

N°5

ENERO DE 2022

EN FAMILIA

BOLETÍN TRIMESTRAL DE LA COMISION DE FAMILIA DEL I.C.A.O.



INDICE

Boletín Comisión de Familia

Página 1	ÍNDICE
Página 2	LAS 8/21
Página 7	MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS ANIMALES EN EL DERECHO DE FAMILIA
Página 13	LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL COMO DERECHO HUMANO
Página 17	PROSTITUCIÓN Y CUSTODIA DE MENORES
Página 20	ÚLTIMA JURISPRUDENCIA
Página 27	NOVEDADES ADQUIRIDAS POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO
Página 28	FORMACIÓN
	Pag. 28- PROCEDIMIENTO DE SUCESION EN LA NOTARIA
	Pag. 31 - LA EJECUCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA
	Pag. 33 - LA FORMACIÓN DE INVENTARIO EN LA LIQUIDACIÓN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

LAS 8/21

BORJA ALVAREZ IGLESIAS Colegiado 4056



El pasado año se promulgaron en nuestro país dos leyes, una orgánica y otra ordinaria, que como ya todo el mundo sabe han resultado ser de gran calado para nuestra actividad profesional, y más, si cabe, en el ámbito de quienes nos dedicamos al derecho de familia; son “LAS LEYES 8/21”: la “Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia” y la “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” (poco acertado ese de que lleven el mismo número y su publicación difiera en sólo dos días).

La primera de esas leyes, la orgánica, la de protección integral a la infancia establece en su artículo 3.e) entre sus fines:

“Reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente (...)”.

Y, parece ser que principalmente para cumplir tal fin modifica en su disposición adicional segunda varios artículos del Código Civil que quedan redactados, en lo que nos concierne, del siguiente modo:

Art 92. 6. “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor (...)”.

Sin entrar a valorar el ejercicio de ilusión del legislador al determinar un acceso de los y las menores al procedimiento a fin de solicitar que se les escuche (a ver como un niño o una niña de 13, 14 o 15 años se dirige voluntariamente a un Juzgado a pedir que se le escuche); lo cierto es que parece que la intención es escucharles en los casos en que se vayan a decidir medidas sobre su vida.

Art. 154.3º: Y a la hora de decidir por los progenitores el lugar de residencia de los y las menores: “Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”.

Sin entrar a valorar el jardín en el que se mete el legislador al distinguir entre “suficiente madurez” y garantías de accesibilidad; lo cierto es que queda claro que su intención es dar voz a los y las menores a fin de que expresen su voluntad dentro del procedimiento.

Art.158 in fine: “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”.

Siendo así que en este punto el legislador sí que entra sin ambages en la garantía expresa de la audiencia de los menores en este procedimiento, aunque solo sea para el supuesto de que se estime el posible desamparo del menor y no para el resto de las cuestiones o medidas que se pueden discutir en un procedimiento de esta naturaleza



En resumen, parece ser que la intención legislativa, que todo parece suponer que vaya a ser refrendada e incluso firmemente defendida y desarrollada por la jurisprudencia, es que garantizar el derecho de los menores a ser oídos en los procedimientos de familia y en todos aquellos en los que vayan a decidirse cuestiones fundamentales para su vida o su desarrollo.

Por el resto la citada Ley Orgánica 8/21 modifica diversos cuerpos legales y presta expresa atención a la intervención de los y las menores “o/y personas con discapacidad” que hayan de intervenir en un procedimiento judicial como víctimas o partes; y ello puesto que tal y como afirma en su Exposición de Motivos:

“Cabe destacar que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia, expuestos de forma agravada a sus efectos y con mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos”

sin embargo, tal y como hemos podido comprobar, nada se dice sobre el derecho a ser oídos de los y las menores con discapacidad; es más, como vimos en la regulación del artículo 154.6º incluso el legislador habla de suficiente madurez y garantía de accesibilidad, estableciendo la necesidad de hacer un juicio previo de madurez para, a continuación, garantizar el derecho de aquellos y aquellas que tengan la suficiente mediante una adecuada “accesibilidad” y dejando fuera del ejercicio de su derecho al resto (entre los que podemos encontrar a personas con discapacidad).



Y ya más centrados en el propio procedimiento de familia, no puedo en este punto dejar pasar la ocasión para realizar una profunda y airada crítica al legislador por desaprovechar la ocasión, una Ley Orgánica, de regular la forma en la que deberían de practicarse las exploraciones de los menores: cómo ha de realizarse garantizando la dignidad y bienestar de quienes se someten a ella, cómo debería de escuchárseles, qué adaptaciones habría que hacer a tales exploraciones en caso de discapacidad y su valor probatorio o como base motivacional de las resoluciones judiciales. Tal error respecto a las exploraciones judiciales adquiere una mayor relevancia si ponemos en relación el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos de familia con el derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad, porque si vamos a la otra Ley 8/21, la ordinaria, vemos que modifica el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciendo los ajustes del procedimiento para personas con discapacidad:

“1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.





b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.»

