

N°4

OCTUBRE DE 2021

EN FAMILIA

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



INDICE

Boletín Comisión de Familia

Página 1	ÍNDICE
Página 2	¿CUÁNDO PODRÉ VOLVER A VERTE?
Página 10	NOTAS SOBRE LA PENSION COMPENSATORIA
Página 16	RECLAMACION E IMPUGNACION DE LA FILIACION COMO ACCION MIXTA Y LA VALORACION DE LA PRUEBA BIOLOGICA
Página 19	ENTREVISTA DE COMPAÑERO A COMPAÑERO - Miguel Fernández Arango
Página 22	ÚLTIMA JURISPRUDENCIA
Página 29	NOVEDADES ADQUIRIDAS POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO
Página 30	CONMEMORACION DEL 40 ^a ANIVERSARIO DE LA LEY DE DIVORCIO
Página 32	EL “VALOR” DE LOS SENTIMIENTOS

¿CUÁNDO PODRÉ VOLVER A VERTE?

Por Gema García Rivero Col.3669

Confieso que ante esta pregunta tiendo a pensar siempre en los progenitores, olvidando a esa otra familia de la que, bien por lazos de sangre, bien por afectividad, formamos necesariamente parte y nos acompañan a lo largo de nuestra vida y que se conoce como familia extensa.

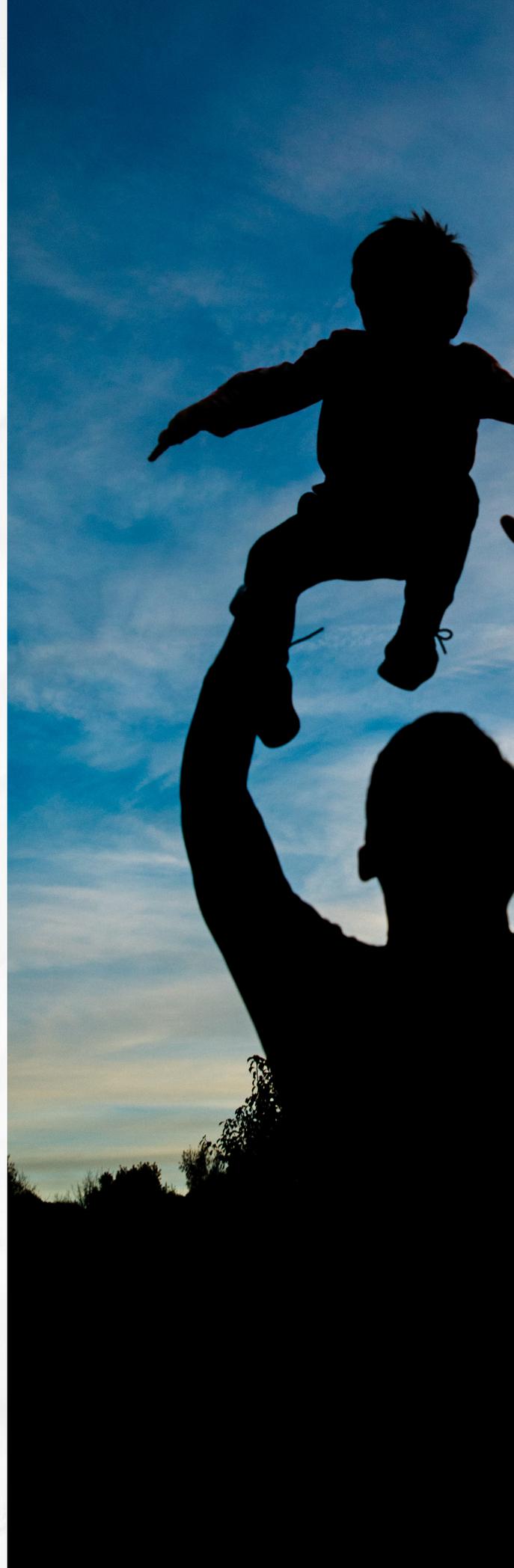
Efectivamente, además de nuestros progenitores y en mayor o menor medida, contamos con otros familiares (abuelos, tíos, primos, etc.), al igual que amistades (allegados) con las que nos hemos criado y que forman parte de nuestra vida, entorno y afectividad mientras están en este mundo y nuestro núcleo familiar original permanece unido, transmitiendo una serie de valores en la familia que favorecen la estabilidad afectiva y personal de los menores, tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

Pero ¿qué ocurre cuando estalla la crisis familiar y los progenitores se enzarzan en peleas para tratar de solucionar unos problemas de pareja que, finalmente, terminarán en ruptura? ¿Cómo afecta esta situación a la familia extensa? Admitiendo que ello es así por los numerosos ejemplos que conocemos en nuestra vida profesional ¿afecta a los menores esa crisis familiar en relación a ese otro grupo de personas a las que me refiero? Y, cuando ocurre el deceso de un progenitor ¿cómo se puede actuar para evitar ver afectada esa relación? Finalmente ¿qué ocurre si entre los cónyuges no hay ruptura afectiva pero sí falta de relación, cuando no beligerancia, con uno, alguno o todos los abuelos? ¿Cómo afecta esto a los menores?



Analicemos estas circunstancias desde la perspectiva tanto del artículo 160 del Código Civil, como desde la Ley 42/2003, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, que parten de la regla general de no ser posible impedir el derecho de los nietos al contacto con los abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de estos con los progenitores (SSTS de 13 de febrero de 2015, 20 de octubre de 2011, 27 de julio de 2009, 28 de junio de 2009, 11 de noviembre de 2005, 20 de febrero de 2002 y 20 de septiembre de 2002). El límite, como siempre, el interés del menor.

La Sentencia 51/2021 de 16 de febrero, de la AP de Asturias considera que, siendo buena la relación entre nieto y abuela, no cabe desconocer el legítimo derecho de ésta a seguir manteniendo un contacto estrecho personal con el mismo, justificado además por la relación de parentesco tan próxima existente y por la situación de carácter tan singular que los abuelos ocupan respecto de los nietos. Existiendo un conflicto penal de la abuela con el padre del menor no cabe denegar este derecho de visitas a la abuela con su nieto ni tampoco reducir la relación personal, siempre que se mantenga al menor al margen de esos conflictos. La Sentencia de instancia fijó un régimen de visitas de fines de semana alternos desde el viernes hasta el sábado, así como una semana durante el verano, ampliando el establecido previamente en el Auto de Medidas.



