contra el cónyuge que es titular privativo del bien que ha sido financiado totalmente o en parte con dinero ganancial (arts. 1358 y 1397.3.º CC).

2. Como excepción a lo dispuesto en el art. 1357.I CC, cuando los bienes adquiridos a plazos antes de la sociedad de gananciales son la vivienda y el ajuar familiares, el art. 1357.II CC se remite a la regla del art. 1354 CC (prevista para las compras hechas vigente la sociedad cuando el pago se hace al contado con dinero en parte privativo y en parte ganancial, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 1356 CC, en el que el pago queda aplazado).

Conforme al art. 1354 CC:

«Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas».

La regla es coherente con el principio de subrogación real que inspira los arts. 1346.3.º CC (son privativos los bienes adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos) y 1347.3.º CC (son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos). La aplicación del art. 1354 CC da lugar a una situación de cotitularidad entre la sociedad de gananciales y el cónyuge que haya aportado dinero privativo para satisfacer parte del precio. En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales procede incluir en el activo el porcentaje ganancial del bien en función de las cuotas que se hayan pagado con dinero ganancial.

Al introducir en 1981 en el art. 1357.II CC la remisión al art. 1354 CC para el caso de la vivienda familiar comprada por uno solo antes del comienzo de la sociedad de gananciales cuando el precio se paga en parte con dinero

privativo y en parte con dinero ganancial, el legislador quiso favorecer a la masa común. La regla presupone que la vivienda se revaloriza más que el dinero empleado en su adquisición y, dando por supuesto que la vivienda es una inversión, se establece que si la sociedad facilitó su adquisición, debe participar en ese mayor beneficio. La opción del legislador de no atribuir carácter totalmente privativo a la vivienda en estos casos tiene además otras consecuencias en el régimen legal, pues su carácter privativo excluiría la aplicación de lo dispuesto en los arts. 1406.4.º y 1407 CC para el caso de disolución por muerte.

3. Aunque literalmente el art. 1357 CC se refiere a compras a plazos, la sala ha dictado varias sentencias en las que ha interpretado que la regla del art. 1357.II CC es aplicable en aquellos supuestos en los que la vivienda familiar ha sido adquirida con anterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales y pagado el precio en su totalidad en ese momento, pero mediante el dinero obtenido con un préstamo hipotecario, cuyas cuotas se satisfacen vigente la sociedad de gananciales y con dinero ganancial.

Es decir, la doctrina de la sala ha equiparado a la compra a plazos los casos en los que se paga la vivienda con dinero obtenido mediante un préstamo hipotecario, con la consecuencia de atribuir a la vivienda carácter ganancial en la proporción de las cuotas del préstamo satisfechas con dinero ganancial. De esta forma se rechaza que pueda entenderse que la vivienda le pertenecía al cónyuge que la adquirió (arts. 1346.1.º y 1357.I CC), con un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales por el importe del préstamo abonado con dinero ganancial (arts. 1358 y 1397.3.º CC). La misma regla se ha considerado aplicable cuando han sido los dos quienes, antes de contraer matrimonio, han adquirido el inmueble de manera conjunta, abonando parte del precio con dinero propio de cada uno y con un préstamo que se abona después. La consecuencia en este caso es que existe una cotitularidad privativa en proindiviso ordinario de la vivienda entre los cónyuges por las cantidades pagadas con anterioridad al matrimonio, y una copropiedad con la sociedad de gananciales por lo pagado constante el régimen de gananciales.

Con cita de la doctrina de la sala, la sentencia 465/2016, de 7 de julio, explica:

«El problema nuclear del recurso, cual es, determinar si el pago, vigente la sociedad y con dinero de ésta, del préstamo hipotecario solicitado para abonar el precio de la compraventa del inmueble se equipara al pago aplazado del precio.

»Este tema se sometió a enjuiciamiento de la sala, que ofreció respuesta en sentencia de 31 de octubre 1989, pues el recurrente, sostenía que el inmueble pertenecía en su totalidad al marido ya antes de contraer matrimonio, por aplicación de lo establecido en el artículo 1346 CC, negando la aplicabilidad de los artículos 1357.2.º y 1354 CC al no tratarse de adquisición a plazos, pues el precio, aunque fuese acudiendo al préstamo hipotecario, se pagó al contado, como sucede en el supuesto del presente recurso, y, como también sucede en éste, se pagó después del matrimonio con dinero ganancial. El tribunal de la sentencia citada, reiterada en la de 23 de marzo de 1992, sentó doctrina en el sentido de que, a efectos y aplicación de lo dispuesto en los artículos 1357 y 1354 CC, son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos. Así se infiere de la sentencia de 18 diciembre 2000 que hace mención del pago de «[a]lgunos de los plazos del crédito hipotecario».