Es decir, establece la necesidad de establecer ajustes siempre que exista una persona con discapacidad (sin establecer qué se entiende por tal) y siempre que esa persona haya de intervenir, de cualquier manera, en un procedimiento judicial. Así que, en definitiva y como decía al principio, parece ser que las Leyes 8/21 a quienes nos dedicamos al derecho de familia nos dejan más dudas que soluciones y nos abren la posibilidad de innovar e imaginar mil modos de combinar el derecho de los menores a ser oídos en los procedimientos con el derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad; porque desde hoy presumo (bueno, no presumo, ya he empezado a experimentarlo) que será la abogacía la encargada de exigir a los órganos judiciales que escuche a los y las menores con discapacidad en los procedimientos de familia a la vez que, en el mismo procedimiento y momento, exige que se realicen los ajustes necesarios en dichas exploraciones para garantizar su dignidad y bienestar.

¿Puede ser este el principio del fin de las largas esperas de menores, con o sin discapacidad, por los pasillos de los juzgados mirando de reojo a ambos progenitores y pasando de uno a otro para que ninguno se enfade mientras esperan que les manden pasar a solas a una sala judicial a hablar con extraños vestidos con toga?

MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS ANIMALES EN EL AMBITO DEL RERECHO DE FAMILIA

Hasta la entrada en vigor de la nueva ley el Código Civil calificaba a todos los animales como bienes muebles por lo que se les aplicaban las reglas de derecho patrimonial de este tipo de bienes.

María Villanueva Ordoñez
Colegiada 2922

Esta consideración chocaba con la legislación Europea sobre la protección de los animales concretamente con dos normas, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que, en su artículo 13, califica a los animales como seres sensibles y el Convenio Europeo de sobre protección de los animales de compañía de 1987. En ocasiones los Tribunales Españoles llegaron a dar prioridad al derecho comunitario acordando la tenencia compartida de animales de compañía.



A modo de resumen, con anterioridad a la nueva ley podíamos encontrarnos con dos situaciones:

A) **SEPARACION Y DIVORCIO CON ACUERDO:** Como el art. 90.1CC recogía mínimos del contenido del convenio en principio no había problemas en la regulación de relativa a los animales de compañía. Esto no quiere decir que no hubiese Tribunales que pusiesen inconveniente y que este tema diese muchos problemas a la hora de ejecutar incumplimientos sobre los acuerdos adoptados.

B) **SEPARACION Y DIVORCIO SIN ACUERDO:** Aquí surgieron grandes conflictos, muchos Tribunales entendían que no tenía obligación de pronunciarse sobre ellos, se remitía en la mayor parte de los casos a la liquidación patrimonial. Sólo se contemplaba el régimen de tenencia compartida en casos de copropiedad del animal.

Para acomodar la legislación Nacional a la legislación comunitaria se dicta La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, establece el régimen jurídico de los animales, para ello diversos artículos del Código Civil, de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.- NUEVA CATALOGACIÓN DE LOS ANIMALES COMO SERES VIVOS DOTADOS DE SENSIBILIDAD.

Se parte de la nueva catalogación del animal, que el art. 333 del Código Civil establece:

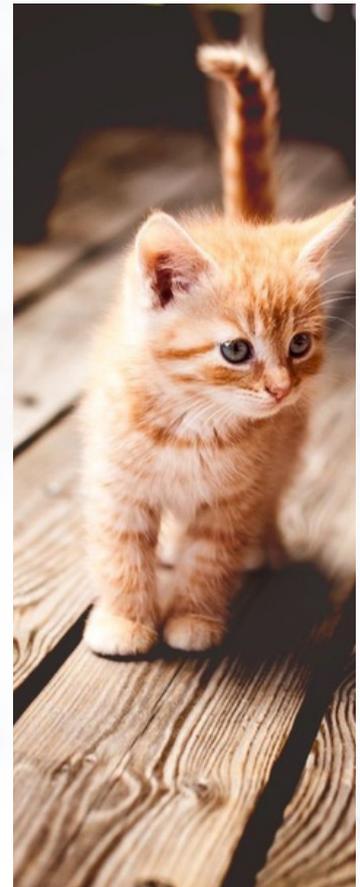
“1. Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.

2. El propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes.

3. Los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste.

4. En el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado.”

Desde esta nueva consideración de los animales como “seres vivos dotados de sensibilidad” se modifica la legislación que regula el derecho de familia, que se concreta en distintos artículos.



2.- LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA COMO PARTE DEL CONVENIO REGULADOR.

1.- El Art. 90 CC . que hace referencia al contenido mínimo que debe incluir un convenio regulador añade como otro aspecto a regular ((letra b) bis del apartado 1)

“ El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.”



Es decir, se acordará la tenencia de los animales. Entiendo que ello va a dar lugar a conflictos. En efecto, habrá que conjugar el interés de los miembros de la familia con el bien estar animal, que, por lógica, en principio podrá ser valorado por psicólogos y veterinarios. A ello habrá añadirle la determinación de qué se entiende por animal de compañía. Todos conocemos casos en los que algunas personas consideran “Animal de Compañía” algunas especies que a priori no lo parecen. También habrá problemas a la hora de determinar qué son cargas del animal ¿podremos hablar de cargas ordinarias y extraordinarias al igual que en los gastos de los menores?