Ante el fallecimiento de un progenitor, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de septiembre de 2002, consideró que no existía justa causa que pudiese impedir la relación entre dos menores y los parientes de su madre; relación a la que se negaba totalmente el padre, quien ostentaba su guarda y custodia desde el fallecimiento de la madre. El Alto Tribunal entendió que el ejercicio del derecho de visita no puede depender del padre y de su relación con la familia política máxime cuando la relación entre las menores y sus familiares era buena y las beneficiaba en gran medida. En consecuencia, confirmó el régimen de visitas establecido en el Juzgado de modo que el último fin de semana de cada mes, así como cinco días seguidos durante las vacaciones escolares de Navidad, tres días durante las de Semana Santa y 15 días durante las de verano

La Sentencia de la AP de Badajoz, 161/2015, de 2 de julio, advierte que la manipulación ejercida por el padre es la verdadera causa del rechazo de los menores a relacionarse con los abuelos maternos tras el fallecimiento de la madre pues, los niños no hablaban de su madre con quien tenían una relación normal de afectividad antes de su fallecimiento por lo que concluye la Sala que “a los niños se les ha puesto un telón negro delante de todo lo que pudieran recordar de la figura materna y, por ende, a los abuelos maternos. Y, desgraciadamente, esto terminará por pasar la factura cuando los niños tengan la suficiente madurez”. En consecuencia, la Audiencia consideró conveniente reanudar un régimen normalizado de comunicación y visitas de los menores con los abuelos maternos.

Es decir, los problemas que puedan existir entre los adultos en modo alguno han de afectar a las relaciones de los nietos con los abuelos, al ser relaciones beneficiosas para el desarrollo integral de los menores pues, los menores, tienen derecho a una integración familiar y social que no se podrá lograr cuando se priva a los menores de la relación con los abuelos y demás parientes y allegados.



Ahora bien, esa relación no implica que el régimen de visitas con los parientes y allegados tenga que ser exactamente el mismo que le correspondería al progenitor de no haber fallecido pues, tal y como recoge la Sentencia de la AP de Cáceres de 25 de febrero de 2016 “tampoco puede ser lo mismo las relaciones que corresponden a los abuelos con las que puedan corresponder a otros parientes y allegados. A mayor grado de parentesco corresponde mayor grado o mayor tiempo en las relaciones con los hijos, nietos o sobrinos”.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2013 estableció un régimen de estancias de unos menores con sus abuelos y tíos paternos tras fallecer el padre por lo que, el “superior interés de los niños aconseja la potenciación de las relaciones familiares, desempeñando los abuelos un papel enriquecedor en el desarrollo personal y familiar de sus nietos. Se mantiene la pernocta en casa de los abuelos el último fin de semana de cada mes y una semana de vacaciones en verano y otra en Navidad.”

En cuanto a los “allegados”, la AP de Asturias, en Sentencia de 5 de junio de 2009 determinó favorecer el régimen de visitas del abuelo asimilado, es decir, la Audiencia consideró adecuado establecer un régimen de visitas a favor de la pareja estable de la abuela materna (fallecida hacía años) tras el fallecimiento de la madre biológica porque ese “abuelo” había ejercido el papel del padre de la madre del menor, por lo que se entendió que había desempeñado el papel del abuelo del menor, creando unos vínculos afectivos análogos a los que puedan existir entre abuelo y nieto biológico.



Por lo que se refiere a la determinación del tipo de comunicaciones y visitas que puedan corresponder a los menores con los abuelos, la Sentencia de 18 de mayo de 2016 de la Audiencia Provincial de Toledo aclaró que el régimen de comunicaciones entre el menor y sus abuelos no es parte del régimen que tienen sus progenitores para con él, no es subsidiario o supletorio, sino que, justamente por ser un derecho del hijo y no de los familiares, tiene entidad propia. No constando datos que permitan considerar que esa relación pueda resultar perjudicial, la acuerda.

La AP de Álava en Sentencia 1/2012, de 4 de enero, en un caso de ruptura de unión de hecho, dictaminó que “el derecho de que goza el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores (visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía) es un derecho personal, y por tanto intransferible .El progenitor no puede delegar el régimen de visitas establecido judicialmente a su favor en reconocimiento de dicho derecho personal; ni, por tanto, puede pretender él, en el marco de un procedimiento relativo a los efectos que tiene en los hijos menores la ruptura de la unión de hecho de los progenitores, que judicialmente se modifique dicho régimen en el sentido de que sea ejercido por los tíos en sustitución del progenitor, aunque sea con carácter temporal”.



La AP de Barcelona en Sentencia de 30 de noviembre de 2009, se pronunció en cuanto al alcance y fundamento del derecho de visitas a favor de los abuelos, fijando “un sistema de contacto semanal telefónico y una visita mensual, sin que fuera posible su ampliación a fin de semana, pues estableció que no puede equipararse este derecho con el régimen de visitas que de ordinario se concede al progenitor no custodio, dado que padre y madre se encuentran viviendo separados y comportaría reducir de forma severa los períodos de tiempo en que padre e hijo pueden convivir y relacionarse personalmente”.

No obstante, establecer un régimen de visitas a favor de los abuelos y los tíos, no siempre es la mejor solución para los menores, y en este sentido se pronuncia la Sentencia de Tribunal Supremo de fecha 20 de febrero de 2015, no accediendo a la petición de los abuelos paternos al régimen de visitas solicitado, al que se negaba la madre, por concurrir justa causas para su negativa habida cuenta de que de los informes periciales que constaban en autos, desaconsejaron las visitas de los abuelos paternos por ser perjudiciales para los menores. Esto es, entendieron que con ellas evocarían al padre, que estaba en un proceso penal en el que los niños son los perjudicados, existiendo una orden de alejamiento de ellos.