Previamente, en la sentencia 31 de octubre de 1989 (ROJ: STS 5951/1989 - ECLI:ES:TS:1989:5951) se dijo:

«Nos encontramos, pues, parte un recurso que formalmente amparado en la, más aparente que real, dualidad de contratos distintos, pretende excluir la aplicación al caso de la norma excepcional recogida en el párrafo 2º del repetido art. 1357 y remisión al también citado 1354, ambos del Código Civil, evitando al efecto la calificación de compraventa a plazos y minimizando, en todo caso, el hecho ciertamente relevante de que las amortizaciones del crédito hipotecario con el que se gravó aquel piso (vivienda familiar) fueron abonadas y liquidadas constante matrimonio y a cargo del mismo, extremo este último al que hay que atribuirle las lógicas y equitativas (art. 3.2 del Código Civil) consecuencias jurídicas, acordes con el número 3.º del art. 1357 del propio Código («son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos»), en aras todo ello de una justicia material rectamente entendida y superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley que podría suponer entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquél a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2º del art. 1357 que ese concreto bien («vivienda y ajuar familiares») es y sigue siendo privativo, pese a que las amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos».

La misma doctrina ha sido aplicada después por la sentencia 619/2024, de 8 de mayo.

4. Puesto que a los efectos de los arts. 1357.II y 1354 CC la doctrina de la sala equipara las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos, no se ve la razón por la que el tratamiento deba ser otro cuando se trata de un crédito o un préstamo personal destinado a pagar la vivienda y cuyas cuotas se han restituido después con dinero ganancial.

Así lo entendió la sentencia 210/1998, de 9 de marzo, al dispensar la misma solución que resulta de los arts. 1357.II y 1354 CC en un caso de un préstamo personal concedido por familiares, con la consecuencia de atribuir carácter ganancial a la vivienda adquirida de soltero por el marido en la proporción del dinero prestado por sus hermanos y que fue devuelto, después de la celebración del matrimonio, con cargo a fondos gananciales.

La aplicación del criterio legal a un supuesto que no está comprendido en el tenor literal del precepto guarda relación con la finalidad económica de la norma, que no es otra que favorecer al patrimonio común. Si se tratara de mantener el equilibrio entre los patrimonios, en lugar de aplicar el principio de subrogación que resulta de la remisión del art. 1357.II CC al art. 1354 CC, se declararía la privatividad de la vivienda (art. 1346.1.º CC), con reconocimiento de un derecho de reembolso a favor de la sociedad (art. 1358 CC). Este derecho de crédito, que no estaría dotado de garantía, difícilmente podría hacerse efectivo por el cónyuge titular de la vivienda sin venderla o sin pedir un préstamo.

Debe tenerse en cuenta que, con independencia de que se trate de un crédito personal o de un crédito hipotecario, la responsabilidad frente al prestamista es en los dos casos del prestatario. En los dos supuestos las cuotas pagadas constante matrimonio con dinero ganancial, y que determinan la cuota de ganancialidad de la vivienda, son de cargo de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1362.3.ª CC (que establece a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la adquisición de bienes comunes). De ahí que, en la liquidación, no proceda ningún derecho de reembolso por estos importes. Si el cónyuge adquirente paga con sus propios bienes alguna cuota, en esa proporción, el bien no será ganancial sino privativo (art. 1354 CC).

5. La aplicación en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales de lo dispuesto en los arts. 1357.II y 1354 CC requiere la prueba de la naturaleza del dinero pagado durante la sociedad de gananciales. A falta de prueba del carácter privativo del dinero, rige la presunción de ganancialidad que con carácter general establece el art. 1361 CC «para los bienes existentes en el matrimonio».

6. En atención a lo anterior, debemos partir de que la regla del art. 1357.II CC es aplicable también en aquellos supuestos en los que la vivienda familiar fue adquirida con anterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales y pagado el precio en su totalidad en ese momento, pero mediante el dinero obtenido con un préstamo personal concertado con esa finalidad, siempre que las cuotas se satisfagan con dinero ganancial.

Por ello, la tesis del recurrente, en cuanto considera que no debe aplicarse la regla del art. 1357.II CC por tratarse de un préstamo personal, no puede ser aceptada.