Se modifican los apartados 2 y 3

En el apartado 2, relativo a Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio se añade:

"Si fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado."

Es decir, el propio Juez puede aprobar los acuerdo de los cónyuges recogidos en el convenio y modificar los adoptados respecto a los animales de compañía.

En el apartado 3. Relativo a la posibilidad de modificación de las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas :

"Asimismo, podrá modificarse el convenio o solicitarse modificación de las medidas sobre los animales de compañía si se hubieran alterado gravemente sus circunstancias."

3.- LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA CUANDO NO EXISTE ACUERDO O EL JUEZ NO APRUEBA EL CONVENIO.

El art 91 del Código Civil, que regula las medidas que ha de adoptar el juez si no existe acuerdo o no aprueba el contenido del convenio añade las relativas al destino de los animales de compañía:



“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, 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. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.”

4.- MALTRATO ANIMAL COMO IMPEDIMENTO PARA OTORGAR LA CUSTODIA COMPARTIDA.

El apartado 7 del art 92, que recoge los supuestos en los que no se otorgará la guarda compartida, incluye la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas., quedando redactado:

"7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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."



5.- VISITAS DE ANIMALES DE COMPAÑÍA Y SUS CARGAS

Se añade un art. 94.bis en el que se establece que el juez acordará quien se quede a cargo del animal y en su caso la visitas para el otro cónyuge:

L" a autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales."



5.- PROPIEDAD DE LOS ANIMALES

Otro de los artículos que ha sido modificado y afecta al derecho de familia es el 1346 que incluye dentro de los bienes privativos de cada uno de los cónyuges a los animales que tuviesen al comenzar la sociedad de gananciales :

"1.º Los bienes, animales y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad."

LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL COMO DERECHO HUMANO

Por M^a Paz Díaz Díaz Colegiada 3738

En esta nueva entrega de nuestro Boletín En Familia vamos abordar un tema, que, dadas las cada vez más frecuentes crisis migratorias, y el hecho de que nuestro país es una de las puertas de entrada a esa “ansiada Europa”, será cada vez más frecuente. Se trata de la situación de los niños nacidos a lo largo del trayecto migratorio realizado por la madre y que no han sido registrados en ningún país, ni en el de origen de la progenitora, ni en el que ocurrió el nacimiento.

Con fecha 14 de octubre de 2021, el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Montilla, provincia de Córdoba, dictó un Auto por el que se acordaba inscribir en el Registro Civil de dicha ciudad, al ser el lugar donde reside la menor, el nacimiento de una niña ocurrido en Argelia, el día 27 de marzo de 2021, de madre camerunesa y padre desconocido, que llegó a España dos días después, el 29 de marzo; no estando inscrito el nacimiento, ni en el Estado en el que se produjo el mismo, Argelia, ni en el Estado al que pertenece la madre, Camerún, lo que trae como consecuencia que nos encontremos ante una niña que no existe para el Derecho, no teniendo reconocida su personalidad jurídica y no pudiendo ser sujeto de derechos, aún de los más elementales.

Recoge el mencionado Auto, como justificación a la Inscripción en el Registro Civil realizada, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece en su art. 1:

“Que uno de los fundamentos de una sociedad libre, justa e igualitaria es el respeto a los derechos humanos de las personas, quienes, por el solo hecho de nacer, son libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.



Una de las manifestaciones esenciales del reconocimiento de los seres humanos como tales, es el registro de su existencia e identidad, prestación exigible a la sociedad en la cual nacen, viven y mueren, porque es la única forma que tiene la sociedad y el Derecho de admitir su existencia y, por ende, de facilitarle el ejercicio de todos los derechos que, por nacer, se le reconocen por aquélla. Dicho de otra manera, si el individuo, el ser humano real, no es inscrito, de forma que exista un registro fehaciente del comienzo y fin de su existencia, para el Derecho no existe, no ha existido, ni existirá. Y si no existe, no tiene libertad ninguna que respetar, ni derecho que ser reconocido, es decir, no tiene personalidad jurídica; no es nada en la realidad jurídica.



Una de las manifestaciones esenciales del reconocimiento de los seres humanos como tales, es el registro de su existencia e identidad, prestación exigible a la sociedad en la cual nacen, viven y mueren, porque es la única forma que tiene la sociedad y el Derecho de admitir su existencia y, por ende, de facilitarle el ejercicio de todos los derechos que, por nacer, se le reconocen por aquélla. Dicho de otra manera, si el individuo, el ser humano real, no es inscrito, de forma que exista un registro fehaciente del comienzo y fin de su existencia, para el Derecho no existe, no ha existido, ni existirá. Y si no existe, no tiene libertad ninguna que respetar, ni derecho que ser reconocido, es decir, no tiene personalidad jurídica; no es nada en la realidad jurídica.

Este Derecho Universal que todo ser humano tiene a que le sea reconocida su personalidad jurídica en todas partes, aparece también recogido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que:

“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otra manera apátrida”.

Estas normas de Derecho Internacional, de obligado cumplimiento en nuestro país, son reconocidas en nuestra propia Constitución, en su artículo 10.2, que declara que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.