En idéntico sentido se pronuncia también la Sentencia del Tribunal Supremo 516/2015, de 16 de septiembre, negando la relación de la tía paterna a favor de la hija de su hermano, al considerar que no era beneficiosa para la menor dado el notorio enfrentamiento existente entre hermanos y la negativa influencia que, relacionarse con una tía que no conoce, podía tener sobre la menor. En este caso, el informe pericial desaconsejaba la relación de tía y sobrina para evitar estrés en la niña. No se trataba de una relación interrumpida sino inexistente.



Igualmente se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 25 de marzo de 2009, en la que los magistrados tampoco establecieron un régimen de visitas a favor de los abuelos y tíos maternos al tratarse de una familia desestructurada, con un historial de denuncias y amenazas derivadas de las malas relaciones entre los padres y la familia materna. Existía una orden de alejamiento del abuelo y tíos respecto de la demandada y sus hijos, que aún se encontraba vigente. Por ello, la Sala destacó la incompatibilidad de dicha prohibición con el eventual derecho de comunicación y visitas solicitado, pues en caso contrario se infringiría el Auto dictado en el proceso penal.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero y 18 de marzo de 2015 y 27 de septiembre de 2018, deniegan igualmente las posibilidades de concesión de un régimen de comunicaciones y estancias porque o bien los informes psicosociales desaconsejan la relación entre abuelos y nietos, o por la falta de relación de una abuela con su nieta por interés propio, o por la falta de relación de los abuelos con sus nietos y lo perjudicial que resultaría para los menores la profunda animadversión de los abuelos a los progenitores de los menores.

En todos estos supuestos se acudió al artículo 160.2 del Código Civil, el cual establece “no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”

De todos ellos se extrae que, este particular régimen de visitas, será concedido a los abuelos, tíos y otros familiares, siempre y cuando el juez considere que favorece el interés del menor y, por lo que respecta a la inclusión de la pernocta, si bien no es una medida novedosa, tampoco lo es generalizada, por lo que se habrá de estar por tanto a las circunstancias del caso concreto pues, no olvidemos, se trata una vez más de un derecho de visitas de los menores, no de los parientes, allegados y familia extensa tal y como se recoge tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

De hecho, el legislador se ha pronunciado en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de diciembre, por la que se modifica el Código Civil, sobre la importancia del papel que juega la familia en la crianza y desarrollo de los hijos, haciendo especial mención al papel de los abuelos al respecto. De tal manera que “Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna.”

Si fomentar la relación del menor con abuelos, tíos, primos y otros allegados, es lo deseable, más sentido tiene aún en situaciones traumáticas como son la separación, el divorcio o el fallecimiento de uno de los progenitores.

No olvidemos que, el interés del menor, es el principio rector en el Derecho de Familia y vertebrada un conjunto de normas de protección que resultan indispensables ante problemas que impiden un correcto funcionamiento de lo que se entiende por estructura familiar, los cuales pueden venir motivados por abandono de relaciones familiares, cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores o por situaciones de crisis matrimonial o de pareja. En consecuencia y ante estas situaciones, ha de tenerse en cuenta que, el ámbito familiar, no se circunscribe únicamente a las relaciones paternofiliales ni puede aislarse del resto de relaciones familiares.

En consecuencia, los abuelos, familiares y allegados están legitimados para interponer una Demanda de reclamación de un régimen de visitas con los menores en la que, el juzgador, en atención al supremo interés del menor y teniendo en cuenta lo que aconsejen los informes psicológicos o las circunstancias que rodeen al menor, podrá ser estimada si se entiende que resulta altamente beneficioso para el bienestar y estabilidad del menor o bien desestimada si existe justa causa de oposición de uno de los progenitores a que el menor se relacione con su familia extensa.



NOTAS SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

María Villanueva Ordoñez
Colegiada 2922



La jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha venido a destacar que la finalidad o función de la pensión compensatoria, no es la de erigirse en un mecanismo reequilibrador de los patrimonios de los cónyuges (STS de 17 de julio de 2009, Rec. 1369/2004), ni cubrir las necesidades de uno de los cónyuges, o la de ser un instrumento puramente indemnizatorio, o «una garantía vitalicia de sostenimiento», o de perpetuación del nivel de vida que venían disfrutando (STS de 22 de junio de 2011, Rec. 1980/2008)

La Pensión compensatoria persigue compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio producen en uno de los cónyuges tras la ruptura (STS de 5 de noviembre de 2008, Rec. 962/2002, y la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura "en una

situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial» (STS de 23 de enero de 2012, Rec. 124/2009, con cita de las SSTS de 22 de junio y 19 de octubre de 2011), Rec. 1940/2008 y 1005/2009).

La finalidad de la Pensión compensatoria: Colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura "en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial»"

Esta figura trata de «evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación» (STS de Pleno de 19 de enero de 2010, Rec. 52/2006).

DEFINICIÓN DE PENSIÓN COMPENSATORIA

La STS de 10 de marzo de 2009, Rec. 1541/2003, contiene una completa definición de la pensión compensatoria, al establecer que: **«La pensión compensatoria es (...) una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges - que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio.** Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria».

DEFINICIÓN DE DESEQUILIBRIO

El desequilibrio, puede definirse como el **«empeoramiento» económico en relación con la situación existente constante el matrimonio, y que debe resultar de la comparación entre las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, antes y después de la ruptura y que ha de tener su origen «en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia»** (STS de 23 de enero de 2012, Rec. 124/2009), con cita de las SSTs de 22 de junio y 19 de octubre de 2011, Rec. 1940/2008 y 1005/2009).

Es importante distinguir el desequilibrio económico, de la desigualdad económica, que pueda existir entre los cónyuges tras la ruptura. La desigualdad económica no conlleva la existencia de un desequilibrio susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que fue perjudicado en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante» (STS de 22 de junio de 2011, Rec. 1940/2008 . La STS de 25 de noviembre de 2011, Rec. 943/2010 , recoge: «Se ha dicho repetidamente por esta Sala que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges» (STS 864/2010, de 19 enero .).