Ahora bien, el recurrente también denuncia la infracción del art. 1361 CC y cuestiona la conclusión de la Audiencia de que todos los pagos efectuados durante la vigencia de la sociedad de gananciales se llevaran a cabo con dinero ganancial. Y sobre este extremo el recurrente sí tiene razón.

Partiendo de los hechos probados, no es correcto el razonamiento en el que se apoya la sentencia recurrida para concluir que eran gananciales todas las cantidades que se pagaron durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tanto para abonar las cuotas del préstamo como las aplazadas por la vendedora.

La Audiencia, con invocación de la presunción de ganancialidad que establece el art. 1361 CC, declara que el hecho de que durante el matrimonio los pagos se hicieran desde una libreta bancaria que se encontraba a nombre del esposo y de sus padres como cotitulares indistintos, no desvirtúa la presunción de ganancialidad del dinero. Pero esta aplicación de la presunción de ganancialidad respecto de terceros diferentes de los cónyuges, y cotitulares de la cuenta bancaria desde la que se hacían los pagos, no resulta del art. 1361 CC y no puede ser aceptada.

En un caso en el que se debatía el carácter ganancial del dinero existente en una cuenta conjunta de la que era titular uno de los cónyuges junto con otros, la sentencia 1390/2024, de 23 de octubre, con cita de otras anteriores, declaró que no puede presumirse la ganancialidad del saldo cuando un cónyuge no es titular exclusivo. A falta de prueba que permita justificar la concreta porción del dinero que le corresponde al cónyuge cotitular, se presume iuris tantum la copropiedad a partes iguales sobre el saldo.

Por tanto, en este caso que ahora juzgamos, a falta de prueba en contrario, debe presumirse que al esposo le pertenecía la tercera parte de los fondos de la libreta titularizada indistintamente a su nombre y al de sus padres y desde la que, según se considera acreditado por la Audiencia, se efectuaron los pagos. En consecuencia, solo a esa tercera parte le puede resultar de aplicación la presunción de ganancialidad que establece el art. 1361 CC para los bienes existentes durante el matrimonio. Puesto que se considera probado que el 56,35% de los pagos se hicieron vigente la sociedad de gananciales, procede declarar el carácter ganancial de la tercera parte de ese porcentaje, es decir, del 18,78% de la vivienda.

De acuerdo con lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Sr. Adriano y, por las mismas razones, al asumir la instancia, estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Rosario en el sentido de declarar el carácter ganancial del 18,78% de la vivienda.

SÉPTIMO.- Costas

La estimación del recurso determina que no se impondan las costas devengadas por este recurso, en aplicación de la regla contenida en el art. 398.2 LEC.

Se mantiene la no imposición de costas de las instancias. Aunque la estimación del recurso de casación ha supuesto la modificación de la sentencia de apelación, no procede alterar el pronunciamiento de las costas de la apelación porque, al asumir la instancia, se ha estimado parcialmente el recurso de apelación de la apelante.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Adriano contra la sentencia n.º 342/2023, de 31 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, en el rollo de apelación n.º 1819/2021, dimanante de los autos de formación de inventario de bienes del régimen económico matrimonial n.º 318/2019, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid.

2.º Casar la mencionada sentencia y en su lugar, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Rosario contra la sentencia de 16 de julio de 2021, en el sentido de declarar que procede incluir como partida del activo el 18,78 por ciento de la vivienda NUM000 de la casa número NUM001 de la DIRECCION000 de Madrid.

3.º No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la restitución del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de Octubre de 2025

Aun cuando el derecho de reintegro no se incluyese en el inventario de la sociedad de gananciales, cabe la posibilidad de adicionarlo posteriormente al no existir en ningún momento renuncia al derecho, y ello a pesar de que el excónyuge conocía dicho derecho en el momento de la comparecencia de inventario ante el LAJ.

