

Top 10 de sentencias más consultadas por los abogados de familia en 2022

Luisja Sánchez
Periodista jurídico

La AEAFA ha publicado en su web el ranking de las 10 sentencias más consultadas durante 2022

Las sentencias relacionadas con la custodia compartida de los hijos han sido las más consultadas por los más de 2.600 integrantes de la **Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA)** a lo largo de 2022.

Tres resoluciones del Tribunal Supremo, en las que se analiza **el cambio de una custodia monoparental a una compartida**, figuran entre las 10 más vistas por la abogacía de Familia en la página web de la AEAFA, que recibe al año casi medio millón de consultas por parte de sus asociados.

Precisamente, este año el **Instituto Nacional de Estadística** ha dado a conocer que la custodia compartida fue otorgada en el 43 % de los casos de divorcio y separación entre cónyuges de diferente sexo. Se trata del **porcentaje más alto** de la serie histórica. En el caso de rupturas de parejas del mismo hecho, este tipo de guarda ya alcanza el 64 %.

El abogado **José Luis Cembrano** es el encargado del análisis jurídico diario de los autos y sentencias más relevantes que dictan los tribunales españoles y que se publican **en la web de la AEAFA**. Para realizar esta selección tiene en cuenta su contenido pedagógico, su novedad y fuerza doctrinal, su carácter práctico y, desde el punto de vista procesal, su transversalidad.

“Como podemos ver, la problemática que aborda el abogado de familia en un conflicto de pareja es amplia, de ahí que este tipo de sentencias ayuden a aclarar ciertos aspectos que cada vez se dan con más frecuencia y que son discutibles en las relaciones familiares. El auto de guarda de hecho de febrero del 2022 va a aclarar mucho sobre la puesta en marcha de la Ley 8/2021 que revisa las **medidas de apoyo de las personas con discapacidad**”, razona Cembrano.

En su opinión, “los pronunciamientos del Tribunal Supremo son clave en distintas cuestiones, como en los casos de custodia compartida. En este tipo de temas resuelve en año o año y medio, **más rápido a veces que algunas Audiencias**

Provinciales. Hay que recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga preferencia a los asuntos donde hay menores. Esa tramitación preferente hace que se resuelven antes de los demás. Los demás asuntos, por tanto esperan, como los temas de liquidación de bienes”.

Otra cuestión que destaca este experimentado jurista es que “el Tribunal Supremo y su Sala de lo Civil intenta llegar a **grandes acuerdos por unanimidad** en la mayor parte de los casos. Realmente **hay pocos votos particulares** en esas sentencias. Buscan el máximo consenso en estos temas donde el interés del menor es un elemento que tienen en cuenta. Alrededor de eso van superando obstáculos de carácter procesal que había en las Audiencias. Y así lo dejan claro en sus resoluciones”, añade.

Para este jurista, “de la lectura de muchos de estos fallos judiciales queda claro que el Tribunal Supremo **suele confiar en los padres**, pese a que existan discusiones entre ellos”. **Las sentencias vienen a reflejar la importancia del conocimiento de la práctica fiscal.** “Eso hace que los abogados tengamos que prepararnos en dicha práctica y minimizar su impacto en el conflicto familiar, sobre todo en la adjudicación de la vivienda y las plusvalías que se puedan generar”, explica.

A su parecer, la problemática del Derecho de familia es muy exigente para el propio letrado ejerciente. “**Hay que estudiar mucho y estar muy pendiente de estas resoluciones judiciales para poder dar el mejor servicio al cliente.** A este respecto en este tipo de asuntos desde AEAFA siempre recomendamos que las familias acudan a abogados especializados en estos temas porque de esa forma su asunto estará en buenas manos y tendrá una solución”, concluye.

Estudiar caso a caso

En relación a las resoluciones más consultadas, **María Pérez Galván**, abogada de Familia, vicepresidente de la Asociación Española de Abogados de Familia, y Miembro fundador de la Sección de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de Sevilla, indica que las más vistas “**son las relativas a custodia compartida de los hijos de las parejas rotas**, ya sean divorciadas o solo parejas de hecho, porque la regulación legal es la misma en ambos casos”.

La abogada destaca que “estamos teniendo **muchas consultas sobre modificaciones de medidas** para cambios de custodia y pasar de la monoparental a la compartida y, curiosamente, de la compartida a la monoparental, sobre todo cuando los hijos son ya **adolescentes**, tienen criterio y no encajan muy bien con las nuevas vidas de sus progenitores y, sobre todo, **con las nuevas parejas**”.