NECESIDAD DE JUICIO PROSPECTIVO

Las últimas sentencias sobre la pensión compensatoria hacen referencia a la necesidad de realizar un juicio prospectivo a la hora de determinar si existe un desequilibrio económico en el sentido que hemos expuesto.

TS, Sala Primera, de lo Civil, 644/2020, de 30 de noviembre

"... Motivo segundo. Se fundamenta en la infracción del artículo 97 del CC y en relación con el juicio prospectivo sobre la existencia o no de desequilibrio por parte de la esposa, al resultar la conclusión contenida en la sentencia dictada por la Audiencia, ilógica e irracional, dicho sea con todos los respetos, negando que exista tal desequilibrio tras la ruptura matrimonial y por lo tanto resultando improcedente en este caso, se establezca pensión compensatoria alguna a favor de la esposa Dña. Santiago, por importe ni plazo alguno, y ello al no concurrir los requisitos para su reconocimiento establecidos en el artículo 97 del CC .
Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se realiza un juicio prospectivo ponderado a la hora de determinar la existencia de desequilibrio patrimonial (art. 97 del C. Civil).

Valoró los ingresos del ahora recurrente (100.000 euros anuales), que no diferían de los de su nuevo trabajo como autónomo y signos externos. Por el contrario la esposa, solo había tenido trabajos esporádicos y temporales, tenía el título de graduado escolar y escasas posibilidades de promoción laboral, pero dada su edad (entonces de 41 años) no descartaba una posible modificación si se alteraban circunstancias personales o profesionales, de ambos."

TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN

En cuanto a la temporalidad de la pensión ha sido clara la reciente jurisprudencia:

**TS, Sala Primera, de lo Civil, 418/2020, de 13 de julio
Recurso 4850/2019. Ponente: JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

Es jurisprudencia consolidada de esta Sala, explicitada entre otras en las SSTs 304/2016, de 11 de mayo; 153/2018, de 15 de marzo; 692/2018, de 11 de diciembre; 598/2019, de 7 de noviembre; 120/2020, de 20 de febrero y 245/2020, de 3 de junio, la que sostiene con respecto a la extensión temporal de la pensión compensatoria que:

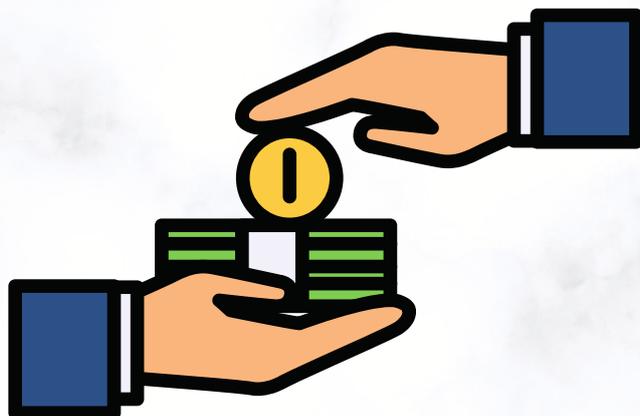
- 1) El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso.
- 2) Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el art. 97 del CC.
- 3) Que, a tales efectos, la función judicial radica en valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción.
- 4) Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad.
- 5) El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio.

Me gustaría, para terminar hacer referencia a la sentencia de nuestra Audiencia que recoge los distintos aspectos de la Pensión Compensatoria, su finalidad, juicio prospectivo y temporalidad:

AP Asturias, Oviedo, Sec. 4.ª, 323/2020, de 24 de julio

"CUARTO.- Distinta suerte ha de seguir el otro motivo de la apelación. No es objeto ya de controversia la procedencia de la pensión compensatoria, por otro lado evidente en este caso a la vista de los anteriores datos y de la dicción del art. 97 CC, ni de que esta consista en el abono de una cantidad mensual. La suma fijada parece razonable, teniendo en cuenta que, como ya se indica en la recurrida, esta pensión no tiene por finalidad reequilibrar patrimonios, y que Ambrosio debe hacer frente a otros gastos que merman su disponibilidad (alimentos de la hija, vivienda). En lo que discrepa la Sala es en establecer a priori un límite temporal para su devengo.

Si bien la posibilidad de que la pensión sea temporal aparece recogida en el propio art. 97 CC, la jurisprudencia ha venido recordando, y así también lo señala la sentencia apelada, que para acordarlo así es necesario "valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de ese desequilibrio", debiendo realizar el órgano jurisdiccional un juicio prospectivo sobre estos extremos "con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre" (así, sentencias TS de 21 de junio de 2013, 3 de julio de 2014, 11 de mayo de 2016, 13 de noviembre de 2017, 29 de junio y 11 de diciembre de 2018, o las muy recientes de 3 de junio y 6 de julio del año en curso).



En este caso, si bien la edad de la beneficiaria podría apuntar a otra conclusión, su nula capacitación y prácticamente inexistente experiencia durante el largo periodo de convivencia conyugal, unida al padecimiento de una enfermedad cuya evolución a corto y medio plazo se desconoce así como cual pueda ser su incidencia en el acceso a un puesto de trabajo, que lo lógico sería que conllevara actividad física dada esa falta de cualificación, impide en el momento actual mantener con un mínimo de certeza si podrá restaurar el equilibrio en un plazo determinado, por lo que habrá de optarse por el establecimiento de una pensión indefinida mientras no se modifiquen sustancialmente las actuales circunstancias. De hecho algunas de las sentencias citadas llegan a la misma conclusión analizando circunstancias similares a las que aquí concurren.

No es óbice a lo anterior lo argumentado por el demandado en el escrito de oposición: No cabe atribuir a la demandante una actitud de desidia, indolencia o pasividad en la búsqueda de una mejora de su situación económica, dado el escaso tiempo transcurrido desde la ruptura de la convivencia y su dedicación anterior a la familia y al hogar."