Roj: STS 4538/2025 - ECLI:ES:TS:2025:4538

Nº de Recurso: 2396/2023

Sentencia núm. 1461/2025

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D. Manuel Almenar Belenguer

D.ª Raquel Blázquez Martín

En Madrid, a 21 de octubre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.ª María Inmaculada, representada por la procuradora D.ª M.ª Teresa Vidal Bodi, bajo la dirección letrada de D.ª Antonia Haro Almazán, contra la sentencia n.º 1347, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación n.º 1043/2022, dimanante de las actuaciones n.º 202/2021, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares, sobre formación de inventario de bienes de sociedad de gananciales. Ha sido parte recurrida D. Román, representado por el procurador D. Salvador Marín Pageo y bajo la dirección letrada de D.ª Agustina Herranz González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Salvador Marín Pageo, en nombre y representación de D. Román, interpuso demanda de juicio ordinario «[s]obre adición o complemento de la liquidación de gananciales practicada por este Juzgado en el procedimiento Formación de inventario 451/2017», contra D.ª María Inmaculada, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[p]or la que, estimando íntegramente la demanda:

»- Ordene complementar la formación de inventario llevada a cabo mediante Sentencia 10/2020 dictada por este Juzgado en el procedimiento sobre formación de inventario 451/2017, estableciendo la obligación a cargo de la sociedad de gananciales de reintegrar a mi mandante la cantidad de 66.877,46 euros, debidamente actualizada al tiempo de la liquidación.

»- Condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, así como al pago de las costas procesales».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares había dictado sentencia n.º 10/2020, el día 31 de enero, en los autos n.º 451/2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debía determinar como inventario de los bienes gananciales.

»ACTIVO

»1.- Saldos bancarios existentes a la fecha 4 de agosto de 2014 en la que cesó la convivencia conyugal, incluyendo el saldo existente a fecha 4 de agosto de 2014 en la cuenta de la que es titular la Sra. María Inmaculada en la entidad ING DIRECT, número NUM000.

»2.- Derecho de crédito en favor de la sociedad de gananciales derivado del pago del préstamo hipotecario que recae sobre la vivienda que constituyó el domicilio familiar y que es privativa del ex esposo.

»3.- Vehículo automóvil marca Suzuki, modelo Gran Vitara, matrícula NUM001.

»4.- Vehículo Renault Megane matrícula NUM002.

»5.- Remolque para vehículo adquirido en Talleres Marchal.

»6.- Motocicleta marca Hyosung Aquila 125 cc.

»7.- Bicicleta de montaña.

»8.- Mobiliario:

»- reloj de pared de salón

»- dos aires acondicionados

»- receptor de TDT

»- máquina de coser

»- mesa y cuatro sillas de terraza

»- mesa y cuatro sillas de cocina

»- televisor de cocina

»- cámara de vídeo

»9.- La devolución correspondiente al IRPF del ejercicio 2014

»PASIVO:

»Gastos realizados en los bienes comunes por el Sr. Román, consistentes en el seguro del coche marca Suzuki matrícula NUM001, seguro de la moto Hyosung Aquila y las reparaciones e impuestos por el importe total de 3.111,05 euros».

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Linares y se registró con el n.º 515/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Jacinto Malpesa Tobar, en representación de D.ª María Inmaculada, presentó escrito formulando declinatoria por falta de competencia objetiva.

Tramitada la declinatoria por los trámites establecidos por la ley, la titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Linares dictó auto el 28 de enero de 2021 acordando estimar la declinatoria de por falta de competencia objetiva y la inhibición del conocimiento del asunto a favor del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de la misma localidad.

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares registró las actuaciones con el n.º 202/2021 y admitió a trámite la demanda, emplazando a la parte demandada.

5.- La procuradora D.ª Josefa Ana Hernández López, en representación de D.ª María Inmaculada, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

«[d]icte Sentencia por la que apreciando las excepciones propuestas o subsidiariamente por considerar el incumplimiento de requisitos, desestime íntegramente la demanda, con todo tipo de pronunciamientos favorables a mi representada, incluida la expresa imposición de costas».

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares dictó sentencia n.º 45/2022, de fecha 31 de marzo de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales, D. Salvador Marín Pageo, en nombre y representación de D. Román, contra D.ª María Inmaculada, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la demanda, condenando al actor al pago de las costas».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Román.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, que lo tramitó con el número de rollo 1043/2022, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 14 de diciembre de 2022, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS:

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares con fecha de 31 de marzo de 2022, en procedimiento seguido en dicho Juzgado con el n.º 202/21, debemos revocar la resolución recurrida, y así se ordena completar el inventario de la sociedad de gananciales fijado en Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Linares en Autos 451/17, debiendo figurar en el pasivo de la sociedad de gananciales el crédito que ostenta el actor contra la citada sociedad por el importe de 66.877,46 euros, actualizado a fecha de liquidación, y todo ello sin imposición al apelante de las costas ocasionadas en esta alzada, acordándose la devolución del depósito constituido por la apelante para recurrir, y con imposición de las costas causadas en la instancia a la parte allí demandada».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- La procuradora D.ª Josefa Ana Hernández López, en representación de D.ª María Inmaculada, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Motivo único.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC.- Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por infracción a mi representada de las normas contenidas a la debida tutela judicial efectiva por causar indefensión. Por infracción de los artículos 400.1 y 412.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en relación con la preclusión producida por la sentencia de juicio verbal de inventario dictada previamente a este procedimiento de adición de gananciales (Documento n.º 5 de la demanda de contrario en el Procedimiento Ordinario n.º 202/2021 del Juzgado Mixto n.º 1 de Linares del que dimana el presente Rollo de Apelación 1043/2022)».