PROSTITUCION Y CUSTODIA DE MENORES

MARTA TAMARGO, COLEGIADA N°3631

Es frecuente que las mujeres que se dedican a la prostitución se encuentren amedrentadas a la hora de solicitar la custodia, bien exclusiva o bien compartida, de sus hijos.

El ejercicio de la prostitución suele ser un arma arrojadiza que la otra parte utiliza para intentar conseguir la custodia de los menores y otros beneficios en el procedimiento judicial.

Pero al margen de las cuestiones éticas que el tema puede generar ¿realmente el ejercicio de la prostitución influye de forma negativa a la hora de obtener la custodia de los menores en el juzgado?

Veamos qué dice la jurisprudencia:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de julio de 2.013 trata la cuestión tras el recurso interpuesto en un divorcio en el que el juzgado acordó que la custodia de la hija menor se atribuía al padre. La madre de la menor apeló porque ambas partes habían firmado un acuerdo estableciendo el régimen de custodia compartida. Sin embargo, la Audiencia considera que se ha podido probar que la madre no se había preocupado de cumplir las obligaciones que había asumido y que había sido el padre el que había venido realizando esa misión, tanto en el orden económico como en el asistencial (escolarización, atención médica, etc). También había tenido en cuenta la juzgadora que la madre había acudido con la menor, de tan solo cuatro años, a visitar a un amigo a un centro penitenciario y que la madre de la menor aparecía posando en una página web de anuncios de contactos ofreciendo servicios sexuales. Por todo ello la Audiencia mantiene la custodia paterna.



La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 2.006 trata también dicha cuestión tras el recurso del padre de la menor, en el que se alega que la madre (a la que se le había concedido la custodia de la menor) se dedicaba a la prostitución y que le había sido infiel.

La Audiencia indica que una cosa es la prueba principal y otra la contraprueba (la prueba del adversario en contra de tal afirmación) y que la prueba principal debe convencer plenamente al juez de la existencia de los hechos que se afirman.

En este caso el recurrente no ha probado que la guarda y custodia de la menor dependa de que la progenitora no se dedique a la prostitución; no se ha probado que se dedique a ello; tampoco se ha probado que en el hipotético supuesto de que ejerciera la prostitución, ello redunde en perjuicio de la hija y, finalmente, recuerda la doctrina jurisprudencial existente desde abril de 1.986 que indica que “la infidelidad de ella no es per se motivo suficiente para privar a la madre de la guarda de la hija menor, ya que ello no indica una incapacidad para su educación.”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de marzo de 2.015 también desestima el recurso de apelación presentado por el progenitor contra la decisión del juzgado de otorgar la custodia a la madre. El progenitor alegaba que la madre ofrecía servicios de prostituta con “sitio”, aludiendo a su vivienda. La Audiencia trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2.013 que indica que “ha de primar el sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS de 11 de marzo de 2.020; 7 de julio de 2.011; 21 de febrero de 2.011, 10 de enero de 2.012, entre otras)”

Indica el tribunal que no hay razones que justifiquen un cambio de custodia de la menor que vive con su madre desde su nacimiento por el hecho de que la madre se dedique a la prostitución, no resultando esto suficiente para atribuir la custodia al padre, con el que los contactos



han sido muy escasos y “el hecho de que una mujer se dedique a la prostitución no es suficiente para que ello suponga que no esté capacitada para el cuidado de sus hijos, salvo, claro está, que ello interfiera en el correcto desarrollo de los mismos”.

La sentencia de la Audiencia provincial de Las Palmas de 13 de enero de 2.016 desestima también el recurso del progenitor en cuanto a la custodia concedida a la madre por el juzgado. En este caso sí se había probado que la madre ejercía la prostitución pero el tribunal indica que “el hecho de que la madre ejerza la prostitución no implica por sí solo y reiteramos en el momento presente, que la actora no esté cumpliendo o le impida hacerlo, con sus deberes de guarda y custodia correctamente, pues los informes de los servicios sociales del ayuntamiento de Calella primero donde tuvo su domicilio, de Mataró después a donde lo ha trasladado, no manifiestan lo contrario.”

Por último, la más reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de noviembre de 2.020 estima el recurso de la madre de los menores que se había trasladado a vivir a Madrid y le otorga la custodia de éstos. El padre en principio había solicitado la custodia de los menores pero posteriormente interesó únicamente la custodia compartida, que el tribunal considera inconciliable con la larga distancia existente entre las localidades de residencia de ambos progenitores. En este supuesto el progenitor alega que la madre de los menores se dedica a la prostitución pero no lo prueba. Se otorga en este caso importancia al informe del equipo psicosocial en el que se indica que el padre es poco flexible y presenta una imagen negativa de la madre, cuestión que no beneficia a los niños por el vínculo afectivo que tienen con ella. Por el contrario, la madre no hacía valoraciones sobre la vida del padre.

En definitiva, de lo observado en la jurisprudencia de las distintas Audiencias se desprende que el hecho de que uno de los progenitores ejerza la prostitución no es obstáculo para obtener la custodia de los menores si se prueba que atiende bien a sus hijos y no se desvincula de sus obligaciones como progenitor.

ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

Os referenciamos la jurisprudencia reciente de derecho de familia del Tribunal Supremo

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL
FECHA: 10/1/2022

LIQUIDACIÓN SOCIEDAD DE GANANCIALES: Para que nazca el derecho de reintegro o reembolso a favor del cónyuge que otorga carácter ganancial a un bien privativo no es necesario establecer expresamente el carácter oneroso de la aportación.

"CUARTO.- El pacto de atribución de carácter ganancial a bienes que pertenecían privativamente a un esposo está comprendido dentro de la amplia libertad que el art. 1323 CC reconoce a los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de contratos.

En virtud del negocio de aportación celebrado, los cónyuges acordaron atribuir a bienes privativos del marido el carácter de gananciales, de modo que los bienes pasaron de una masa patrimonial a otra. Frente a lo que entiende la Audiencia, para que nazca el derecho de reintegro o reembolso a favor del aportante no es preciso establecer expresamente el carácter oneroso de la aportación, ya que no hay razón para presumir una donación si no se dispone que lo sea. Por el contrario, si no se ha dispuesto a título gratuito ni se ha excluido el reintegro, la regla es que toda atribución real tiene su contrapartida obligacional y genera a favor del aportante un reintegro por el valor de lo aportado al tiempo de la aportación, valor que deberá actualizarse monetariamente al tiempo de la liquidación (tal como se establece reiteradamente en los arts. 1358, 1464 y 1398.2.^a CC). En el caso, no solo no se ha atribuido a la aportación carácter gratuito ni se ha excluido el reintegro a favor del aportante sino que, por el contrario, de lo pactado en la escritura resulta con claridad que las partes estaban atribuyendo a la aportación carácter oneroso. Así resulta tanto de la expresión de la causa de contribuir a las cargas del matrimonio (que no ha sido cuestionada, y que conduciría a la aplicación del art.

1364 CC) como de la solicitud de tramitación fiscal de la aportación de bienes acogéndose a la exención prevista en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal; a estos efectos, era notorio cuando se otorgó la escritura que la administración tributaria venía aplicando a las aportaciones onerosas, como explica el recurrente, la mencionada exención, mientras que sometía a las aportaciones gratuitas a liquidaciones impositivas por transmisiones a título lucrativo. El que con posterioridad al otorgamiento de la escritura que da origen a este recurso la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia 295/2021, de 3 de marzo (para otro caso), haya declarado que, conforme al principio de legalidad, la sociedad de gananciales, adquirente del bien privativo aportado gratuitamente por uno de los cónyuges, no puede ser sujeto de gravamen por el impuesto sobre donaciones, no es un argumento que desvirtúe la única explicación posible de la manifestación de los litigantes de acuerdo con el tratamiento fiscal que en ese momento recibían en la práctica las aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales. En definitiva, no hay ningún dato en el negocio de aportación celebrado que permita deducir su carácter gratuito. Al no entenderlo así, la sentencia recurrida ha interpretado de manera manifiestamente errónea el negocio de aportación celebrado por los esposos. Procede en consecuencia estimar el recurso de casación y, al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante y, de acuerdo con lo solicitado declarar que debe incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales un crédito a su favor por el valor de las aportaciones de bienes privativos efectuadas en escritura pública de 1 de octubre de 2012 que figura en el apartado 2.A del pasivo de la propuesta de inventario presentada en su día por el demandante.



PENSIÓN COMPENSATORIA

las circunstancias posteriores a la separación o divorcio, no pueden influir para el otorgamiento de una pensión compensatoria, no concedida con anterioridad.

TERCERO.- Motivo primero. Al amparo del art. 477.3 LEC , por oponerse a la doctrina del Tribunal Supremo en la cuestión relativa a los requisitos que deben concurrir para el surgimiento del derecho a pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil . Por todas, STS 864/2006, de fecha 19-01-2010, recurso núm. 52/2006 . . Al amparo del art. 477.3 LEC , por oponerse a la doctrina del Tribunal Supremo en lo referente a la preclusión del derecho a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil . Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 377/2016, de 3 de junio, recurso 3019/2015 .

Se estiman ambos motivos, analizados conjuntamente.

Se alegó por el recurrente que las circunstancias posteriores a la separación o divorcio, no pueden influir para el otorgamiento de una pensión compensatoria, no concedida con anterioridad.



Esta sala declaró entre otra en sentencia 106/2014, de 18 de marzo:

"El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza...". Igualmente sentencia 516/2014, de 30 de septiembre.

A la vista de lo expuesto procede estimar los motivos del recurso, dado que al momento de la separación conyugal no se estableció pensión compensatoria, de común acuerdo entre los cónyuges. Asimismo no consta reconciliación de hecho sino hasta fechas próximas al auto de 5 de junio de 2015, que la reconoció jurídicamente.

Por tanto, dado el escaso tiempo transcurrido entre la reconciliación (5-6-2015) y la demanda de divorcio (25-7-2016), la escasa duración de la nueva convivencia y la independencia de los hijos, no se puede aceptar que se haya producido un desequilibrio económico, por lo que se ha de denegar la concesión de pensión compensatoria al no reunir los requisitos del art. 97 del C. Civil.