RECLAMACION E IMPUGNACION DE LA FILIACION COMO ACCION MIXTA Y LA VALORACION DE LA PRUEBA BIOLOGICA

Por M^a Paz Díaz Díaz Colegiada 3738

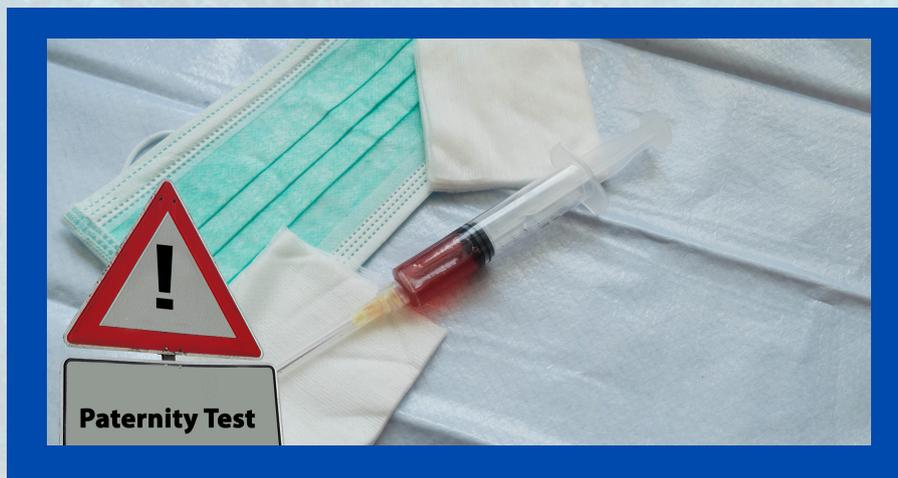
El derecho de toda persona a conocer su filiación real está recogido en el art. 39.2 de la Constitución, reconociéndose en el mismo que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Con base en este derecho constitucional, nuestro Código Civil recoge, en su art. 134, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación e inherente a la misma la impugnación de la filiación contradictoria.

La sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 27 de junio de 2017 (Sentencia 253/2017), es interesante porque por un lado analiza la situación de un hijo que reclama una filiación de carácter no matrimonial y sin posesión de estado, y a su vez impugna la filiación matrimonial inscrita en el Registro del que aparece como padre biológico, es decir, el demandante tiene reconocida una filiación paterna que alega no se corresponde con la realidad, de ahí que al mismo tiempo que ejercita la acción para que se le reconozca esa filiación no matrimonial, debe impugnar, por contradictoria, la filiación matrimonial que si tiene reconocida. Y por otro lado analiza cómo debe de interpretarse la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad en este tipo de procedimientos.

Se trata, tal y como se recoge de manera amplia en la Doctrina del Tribunal Supremo, de dos acciones íntimamente ligadas, en las que la acción de impugnación tiene un carácter accesorio frente a la de reclamación y al tratarse de filiaciones contradictorias, no pueden subsistir conjuntamente. Procede por tanto en primer lugar determinar si queda acreditada la filiación que reclama el hijo demandante y solo una vez reconocida ésta, se procederá analizar la impugnación de la paternidad reconocida registralmente.



Con respecto a la reclamación, y al tratarse de una filiación no matrimonial y sin posesión de estado, la acción es imprescriptible y puede ser ejercitada tanto por el padre, madre o el hijo, y corresponde, en este caso al hijo, probar la paternidad que reclama. En este sentido, y como ocurre en este tipo de procesos, la única forma certera de probar una paternidad sería el sometimiento a la prueba biológica, y a falta de ésta, nos debemos apoyar en indicios, presunciones serias y fiables que permitan extraer una conclusión jurídica.



En el caso de autos, el demandado se niega a someterse a la prueba biológica de paternidad, invocándose a tal efecto la Sentencia del TS del 8 de marzo de 2017 en la que se recoge:

"Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada. Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba". (STS 11 abril 2012, STS 27 de febrero de 2007, STC de 14 de febrero de 2005).

Según esta doctrina, dicha negativa no es base para integrar una "confesión presunta", aunque representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta.

De este modo entendemos que la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coercitivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona que se niega, las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil, es decir la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada.

La sentencia analizada entendió que el conjunto de pruebas indiciarias aportadas a los autos, unidas a la negativa a practicar la prueba biológica se considera suficiente para declarar la filiación no matrimonial solicitada y desvirtuar la filiación registral. Se declara también inexistente la caducidad de la acción de impugnación del art. 137 del C.C, que invocaba el demandado, dado su carácter de accesoria con respecto a la de reclamación, que al ser admitida, también lo debe de ser la de impugnación, al tratarse de inscripciones de filiación contradictorias.



"Entrevista de compañero a compañero"

Sonia B. Arévalo Piriz, entrevista a Miguel Fernández Arango

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha aplicado, por primera vez, la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La sentencia aplica el régimen transitorio de la ley y analiza los elementos esenciales de la reforma y, en particular, el régimen de provisión de los apoyos que las personas con discapacidad puedan precisar para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta sentencia culmina un procedimiento iniciado en el año 2009 en el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Oviedo bajo la dirección letrada de nuestro compañero D. Miguel Fernández Arango, colegiado nº 3.980, con 24 años de intenso servicio profesional y que ha querido compartir con todos nosotros su experiencia.



Un asunto largo...

Cierto. Fui designado por el turno de oficio en el año 2009 en un procedimiento que se inicia contra mi cliente por el Ministerio Fiscal para nombramiento de Tutor tras numerosas denuncias de vecinos e intervención de Servicios Sociales.

Y complejo...

Si, porque mi cliente es una persona que se considera autosuficiente y no reconoce necesitar ningún tipo de intervención en su vida, es más, lo considera una intromisión y frente a él el Ministerio Fiscal solicita que se declare la modificación de su capacidad y se fije un régimen de tutela.

Y así llegasteis al Tribunal Supremo.

El juzgado de instancia estimó parcialmente la demanda del Ministerio Fiscal, modificó la capacidad del cliente y estableció una tutela del Principado de Asturias en algunos asuntos muy concretos. Y la Audiencia Provincial confirmó íntegramente esa sentencia.

El TS, aplicando la profunda reforma de la Ley 8/21, de 2 de junio suprime la declaración judicial de la modificación de capacidad del cliente. Mi cliente no tiene modificada su capacidad. La sentencia reconoce la necesidad de fijar medidas de apoyo en determinadas áreas de su vida, pero sin que esto pueda afectar a su capacidad.