El motivo del recurso de casación fue:

«Motivo único.- Al amparo del art. 477.1 y 2.3º de la LEC en conexión con el apartado 3 del precepto citado.- Impugnación de la meritada Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén n.º 1347/2022, de 14 de diciembre en un proceso de cuantía inferior a 600 mil euros (66.877,46 euros), con interés casacional por contradicción entre Audiencias Provinciales».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de mayo de 2025, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º.- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.ª María Inmaculada contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2022, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, en el rollo de apelación n.º 1043/2022, dimanante de juicio ordinario n.º 202/2021 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Linares.

»2º.- Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición a los recursos interpuestos de contrario. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

»Contra la presente resolución no cabe recurso alguno».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 8 de septiembre de 2025 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.-** Antecedentes relevantes

A los efectos decisorios del presente recurso de casación partimos de los siguientes hechos relevantes.

1.º Es objeto del proceso la demanda de adición de bienes, que formula el demandante D. Román para completar la liquidación de la extinguida sociedad legal gananciales constituida, en su día, con la que fue su esposa D.ª María Inmaculada, al amparo de los arts. 1079 y 1410 del Código Civil (en adelante CC), y concretamente con respecto a un fondo de 66.877,46 euros de naturaleza privativa del actor, que se destinó a satisfacer necesidades de la sociedad conyugal.

2.º Entre las partes litigantes se había seguido previamente un procedimiento de división y adjudicación de los bienes y derechos integrantes del régimen económico matrimonial que se tramitó con el número 451/2017, en el que no se incluyó dicha partida al llevarse a efecto el inventario de la masa ganancial. El referido procedimiento finalizó por sentencia 10/2020, de 31 de enero, en que se fijó el inventario del activo y pasivo de la sociedad legal de gananciales.

3.º El conocimiento de la demanda, que ahora nos ocupa, correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Linares, que dictó sentencia 45/2022, de 31 de marzo, en que negó la viabilidad del ejercicio de la acción de complemento por entender, en síntesis, que dicho fondo era conocido por el demandante, al procederse a la formación de inventario ante la Letrada de la Administración de Justicia, y que, por lo tanto, había precluido la posibilidad de formular la petición de incorporación de dicho bien en las operaciones divisorias del haber común.

En concreto, la sentencia razonó sobre tal cuestión que:

«En el caso ahora examinado es evidente que el Sr. Román conocía, al tiempo de la celebración ante la Letrada de la Administración de Justicia de este Juzgado del acta de formación de inventario, las partidas que ahora se pretenden adicionar, produciéndose en dicho momento, conforme al criterio jurisprudencial indicado, la preclusión contenida en los artículos 400.1 y 412.1 de la LEC, por lo que no procede la adición por el artículo 1079 del CC, toda vez que solo cabe la misma cuando se trate de derechos o créditos que aparecieran con posterioridad o de los que la parte que insta extemporáneamente su adición pruebe cumplidamente no haber tenido previo conocimiento de los mismos».

4.º Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el demandante cuyo conocimiento correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, que dictó sentencia revocatoria de la pronunciada por el juzgado, y ordenó completar el inventario de la sociedad de gananciales fijado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Linares en los autos 451/17, en el sentido de figurar en el pasivo el crédito que ostenta el actor contra la citada sociedad por el importe de 66.877,46 euros, actualizado a fecha de la liquidación.

La sentencia, tras compartir el criterio de la jurisprudencia menor de que no cabe incluir nuevos bienes con posterioridad al inventario de la sociedad ganancial, y que la acción del art. 1079 del CC solo tiene sentido con respecto a bienes, derechos o créditos que aparecieran con posterioridad o de los que la parte que inste su adición pruebe cumplidamente no haber tenido previo conocimiento de ellos, precisa que:

«[n]o se puede olvidar que esa preclusión de la que hablamos se produce en la segunda fase del procedimiento, la que se produce ya ante el Juez, en el acto del Juicio Verbal posterior, pero no afecta a la acción ejercitada en el presente procedimiento».