LIMITACIÓN EN LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

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

La doctrina que procede aplicar en el presente caso es la que refiere la recurrente, iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, y que luego ha sido reiterada por otras muchas, incluida la 241/2019, de 2 de junio de 2020, citada por el fiscal, hasta la última, que es la 351/2020, de 24 de junio en la que se declara:

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

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

"[...] Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las "resoluciones más recientes" que dice la sentencia, sin citarlas.

" Lo que dice esta sala -sentencia de 17 de junio de 2013- es lo siguiente:

" Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, 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. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios".

" Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina:

"la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC" (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo [...]).

Es claro, que la sentencia recurrida ha desatendido esta doctrina al limitar la atribución del uso de la vivienda a los menores sin ampararse en alguno de los factores que hemos establecido para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el art. 96 CC cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges.

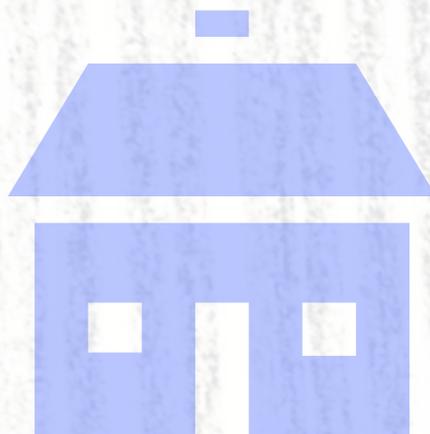


Y también lo es, además, que esos factores tampoco se pueden considerar concurrentes. El carácter familiar de la vivienda litigiosa ni siquiera ha sido controvertido. Y la posibilidad de que los hijos no la precisaran, al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios, ni se ha llegado a plantear. Junto a lo anterior, también cabe anotar:

(i) que la sentencia alude a una "última jurisprudencia" de este tribunal que no identifica y cuyo contenido, por lo tanto, no podemos verificar;

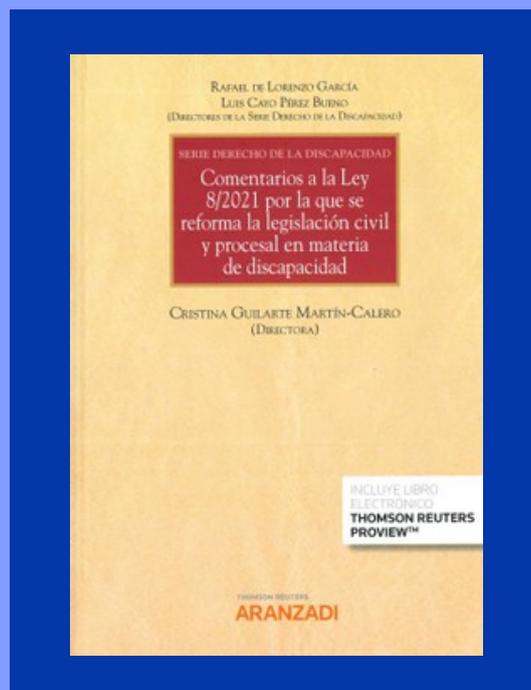
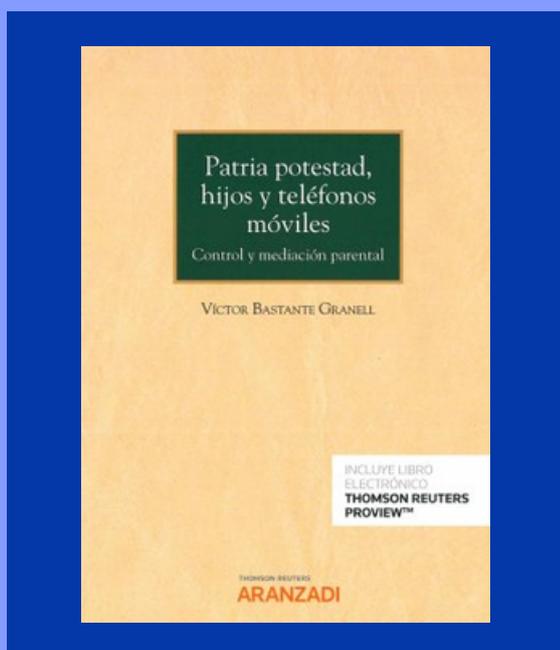
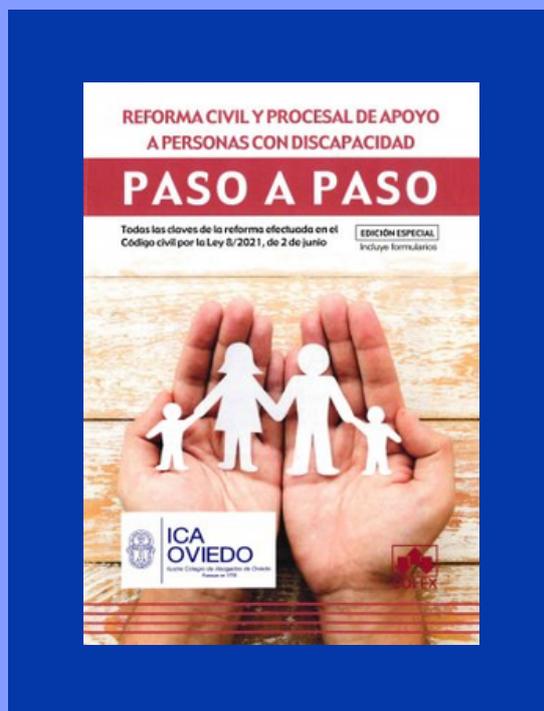
(ii) y que ninguna de las sentencias citadas por el recurrido resulta de aplicación: la 522/2016, porque trata de la atribución de la vivienda familiar, pero en un caso de custodia compartida; la 434/2021, que está fechada el 22 de junio, no el 27, día en el que no se dictó ninguna, porque se ocupa de un caso que no tiene relación alguna con el presente; y la 624/2011, porque trata de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, pero cuando no existen hijos menores, sino mayores de edad.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación para, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Marisa en lo relativo al uso de la vivienda familiar, que, de conformidad con lo que solicita, procede atribuir al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de estos.