Para todo ello “debemos analizar **caso a caso** con las circunstancias concurrentes en cada uno que son especiales y verificar las razones de fondo para no plantear demandas

sin base con el riesgo de una **condena en costas** que suelen darse en las modificaciones de medidas desestimadas”, explica Pérez Galván.

Como en los últimos años han subido los acuerdos de custodia compartida de los hijos menores, “observo todavía mucha reticencia en madres que, a pesar de trabajar y estar muy ocupadas, **quieren la custodia solo para ellas alegando que el otro progenitor no sabe llevar a los hijos**”, reconoce la abogada.

Desde su punto de vista “queda todavía mucho camino que andar en el Derecho de familia y en las familias para que, ambos, de manera responsable, se encarguen de todo lo que conlleva educar, atender y asistir a un hijo hasta, **no solo la mayoría de edad**, sino hasta la independencia económica y estar ahí de manera permanente para acompañarlos en las distintas etapas vitales”.

Así indica que “son muchos los padres implicados en esa labor con verdadera vocación, pero también los hay, no tan mayores, que no tienen habilidades o, vivienda, apoyo familiar, etc, y prefieren que los menores convivan de forma permanente con las madres”.

Respecto a la importancia de poder liquidar el patrimonio con la extinción del matrimonio, Pérez Galván reconoce que “es estupendo para el cliente porque ya no quedan vínculos patrimoniales entre ellos ni problemas futuros **como dejar de pagar la hipoteca**, posibles embargos, impagos del Ibi, agravios porque entre a vivir la pareja del otro en la vivienda que aún no se ha liquidado entre ellos, etc, problemas todos que enturbian mucho la relación familiar y que genera violencia y repercute negativamente en los hijos y demás familia extensa”.

“Debemos recordar a los clientes que **custodia compartida no significa no pagar pensión de alimentos** y/o que el uso de la vivienda ya no es asignado hasta la mayoría de edad de los hijos como ocurre con la custodia monoparental porque ello crea error y confusión para poder alcanzar los deseables acuerdos en los que trabajamos tanto para evitar que sea un Juez quien decida el futuro de la familia”, concluye la abogada.

El top 10 de sentencias más consultadas

1.- Custodia compartida: la edad de la hija es un cambio esencial. (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 404/2022)

Cuando los progenitores se separan (2015), la hija tiene dos años y el padre había sido acusado de violencia sobre la mujer, delito del que posteriormente fue absuelto. Ahora la niña ha cumplido nueve años. En su día se acordó la custodia monoparental materna pero ahora el juzgado concede la custodia compartida que, finalmente, el Tribunal Supremo confirma.

Cembramo explica a *Economist & Jurist* que “la sentencia indica que la custodia sobre los hijos, incluido la compartida es casuística y procede a que sea paritaria si no se cuestiona la idoneidad del progenitor. **Es una medida deseable para favorecer la integración afectiva y estimular la cooperación entre los padres**”.

Desde su punto de vista **esta sentencia es un hito en la igualdad**, ya que la inercia o la petrificación de las custodias desequilibradas no se pueden imponer sin una razón.

2.- Lo adecuado es emplear el IPC para la actualización de cantidades que generan derecho de reembolso en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 224/2022)

En el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales de la pareja que se separa se cuestiona cómo actualizar el importe de las cantidades que, al ser abonadas por uno solo de los cónyuges, han generado un **derecho de reembolso** en aplicación del párrafo 3º del artículo 1398 del Código Civil.

El Supremo da la razón al recurrente: el método adecuado de actualización es la aplicación de la evolución del Índice del Precios de Consumo (IPC), fijados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) .

Para Cembramo, esta sentencia aborda una cuestión importante a nivel jurídico y económico. “Desde la doctrina se asume en el derecho común que los reembolsos por aportaciones unilaterales procede actualizarlos y **no se presumen donaciones** ni requieren una reserva para ser reclamados”.

3.- Horarios y disposición del entorno familiar para fijar una custodia compartida. (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 238/2022)

En contra del criterio del juzgado, la Audiencia Provincial deniega la custodia compartida por distintas razones. Sin embargo , el Tribunal Supremo entiende que los criterios de la sentencia recurrida **son contrarios a la doctrina jurisprudencial**, en cuanto no concurren razones para privar a la menor de la custodia compartida con sus dos progenitores. Y eso es así porque:

- El horario del padre no le impide dedicarse a su hija.
- El padre cuenta con apoyo por personas de confianza.
- La menor es escolarizable, lo que facilitará la compatibilidad de horarios con ambos progenitores.