Y con cita de la sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de junio de 2017, señala que la jurisprudencia admite la acción de adición del art. 1079 del CC, al que remite el art. 1410 del CC, en sede de liquidación de la sociedad de gananciales, tanto si la omisión es involuntaria como intencionada, lo que quiere aquel precepto es evitar la rescisión mediante el complemento o adición de los objetos o valores omitidos.

Para concluir en el fundamento de derecho tercero que:

«Partiendo de lo expuesto, no se pueden aceptar las consecuencias establecidas en la sentencia de instancia, y ello en primer lugar porque se duda de que la omisión fuera voluntaria, y en segundo lugar, si aun así hubiera sido, la parte actora tiene derecho a que se integren en el inventario las partidas omitidas en el mismo.

»En cuanto a si la omisión fue voluntaria o involuntaria, o si la existencia de los bienes o valores eran conocidos por la actora, aunque poco importa al fin de esta resolución, hay que tener en cuenta que la comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia se llevó a efecto el 13 de diciembre de 2018, y que ya el 21 de diciembre de 2018 la parte actora solicitó la adición ahora solicitada.

»En la Sentencia recaída en aquel procedimiento, de formación de inventario, el 31 de enero de 2020, se vino a decidir que “el debate quedaba circunscrito a las partidas controvertidas en la comparecencia previa ante el Secretario Judicial”, sin que se accediera, por tanto, a la petición realizada por la parte ahora actora, dudándose en definitiva que la omisión fuera voluntaria, cuando a escasos cinco días después de la comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia, la parte solicitó la inclusión de los valores omitidos».

5.º Contra dicha sentencia se interpusieron por la demandada los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal.

SEGUNDO.- Examen del motivo único del recurso de casación por interés casacional

1.- Fundamento del motivo, y decisión previa del recurso de casación sobre el de infracción procesal.

La parte recurrente basa su recurso en la infracción del art. 1079 del CC, en relación con la adición bienes de una sociedad de gananciales, que se promueve con posterioridad a la formación de inventario a pesar del conocimiento por el demandante de la existencia del bien omitido en el momento de la comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia a tales efectos, lo que determina, según la tesis de la recurrente, que el ejercicio de dicha acción carece de fundamento por extemporánea; esto es, que para que la acción del art. 1079 del CC pueda entablarse es preciso que la omisión sea involuntaria o se trate de bienes desconocidos que aparezcan con posterioridad.

Esta sala ha admitido la procedencia de la resolución previa del recurso de casación sobre el extraordinario por infracción procesal, es más la admisibilidad de este último está subordinada a la admisión de aquel otro recurso, que cuestiona, además, la parte recurrida mediante la alegación de un conjunto de óbices procesales a través de los cuales entiende que no se cumplen los requisitos configuradores del interés casacional por la ausencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, por no expresarse con claridad en qué radica dicho interés, al no especificarse la jurisprudencia que debe ser fijada por la sala, porque el criterio aplicable no es uniforme sino que depende de las circunstancias concurrentes, dado que existe jurisprudencia sobre tal cuestión en el sentido de que el art. 1079 del CC contempla tanto la omisión intencional como la involuntaria, amén de que no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida que reputa la omisión como no intencional.

En efecto, en la STS 531/2021, de 14 de julio, señalamos:

«Esta Sala ha admitido la posibilidad de alterar el orden legal en el que, en principio, deberían resolverse los recursos (disposición final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación, porque una eventual estimación del mismo determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, “[...] toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia” (sentencias 910/2011, de 21 de diciembre; 641/2012, de 6 de noviembre; 223/2014, de 28 de abril; 71/2016, de 17 de febrero; 634/2017, de 23 de noviembre o 170/2019, de 20 de marzo)».

Posteriormente, en el mismo sentido, las SSTs 53/2022, de 31 de enero; 358/2023, de 10 de marzo, 1486/2024, de 11 de noviembre, más recientemente 1121/2025, de 15 de julio; 1170/2025, de 17 de julio, y 1277/2025, de 22 de septiembre, entre otras muchas.

2.- Breve referencia jurisprudencial a la acción de complemento o adición del art. 1079 CC.