NOVEDADES ADQUIRIDAS ESTE TRIMESTRE POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO

Este trimestre aprovechamos para recordaros que podéis hacer sugerencias en la biblioteca sobre libros que podrían interesar.



FORMACION

FORMATO 20x20

Como ya conocéis, se trata de un formato en el que por parte de los colegiados se proponen al interviniente 20 preguntas concretas sobre un tema.

Los colegiados disponemos al principio del trimestre, cuando el Centro de Estudios publican las actividades trimestrales, de tiempo para remitir preguntas concretas al ponente. Esto permite llegar a conocer la opinión del ponente sobre casos que nos llegan a los despachos y no tenemos claro cómo abordar.

PROCEDIMIENTO DE SUCESIONES EN LA NOTARÍA

El 26 de octubre de 2021 contamos con la presencia del Notario de Oviedo D. JESUS MARIA GARCIA MARTINEZ quien nos ofreció sus conocimientos en un tema que dió lugar a muchas preguntas por parte de los colegiados.

Sobre la cuestión del usufructo de dinero nos animó a dejar de utilizar la cláusula Socini, dice que la utilización origina problemas fiscales y que existen cláusulas alternativas para poder dejar el usufructo del dinero al cónyuge superviviente. Dio algunas ideas como por ejemplo establecer una disposición particular sobre el dinero, estableciendo la posibilidad de permutar el usufructo por su equivalente el dinero.

Confirmó que el usufructo sobre las cuentas bancarias sólo da derecho a los rendimientos, si bien entiende que en el Código Civil hay herramientas suficientes para, por ejemplo, atribuir al cónyuge viudo la posesión del dinero con la obligación de restituirlo al fallecer.

Se le planteo el supuesto de la validez de un testamento otorgado a favor de su esposa por una persona que posteriormente se divorció de ella contrayendo nuevo matrimonio. Durante su segundo matrimonio fue diagnosticado de Alzheimer no siendo posible otorgar nuevo testamento. D. Jesús nos dice que ese testamento es fuente prácticamente asegurada de un pleito. Para evitarlo optan por cláusulas más completas en las que se condicione la institución a seguir casado con el testador.



También se le preguntó por el supuesto de una viuda que fallece con cuatro hijos, nombrados en el testamento, pero declarando heredero universal a uno de ellos, sin desheredar a los otros dos. Se cuestiona que, si no fue impugnado el testamento por preterición, si se puede adjudicar la herencia al hijo declarado heredero. Dice que rotundamente no. La preterición es intencional y habría que darles la legítima corta, se considera una desheredación injusta.

Sobre la desheredación cuando hay nietos concluye que los descendientes de los herederos se ponen en la situación de éstos. Dice que la desheredación se va flexibilizando porque con la nueva jurisprudencia se puede probar la falta de cuidados al testador en sus últimos años.

Se le plantea cual es la opción la opción más favorable para dejarle un bien inmueble concreto al hijo. Dice que lo que más se le plantean son las compraventas o donaciones, antes era más factible la compraventa, se hacían compraventas falsas, pero ahora no es posible. Hoy en día es más barata la donación hasta 150.000 €. Desde luego lo más barato es un legado en el testamento. Aconseja donaciones parciales cuando su patrimonio supera los 300.000 € por heredero.

CONTESTÓ A DISTINTAS PREGUNTAS CONCRETAS:

¿diferencias entre repudiar y renunciar a una herencia? nos indica que la repudiación es la renuncia pura simple y gratuita, en cambio la renuncia puede ser en favor de otra persona.

¿Se puede renuncian a la herencia futura? Dice que no. si no se ha producido el hecho y se conoce el título sucesorio.

¿La aceptación y la renuncia a una herencia debe de ser expresa? La renuncia tiene que ser expresa, pero la aceptación no porque puede ser tácita por actos de disposición.

¿formas de aceptar la herencia? Pura y simple, a beneficio de inventario, o espacio de deliberar.

Si un heredero renuncia a la herencia de su padre ¿qué pasa con sus hijos? En principio se incluye la renuncia porque el que renuncia lo hace por sí mismo y por su estirpe. Pero existe el salto de grado, si renuncian todos los de una línea hay un llamamiento a la siguiente generación por partes iguales ope legis. En caso de testamento entran las sustituciones que pueden ser acordadas por el testador.