Para nuestro interlocutor “esta sentencia aterriza en la **complejidad de la vida cotidiana de los progenitores**, a veces cautivos de las ayudas que otras personas les puedan prestar, no por ellos son menos ni mejores progenitores, ni los hijos van a sufrir por ello la dura consecuencia de un trato desigual en los progenitores, en sus respectivos derechos a estar el mayor tiempo posible con sus hijos. La idea final es implicarse y compartir sus respectivas vidas con sus hijos huyendo de composiciones jurídicas artificiosas”.

4.- Atribución de la vivienda familiar hasta la emancipación de los hijos. (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 861/2021)

La vivienda familiar es propiedad privativa del esposo y el juzgado se la atribuye a la madre y a los hijos en cuya custodia quedan **por un tiempo de dos años**. Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda que el juez no puede limitar el derecho de uso sobre la vivienda familiar de los hijos menores de edad, aunque existen dos factores que mitigan dicho dicho “rigor”:

- El carácter **no familiar** de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación.
- Que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de **otros medios**.

Ninguno de los dos factores se dan en este caso y el Supremo procede a estimar el recurso de casación y atribuye la vivienda al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio **hasta la emancipación de estos**.

Para Luis Cembrano “esta sentencia es la reafirmación de una doctrina firme del Supremo que es que el derecho del menor sobre la vivienda es **inalienable**, con solo dos excepciones, que no sea realmente o no sirva como vivienda familiar, o que la necesidad del menor ya esté cubierta con otros medios”.

5.- Se liquida en convenio aprobado por sentencia de divorcio la vivienda familiar y el parking, pero no consta que el exceso se haya compensado. ¿La pareja debe hacer frente al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones? (Tribunal Supremo. Sala de lo

Contencioso-Administrativo Sentencia núm. 963/2022)

En convenio aprobado por sentencia de divorcio, se liquida la vivienda familiar y la plaza de aparcamiento, que se adjudican a la esposa. No consta que el exceso haya sido compensado.

El objeto del recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Cataluña, desde el punto de vista del interés casacional para formar jurisprudencia, consiste en determinar si, en el marco de la extinción de un condominio provocado por la disolución del matrimonio, el exceso de adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges, **no compensado económicamente**, se encuentra sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o, en cambio, comporta la realización del hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados y si, en su caso, resulta de aplicación el supuesto de no sujeción especial previsto en el artículo 32.3 del RITPAJD.

El Supremo descarta el carácter de donación del citado exceso de adjudicación, dada la falta de *animus donandi* y la ausencia de un acto unilateral de voluntad de donar, que no puede estar presente en un convenio que, por su propia esencia, es bilateral y convenido entre los cónyuges que disuelven el matrimonio y, con ello, el patrimonio común.

Este jurista recuerda que “la fiscalidad de los **excesos de adjudicación** se plantea continuamente para los abogados de familia cuando intentamos dar forma a una solución definitiva de la crisis matrimonial”.

Desde su punto de vista, “**la norma fiscal aprovecha cualquier resquicio para recaudar**, por eso esta sentencia es interesante para nuestro ejercicio profesional, al ilustrarnos para dar una solución lo más adecuada posible según el régimen económico por el que el matrimonio y sus bienes se rijan”.

6.- La guarda de hecho no necesita de investidura formal. (Juzgado de Primera Instancia nº5 de Córdoba. Auto nº 81/2022)

Una de las hermanas está actuando como guardadora de hecho de la otra, quien padece una **discapacidad mental severa**. Los bancos dificultan determinadas operaciones, pese a que benefician a la hermana con discapacidad.

La titular del juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba hace una magnífica síntesis de la doctrina actual sobre la guarda de hecho y concluye que, en casos como este, no sería necesario instituir a la guardadora de hecho como tal en una resolución judicial para acreditarlo ante los bancos y así ejercer adecuadamente sus funciones.

Sin embargo, ante las graves dificultades que sufre la guardadora por culpa de las entidades bancarias -la han forzado a instar un procedimiento de jurisdicción voluntaria-

, declara en el auto que la solicitante es la guardadora de hecho de su hermana, **y advierte a los bancos de que dejen de entorpecer la labor de la hermana.**

“Es un auto muy bien elaborado y estructurado que se dicta en febrero del 2022, tras la aprobación de la Ley 8/2021, que entraría en vigor el 2/9/2021, con una visión empírica desde la sentencia del Supremo de 8 de junio de 2021. **Es clara en cuanto a la guardia de hecho como institución preferente**, aparte de la propia voluntad del discapaz”, explica Cembrano.

7.- Imposición de terapia a los padres e implicaciones de la sustracción de menores. (Audiencia Provincial de Badajoz. Sentencia 534/2022)

Si se examina el expediente judicial de la familia, se comprueba la multiplicidad de procedimientos e incidentes que se han seguido entre ambas partes. “Es una manifestación más de lo mal que se llevan”, subraya la Audiencia de Badajoz.