La STS 242/1978, de 19 de junio, con cita de las SSTs de 29 de marzo y 10 de octubre de 1958, admite la acción de complemento o adición cuando la omisión de bienes y derechos en la partición sea tanto involuntaria como intencional, en un caso de una partición convencional.

En la STS 15/2012, de 20 de enero, nos pronunciamos también sobre la acción del art. 1079 CC en los términos siguientes:

«En caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, sentencias de 22 de octubre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 13 de marzo de 2003, 18 de julio de 2005, 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las sentencias 11 de diciembre de 2002 y 19 de octubre de 2009). Es una aplicación del principio del favor partitionis (así, sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005). En el presente caso, se ha pretendido en la demanda la práctica de la partición adicional respecto a los bienes contenidos en la escritura de 4 de mayo de 2004. No se ha opuesto la importancia de los mismos, aunque simplemente se haya mencionado y, ciertamente, una nueva partición hubiera evitado problemas y este mismo litigio. Pero no se puede plantear aquí».

Y, por su parte, la STS 280/2022, de 4 de abril, establece que:

«Para el caso de que hayan quedado fuera de la partición objetos o bienes de la herencia, el art. 1079 CC permite que se complete o adicione la partición. Es decir, que si hay bienes que se han omitido procede una partición complementaria, acción que no estaría sujeta a plazo (art. 1965 CC)».

Otro precedente, para tener en cuenta, resulta de la STS 645/2022, de 5 de octubre, en un supuesto en el que el tribunal provincial había estimado la pretensión de la demandante relativa a practicar una liquidación adicional con el importe restante de un premio de lotería obtenido por el demandado, que se había omitido al llevar a efecto las operaciones liquidatorias del haber ganancial.

En dicha resolución, se casó la sentencia por considerarse contraria a la doctrina jurisprudencial que proclama que no procede el complemento o la adición de la liquidación de gananciales cuando, conociendo la existencia de bienes que no se incluyen en el inventario, los interesados manifiestan, mediante una cláusula de cierre incluida en

el convenio regulador, que dan por finiquitada la liquidación y se dan por pagados con las adjudicaciones efectuadas. Es decir, en dicha resolución se entendió que la cláusula de cierre utilizada, unida a la omisión intencional de dicho activo, implicaba una renuncia a tal derecho.

En dicha sentencia señalamos que:

«1. En el caso no se ha invocado por la demandante que la omisión del dinero resultara de su ocultación dolosa o fraudulenta por parte del demandado, ni tampoco que la omisión determinara un consentimiento viciado por error sustancial que permitiera la anulación de la liquidación conforme a las reglas generales de invalidez de los negocios jurídicos. Se parte, por el contrario, de una liquidación válida y eficaz, cuyos efectos se quieren mantener, pero completándola o adicionándola con el dinero que se dice omitido (art. 1079 CC, aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de la remisión prevista en el art. 1410 CC).

»La procedencia del complemento o adición de la partición (y de la liquidación de gananciales) estará en función de las circunstancias que concurren, tales como si fue la voluntad de las partes realizar una liquidación por entero de la sociedad o por el contrario meramente parcial, o si las partes ignoraban la existencia de los bienes omitidos o, por el contrario, conocían su existencia y no los incluyeron a sabiendas.

»Si los cónyuges hubieran querido hacer una liquidación meramente parcial podrían posteriormente llevar a cabo una división del bien que permanece en comunidad y, ante la falta de acuerdo, la cuestión debería resolverse judicialmente.

»Si la liquidación se contempla por los cónyuges como total, de todos los bienes que integran la sociedad, la mera omisión de un bien ganancial en la liquidación no comporta por sí sola la atribución al bien de carácter privativo si no manifiestan otra cosa las partes. La omisión de un bien ganancial tampoco implica necesariamente una renuncia al ejercicio de las acciones o derechos que correspondan, y si no hay renuncia, procedería el complemento o adición de la liquidación (sentencias 213/1997, de 10 de marzo, 745/1999, de 20 de septiembre, 1226/1998, de 23 de diciembre, 963/2003, de 23 de octubre). En particular, se ha admitido la acción de adición o complemento respecto de los bienes aparecidos o descubiertos después de la partición, en el entendido de que la hecha se limitó exclusivamente a los bienes conocidos en ese momento (así, en el caso que da lugar a la sentencia 1085/2003, de 20 de noviembre). Como afirmó con claridad la sentencia 381/1977, de 19 de noviembre, que no se incluyeran determinados bienes en las operaciones particionales no implica renuncia a los demás bienes que en lo sucesivo puedan aparecer.

[...]