Esta son parte de las cuestiones que se le plantearon, y que contestó junto a otra con de una forma muy didáctica para todos los que estuvimos presentes.

LA EJECUCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

En esta ocasión, el 16 de noviembre de 2021 contamos con la Jueza de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cangas de Onis D^{ña} SILVIA GOLFE GONZALEZ quien nos ofreció una charla verdaderamente enriquecedora y práctica sobre aspectos ciertamente complejos en la ejecución de resoluciones de familia.



Habló con detalle de las ejecuciones en temas tan conflictivos como la ejecución de los pronunciamientos sobre el régimen de visitas. Entiende que, una vez cerrada la posibilidad de recurrir a los antiguos juicios de faltas, es determinante realizar requerimientos a la parte que incumple presentando escritos en el Juzgado en el que se solicite el apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, así como la posibilidad de modificar el régimen de visitas si se reitera el incumplimiento. Comentó como en su Juzgado ha aperturado dos procedimientos de diligencias previas ante los continuos incumplimientos por parte de uno de los progenitores.

También dedicó un tiempo a explicar porqué entiende que no cabe la suspensión del embargo en una ejecución por alimentos cuando hay oposición. Nos remitió a consignar y ofrecer la cantidad que se entiende debida o incluso a solicitar al juzgado que, aunque no acuerde la suspensión del embargo, no haga entrega de las cantidades a la ejecutante hasta que se resuelva la oposición.

Otro tema en el que está a favor es en ampliar las causas tasadas de oposición en impago de alimentos, manifestó que siempre estima la oposición cuando se demuestra bien abuso de derecho o bien enriquecimiento injusto.

También nos trasladó su opinión sobre que los niños, en los regímenes de visitas y cambios de custodia deben de ir provistos de todo lo necesario para su bienestar, así como de toda su documentación. Exceptúa la entrega de documentación, tarjeta sanitaria y Documento de Identidad en supuestos de una visita de una tarde si el menor no va a realizar ninguna actividad que lo requiera.

A preguntas de los presentes en la Sala, le dio mucha importancia a que el menor vaya acompañado de toda medicación que necesite.

Ella, pese a saber que existe jurisprudencia dispar, es partidaria de la innecesariedad del respetar el plazo de 20 días para instar la ejecución.

Continuaron las preguntas y se trató, una vez más, de una buena oportunidad para escuchar las opiniones de los jueces que día a día dictan las sentencias en nuestra provincia.



COLOQUIOS EN FAMILIA

LA FORMACIÓN DE INVENTARIO EN LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En esta ocasión, el 16 diciembre noviembre de 2021 nos acompañaron D. VICTOR LUIS MARTIN LLERA, JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE AVILÉS y D. JAVIER CANAL MEANA, Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado Mixto n°2 de Pola de Laviana, quienes nos hablaron de la formación de inventario en la liquidación de la sociedad de gananciales



Hablaron sobre la posibilidad de eximir a las partes de la obligación de asistir personalmente al acto, ambos dicen que, en principio, es necesario. De cara a la posibilidad de tener por conforme al no compareciente con el inventario propuesto por la parte actora, comentan que requiere que se advierta expresamente al demandado en la citación y que también debe de pedirlo expresamente la parte que comparece al acto.

Comparten la opinión de que no existe posibilidad de añadir bienes una vez finalizado el inventario, si bien admiten la inclusión de éstos también por la parte actora hasta ese momento. En ese mismo acto es donde se deben de pedir las medidas de administración de bienes.

Surgió el debatido tema sobre la posibilidad de presentar diligencias preliminares para solicitar a la parte contraria datos importantes como el saldo existente en cuentas bancaria. Si bien son conscientes de las divergencias jurisprudenciales, los dos piensan que pueden admitirse. También contemplan la posibilidad de suspender el acto del inventario para librar oficios a las entidades bancarias requiriendo información.

Respecto al momento de solicitud de formación de inventario nos comentan que, pese algunos compañeros lo hacen por otrosí en la demanda de divorcio, jurídicamente no se puede contemplar esa posibilidad puesto que todavía no ha sido admitida la demanda de divorcio, se debe de esperar a su admisión.

Nos dejaron clara la importancia de la redacción del acta de la de la cara a la posterior adjudicación de bienes, puesto que cuando los bienes incluidos o discutidos en la diligencia de inventario no quedan claramente determinados da lugar a problemas. Debe de recogerse los bienes en los que existe discrepancia e indicar la causa de la misma.

Ambos entienden que no cabe incluir en el inventario los derechos de crédito de uno de los cónyuges respecto al otro, limitándose el inventario a los créditos existentes frente a la sociedad de gananciales.

Se abrió turno de preguntas y preguntados sobre la carga de la prueba, concluyen que es quien alega que el bien es privativo debe de probar destruyendo la presunción de ganacialidad.

En el caso del supuesto habitual de que la vivienda sea abonada en parte con dinero privativos y dinero ganancial consideran que una forma adecuada de recogerlo en el acta sería “Crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge titular de la vivienda por el importe de las cuotas hipotecarias pagadas constante matrimonio.”