La reforma entonces es de gran calado.

Es una reforma muy importante. Fijate que desaparece la figura de la tutela pero se implementan las medidas de apoyo que en el día a día tienen muchas personas; personas que inicialmente no serían objeto de una declaración de incapacidad judicial pero que si precisan de esa colaboración externa o complemento y que ahora tendrán acceso a ellas.

De hecho esta reforma viene a respaldar algunas iniciativas de jueces que ahora podemos decir eran adelantados a sus tiempos, como el Magistrado Ángel Campo Izquierdo que desde el juzgado de Primera Instancia 8 de Gijón y ya llovió desde entonces, aplicaba los bautizados como "TAI", (tratamientos ambulatorios involuntarios), con difícil encaje procesal y civil pero de gran eficacia práctica y que a partir de ahora se van a multiplicar y convertirse en algo cotidiano.



Parece de sentido común

Que es el menos común de los sentidos, efectivamente. Hay muchas personas que no tienen un diagnóstico, que no creen que necesitan un diagnóstico, o que lo tienen y precisan mediación pero deciden no administrársela. Todas esas personas tienen disfunciones en su vida diaria que pueden ser cubiertas ahora con esta reforma. La “patata caliente” es para el juez porque la Ley le otorga la suprema decisión sobre cuáles deben ser las medidas de apoyo o complemento o curatela que precisa cada persona a tenor de los artículos 268 y 269CC por lo que cada asunto deberá estudiarse muy profundamente, tanto, que no sólo no me parece descabellado sino que entiendo será necesaria una especialización, formación específica por parte de todos los operadores jurídicos que intervengan en estos procedimientos.

La tendencia es la alta y específica especialización en cada materia

Si, esa es la realidad, pero casi en esta materia más aún porque tiene efectos transversales. Tu puedes tratar con un cliente que solicita tus servicios para un divorcio y darte cuenta de que precisa determinados apoyos en su vida, o un menor conflictivo. La formación es fundamental en nuestro trabajo y es sin duda nuestra responsabilidad para prestar un servicio adecuado a la ciudadanía.

Gracias Miguel. Felicidades por tu entrega y buen hacer.



ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

Os referenciamos la jurisprudencia reciente de derecho de familia del Tribunal Supremo y Nuestra Audiencia Provincial

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Fecha: 04/10/2021

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

LA CUSTODIA ES COMPARTIDA AUNQUE LOS TIEMPOS DE ESTANCIA CON CADA PROGENITOR AUNQUER LOS TIEMPOS DE ESTANCIA CON LOS PROGENITORES NO SEAN IDÉNTICOS. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1ª Instancia

- "- Atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, siendo la patria potestad compartida.
- "- Establecimiento del siguiente régimen de visitas a favor del padre:
- "- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que reintegrará a los menores al mismo centro.
- "- Visita intersemanal con pernocta desde el martes a la salida del colegio hasta el jueves por la mañana en que reintegrará a los menores en dicho centro.
- "- Mitad de vacaciones escolares, eligiendo, en caso de desacuerdo, el padre los años pares y la madre los impares.
- "- Establecimiento de una pensión de alimentos por importe de 300.-€ mensuales por cada uno de los dos hijos, pagaderos dentro de los 5 primeros días del mes en la cuenta bancaria que designe la madre. Esta cantidad se actualizará anualmente de acuerdo con el IPC.
- "- Los gastos escolares y el seguro médico serán abonados al 50%, al igual que los gastos extraordinarios.
- "- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar junto con el ajuar doméstico a la madre y a los hijos que con ella conviven hasta la mayoría de edad de los mismos. "- Los gastos derivados de la propiedad de dicho domicilio, incluido el seguro de hogar, serán sufragados al 50% y los derivados del uso serán asumidos por la madre.

Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 30 de octubre de 2019 Desestima el recurso de apelación.

Sentencia del TS :

Se solicita el establecimiento del sistema de custodia compartida, dado que por el régimen de visitas establecido, el padre goza de los hijos el mismo tiempo que la madre.

A la vista del régimen establecido, transcrito en los antecedentes de hecho de la presente sentencia, debemos convenir que la paridad temporal que establece el juzgado es en base a las mutuas aptitudes de los progenitores y de sus circunstancias personales, por lo que no se encuentra razón para eludir el nomen del sistema de custodia compartida, que de facto se ha establecido (art. 92 del C. Civil).

En este sentido las sentencias 52/2015, de 16 de febrero y 490/2019, de 24 de septiembre, entre otras.

TERCERO.- Motivo cuarto. Vulneración del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación de los artículos 142 , 145 y 146 y 154.2 del Código Civil , ya que la sentencia no atiende a la relación del respectivo caudal de los obligados a los alimentos ni a la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y las capacidades económicas respectivas de los progenitores, no respetándose el canon de proporcionalidad, oponiéndose así a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, invocando: STS 586/2015, de 21 de octubre ; STS 413/2015, de 10 de julio ; STS 395/2015, de 15 de julio , y la STS de 2 de diciembre de 2015 .

Se estima el motivo.

Entiende el recurrente que, dado que los tiempos de estancia con los dos progenitores son similares, no procede fijar pensión por alimentos.

En el presente supuesto consta:

1.- Ambos progenitores trabajan.

2.- El sueldo de él es mas elevado, no baja de 3.600 euros. Regenta una empresa con su hermano, no habiendo querido facilitar en exceso el conocimiento de su real situación económica (FDD quinto de la sentencia del juzgado).

3.- La madre percibe 2.200 euros mensuales.

El recurrente entiende que dado que la madre ya ha encontrado trabajo y que los tiempos de estancia son similares, no cabe una pensión de alimentos como la fijada por el Juzgado de 300 euros por cada uno de los dos hijos.

Esta sala en aplicación de lo dispuesto en los arts. 142, 145 y 146 del C. Civil, ha de fijar una pensión por alimentos de 200 euros mensuales por cada hijo, dados los parámetros antes mencionados y sin perder de vista que el Tribunal de instancia tuvo en cuenta que la madre quedaba con los hijos en posesión de la vivienda familiar a la hora de fijar la pensión, por lo que la reducción de la pensión no puede ser tan notable como la solicitada por el recurrente.