Además, la progenitora ha sido condenada penalmente **por un delito de sustracción de menores.**

La Sala razona que, pese a la existencia de resoluciones contradictorias, es imposible someter a los litigantes a una **terapia obligatoria** (el padre acepta y la madre se opone). Aunque la ley promueve el buen trato y la parentalidad positiva de los menores (LO 8/2021 art. 26) y les exige una colaboración activa en situaciones de riesgo de los menores (L 26/2015 art. 17), sin embargo, **hay que contar con el consentimiento del paciente en este tipo de tratamientos.**

Fachada de la Audiencia Provincial de Badajoz. (Foto: Hoy)

Respecto al impacto futuro de la sustracción de menores, la Audiencia recalca que no conlleva la privación, medida determinante de un futuro, de la patria potestad y que hay que ponderar el interés del menor, o sea su derecho a relacionarse con ambos progenitores.

“El tránsito de la convivencia en común a la convivencia separada no siempre se lleva bien y, a veces, como aquí ha ocurrido, **es un desastre.** Todos, incluidos los jueces, nos debemos al interés superior del menor”, concluye la Audiencia.

En esta ocasión, Cembrano asegura que “este es un caso polémico que subraya que la ruptura de la familia siempre es algo complicado. En el ámbito jurídico se refiere a los jueces, pero se puede ampliar a otros campos. Lo que debe quedar claro es que **debe anteponerse el interés del menor en cualquier solución**, como es uno de los pilares del Derecho de familia”.

8.- Modificación versus extinción de la pensión compensatoria: incidencia de los pactos. (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia 59/2022)

Se plantea la extinción de la **pensión compensatoria** acordada en su día con carácter indefinido. Existió una convivencia matrimonial de 9 años y la pensión compensatoria **se ha disfrutado por 29 años**.

La sentencia acepta la extinción por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de pactarla. La extinción se produce por las causas establecidas en el artículo 101 del Código Civil, mientras que a su modificación se refiere el artículo 100. El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, **por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona**.

José Luis Cembrano subraya que, en algunas ocasiones, “los efectos de la ruptura de un matrimonio se convierte en una losa difícil de levantar. **En este escenario el papel de los abogados de familia especializado es clave**. En este contexto se requiere la figura del abogado incisivo y de fina pluma, capaz de concretar y plasmar esos cambios producidos por esa ruptura al ordenamiento jurídico”.

9.- Cese efectivo de la convivencia y la formación del inventario. (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 287/2022)

La pareja solicita, en procedimiento de liquidación y formación de inventario, que se incluya en el activo bienes obtenidos por el exesposo desde el cese de la convivencia hasta la fecha de la firmeza de la sentencia de divorcio.

El Supremo entiende que la reclamación es **abusiva** puesto que, del conjunto de los hechos, se colige que las partes en la separación de hecho se desvincularon del régimen de gananciales, o sea, la reclamante evidenció esa voluntad y dejó de colaborar al régimen con su esfuerzo.

Este jurista cree que este fallo judicial es “un claro ejemplo de que no solo tienen interés los recursos de casación que se estiman, **sino también cuando se rechazan**. Esta sentencia que respalda las tesis de la abogada madrileña **Mercedes Hernández**, viene a definir la calificación de los bienes que manan en una situación de separación de hecho, cuando aún no se ha dictado sentencia de divorcio firme”.

10.- Se acuerda la custodia compartida aunque ninguno de los progenitores la solicita. (Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 437/2022)

Aunque ninguno de los progenitores la ha solicitado y **la psicóloga forense se muestra favorable a la custodia materna**, el Supremo establece una custodia compartida del niño porque, a pesar de que en medidas provisionales se atribuyó la guarda a la madre, en el día a día se ha venido desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores.

“El régimen de la guarda y custodia fijado no contraviene los criterios señalados en las resoluciones judiciales citadas. Las meras discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor **no constituyen obstáculo** para el señalamiento del régimen de guarda y custodia compartida”, indica el Alto Tribunal.

Para Cembrano, la sentencia “deja claro de que por encima de todo, incluso de cualquier norma procesal, se encuentra el interés del menor. Al mismo tiempo la Sala pone en valor una clara apuesta por los progenitores, así también hay que relacionarla con la sentencia del Supremo 494/2012 cuando señala que **son ellos y no los jueces quienes conocen mejor la realidad de los niños** y quienes deberán adaptarlo a lo que les interesa en cada período de crecimiento, aunque sea haciendo uso de la **mediación familiar** o de terapias educativas”, concluye el abogado.