»Por ello, en atención a las circunstancias, es posible llegar a la conclusión de que la omisión de bienes conocidos por ambos cónyuges en la liquidación practicada de mutuo acuerdo puede comportar una renuncia que impide reclamar posteriormente el complemento o la adición. De la misma manera que en tales circunstancias la cláusula por la que las partes manifiestan darse por pagadas en su haber puede considerarse como una renuncia».

Y tras invocar la jurisprudencia al respecto sobre la renuncia al ejercicio de acciones judiciales en las particiones, concluye que:

«La aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial determina que la sentencia recurrida debe ser casada, pues es contraria a la doctrina de la sala, de la que resulta que no procede el complemento o adición de la partición prevista en el art. 1079 CC (aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de la remisión prevista en el art. 1410 CC) cuando, conociendo la existencia de bienes que no se incluyen en el inventario, los interesados manifiestan, mediante una cláusula de cierre incluida en el convenio regulador, que dan por finiquitada la liquidación y se dan por pagados con las adjudicaciones efectuadas. En tal caso cabe apreciar una renuncia (art. 6.2 CC) a las acciones que pudieran corresponder frente al partícipe que tenía en su poder el bien que no se incluyó en la liquidación, a sabiendas de su existencia».

También, en las SSTS 320/2023, de 28 de febrero y 564/2024, de 25 de abril, nos hemos pronunciado en el sentido de que la sentencia, dictada en el procedimiento de inclusión y exclusión de bienes en el inventario de la sociedad legal de gananciales, produce los efectos de cosa juzgada, y no es posible volver a plantear controversia sobre los bienes reputados judicialmente como gananciales y privativos en dicho procedimiento, mediante la impugnación ulterior de las operaciones liquidatorias por la vía de los arts. 787.5 y 810.5 de la LEC, por las razones expresadas en dichas resoluciones.

3.- Examen de las circunstancias concurrentes y desestimación del recurso.

Pues bien, en el caso presente, resulta que nos encontramos ante una partición de los bienes y derechos de la disuelta sociedad legal de gananciales de los litigantes en la que, al llevarse a efecto el inventario del activo y pasivo de dicha sociedad ante la letrada de la Administración de Justicia, se omitió por el demandante el valor que ahora reclama, sin que quepa interpretar dicha omisión como una renuncia al derecho de crédito no incluido, que no se presume, ni mucho menos cabe hacerlo cuando pocos días después de la formación del inventario -tan solo transcurridos 8 días- se intentó la incorporación de dicho derecho de crédito a las operaciones particionales, lo que fue

negado por el juzgado antes de la tramitación y decisión del incidente de inclusión y exclusión de bienes. No cabe, como decide el tribunal provincial, considerar que el actor con un acto de inequívoca significación jurídica declinase de forma definitiva la reclamación de tal derecho.

Tampoco, se plantea la inviabilidad de la acción de complemento por la trascendencia económica del bien omitido y la procedencia de la rescisión por lesión (SSTS 1185/2002 de 11 de diciembre; 686/2009, de 19 de octubre, 350/2015, de 16 de junio), ya que lo que ordena la audiencia es la inclusión del bien litigioso en el inventario, sin que consten ejecutadas las operaciones liquidatorias del haber común.

Una cosa es que las sentencias, que resuelvan sobre la naturaleza privativa o ganancial de un bien, estén afectadas por la cosa juzgada, y otra distinta es que una omisión, como la que es objeto del proceso con las connotaciones expresadas, se pueda considerar definitivamente precluida y, en consecuencia, implique la pérdida del crédito a modo de una renuncia inexistente y ostensiblemente contraria a los actos propios del demandante. O que, el simple hecho de la no inclusión de un bien en el inventario, lo deje en un indefinido limbo jurídico por tal circunstancia. Amén de que, como señala la audiencia, no consta que tal omisión fuera intencionada.

Por todo ello, el recurso de casación interpuesto no procede con lo que no cabe entrar a examinar el recurso extraordinario por infracción procesal igualmente interpuesto.

TERCERO.- Costas y depósito

Al desestimarse el recurso de casación procede imponer las costas generadas por dicho recurso a la recurrente (arts. 398.1 y 394.1 LEC).

Procede también acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir (disposición adicional 15.^a, apartado 9.^a, LOPJ, respectivamente).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a María Inmaculada, contra la sentencia 1347/2022, de 14 de diciembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación 1043/2022, e imponer las costas generadas por dicho recurso a la recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