Esta sala en sentencias 55/2016, de 11 de febrero y 564/2017, de 17 de octubre, entre otras ha declarado que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores (art. 146 del C. Civil).

CUARTO.- Motivo quinto. Infracción de lo dispuesto en el art. 96 CC , por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española , con infracción de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que estableciéndose tiempos idénticos de estancia con los progenitores, conviviendo los hijos en casa de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre, tal como expresa la STS 9/9/2015 , 174/2015, de 25 de marzo , rec. 2446/2013 , la STS 282/2015, de 18 de mayo , y la STS de 17 de noviembre de 2015 .

Se estima el motivo.

Se alega por el recurrente que no cabe atribuir a la esposa el uso de la que fue vivienda familiar, dado que al concurrir de facto un sistema de custodia compartida, los menores quedan bajo la custodia de los dos progenitores, por lo que no puede atribuirse el uso a uno de ellos.



La sala ha reiterado, respecto de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, que: "[...]la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". "Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos[...]". (STS 513/2017, de 22 de septiembre, con cita de otra jurisprudencia)".Igualmente, sentencia 396/2020, de 6 de julio.



A la vista de la doctrina jurisprudencial procede fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a los hijos y madre por un plazo de transición máximo de dos años desde la fecha de la presente sentencia, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, medida que se toma en interés de los menores, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia (art. 96 del C. Civil).

AUSENCIA DE CONDICIONES PARA ACORDAR LA CUSTODIA COMPARTIDA
DISTANCIA ENTRE LAS VIVIENDAS DE LOS PROGENITORES

TERCERO . Con esas circunstancias, esta Sala concluye en la ausencia de las condiciones necesarias para acordar aquella custodia compartida que pretende el recurrente, porque:

(i) Que se haya producido un cambio en las circunstancias personales de este - en concreto, el traslado depuesto y su actual residencia en DIRECCION000 - es por si solo insuficiente a esos efectos. Y es que, por más que parezca apuntar la idea de que en su momento el único impedimento que se apreció para denegarla y optar por el régimen que viene establecido era aquella residencia precedente en otra provincia, lo cierto es que en la propia sentencia se advertía - como no podría ser de otro modo- de la necesidad de valorar en el futuro, de cambiar aquella circunstancia, las condiciones que mediaran para efectuar una modificación para la que es suficiente un cambio cierto, que no sustancial, en las circunstancias precedentes (así, SSTS de 26-2-2019,24-5-2016).

(ii) Indudablemente, el modelo de custodia compartida no se concibe como algo excepcional, sino como el régimen deseable en la relación de los progenitores con sus hijos, en el entendimiento de que (cfr., así, STS de 29-3-2021, en la que se hace un amplio resumen de la jurisprudencia sobre la cuestión) con el mismo: " 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". Lo que no impide considerar -y así lo recalca también esa misma resolución, y, en general, cuantas versan sobre la misma cuestión, como la de 26-10-2020- que el principio esencial y elemental que ha de presidir su adopción es la atención del interés superior del menor. (iii) En las circunstancias expuestas, podrá decirse que se ha producido un cambio cierto como consecuencia de aquel traslado de residencia, pero lo que no está dotado de certidumbre alguna es que el padre pueda ejercer la custodia que pretende de manera eficaz, y que esa alteración redunde en provecho del menor, porque:



- los únicos días en que puede asegurarse la adecuada atención del menor son los correspondientes a los descansos, que, como se ha indicado, no permiten alcanzar la semana completa; - así pues, fuera de esos días, el horario escolar del niño exigiría, en la semana de ejercicio de la custodia por el padre, de un desplazamiento diario entre las localidades de DIRECCION002 y DIRECCION000 que, efectivamente es corto -en distancia (inferior a los 30 kilómetros) y tiempo (unos 20 minutos en coche), pero que, en todo caso no parece compatible con el régimen de turnos que sigue el recurrente, sin que se alcance la posibilidad cierta de que este pueda realizar el transporte por sí. Con ello, no es solo que se exponga al niño de corta edad a ese desplazamiento diario, con la consiguiente repercusión en los hábitos de sueño y descanso, sino que en realidad no se sabe de qué modo puede hacerse efectivo ese traslado; -no se sabe porque no hay un mínimo de certidumbre sobre la existencia de un apoyo externo que permita suplir la imposibilidad del padre en las ocasiones en que desempeñe el turno de mañanas; - por la misma razón, tampoco la hay para aquellos días en los que se realice el turno de tarde, en el que, dada la distancia al trabajo (de unos tres cuartos de hora desde DIRECCION002 a DIRECCION001), no existe garantía alguna de que el padre pueda recoger al menor en el colegio y regresar a DIRECCION000 , como tampoco de que a partir de ese instante exista cualquier persona que pueda hacerse cargo de la atención del menor en condiciones adecuadas. Y lo propio puede decirse, por razones evidentes, en el caso de que se realice el turno de noche.

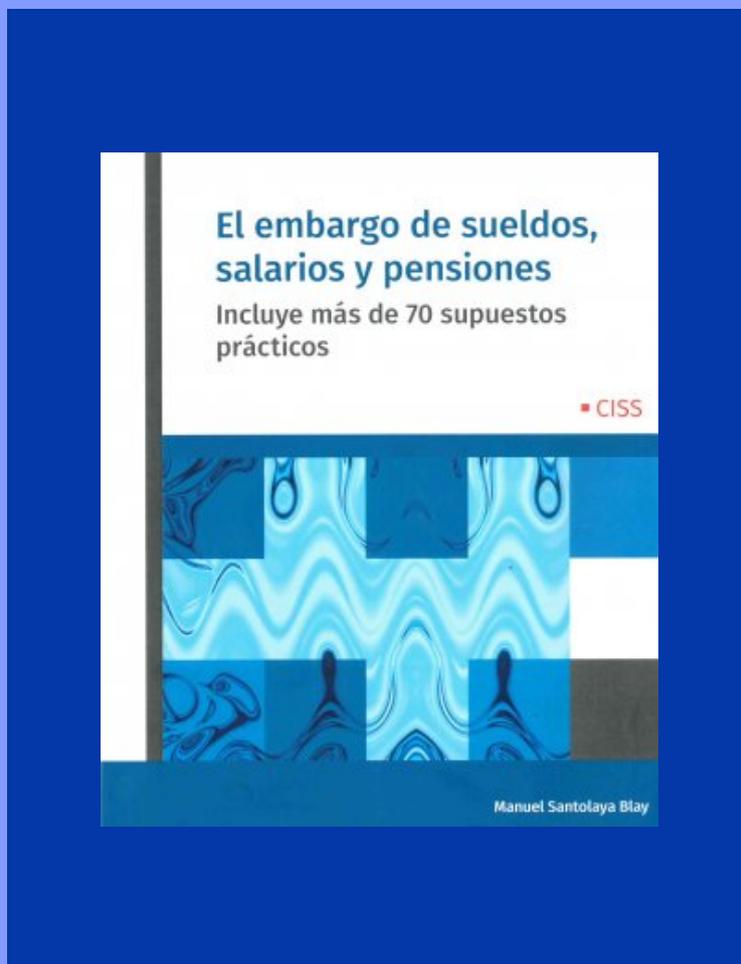
(iv) Con ello, ha de convenirse con la resolución apelada en afirmar que aquí no existe un plan cierto y adecuado que permita el desarrollo de aquel modelo que propugna el padre, de manera tal que sea posible alterar un régimen que hasta el presente en nada se ha revelado como inadecuado para los intereses del menor, que vive en compañía de su madre y abuelos maternos, a una mínima distancia del colegio y en un entorno de relación que se vería notablemente alterado por otro para el que no puede predicarse, en las circunstancias expuestas, mayor beneficio. En definitiva, sin dudar del interés del padre y con no ocultarse que el mantenimiento del actual régimen pueda comportar el riesgo de una "petrificación" que dificulte otras opciones en el futuro, lo cierto es que, en las condiciones actuales en que se encuentran el recurrente y el menor, el cambio que el primero propone no puede entenderse que redunde en provecho para el segundo.

(v) En fin, aunque el interesado aporta distintos precedentes para apoyar la tesis de que la distancia geográfica no es un dato decisivo para resolver sobre la custodia compartida, lo cierto es que aquí no solo se maneja ese dato, sino también las demás circunstancias que se han expuesto que desaconsejan el cambio de aquella custodia. Y, con todo, es oportuno citar a estos efectos la STS de 28-1-2020, en la que se recuerda en términos generales la imposibilidad de ese sistema compartido cuando hay una distancia considerable entre los domicilios de los padres, con referencia de otras precedentes de la misma consideración; la sentencia de esta Sala de 12-9-2018, en la que se contempla una distancia de 17 kilómetros, en la que, con cita de la de 19-2-2018, se recuerda que este mismo Tribunal ya había valorado que la ubicación de domicilios en distintas localidades no sólo supone incomodidades de desplazamiento para los menores, sino que además afectaría a sus relaciones personales con compañeros escolares y amigos que puedan tener, lo que llevó a negar aquella medida considerando, como aquí ocurre, el desconocimiento de la posibilidad del padre de tener una disponibilidad apropiada para su ejercicio; en parecidos términos, para una distancia superior e incidiendo en la importancia de la relación del menor con su entorno, la de 2-6-2021; y también, en fin, la de 3-6-2020, en la que se valoraba la distancia (en el caso, 19 kilómetros) en relación con las dificultades de desplazamiento y la ausencia de un plan específico que permitiese presumir cualquier provecho por la adopción de la medida. En conclusión, pues, el recurso se desestima.



NOVEDADES ADQUIRIDAS ESTE TRIMESTRE POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO

Este trimestre tenemos menos novedades, sobre todo porque durante agosto no se adquieren libros. Insistiros desde aquí para que nos escribais si teneís alguna sugerencia



CONMEMORACION DEL 40º ANIVERSARIO DE LA LEY DE DIVORCIO

El ICA Oviedo conmemora el 40º aniversario de la Ley de Divorcio con un viaje por el antes y el ahora de los procesos de familia

“No podemos impedir que los matrimonios se rompan, pero sí podemos impedir el sufrimiento de los matrimonios rotos”. Con esta frase pronunciada por el ministro de Justicia, Francisco Fernández Ordóñez, el Congreso de los Diputados aprobaba la Ley del Divorcio un 22 de junio de 1981.

El Colegio, a través de la Comisión de Derecho de Familia celebró el pasado 19 de octubre el 40º aniversario de la Ley de Divorcio.

El acto, que fue presentado por el decano, Luis Carlos Albo Aguirre, contó con las intervenciones de tres abogadas, Alicia Fernández del Castillo, Beatriz Álvarez del Solar y María Teresa Rodríguez González, quienes manteniéndose hoy en activo, tuvieron la oportunidad de trabajar en aquellos primeros procesos de separación y divorcio en Asturias y que han visto evolucionar la ley, la casuística y las propias sentencias a lo largo de estas cuatro décadas. El hoy abogado y mediador Agustín Azparren Lucas también participó en la jornada aportando sus vivencias como juez en los años ochenta en un Juzgado Mixto de Pola de Lena y, por tanto, dictando las primeras sentencias al respecto.



Así, María Teresa nos recordaba que ya la Constitución de 1931, durante la II República contemplaba la ruptura del vínculo matrimonial que se formalizó en La Ley de Divorcio de febrero de 1932 y que sin duda fue el germen de la Ley aprobada en 1981, un paso hacia la libertad, hacia la igualdad del hombre y la mujer. Con su despacho en la Cuenca tuvo ocasión de intervenir en numerosos procesos de separación y divorcio fundamentalmente defendiendo las posiciones de las mujeres, como ella misma manifestó.

Beatriz nos contó que sus clientes habían sido siempre mayoritariamente masculinos y recordaba la dificultad de la prueba al ser requisito indispensable justificar la “causa” de la separación lo que daba lugar a que en ocasiones hubiese hasta que maquillar o cocinar, en definitiva, novelar esa causa para conseguir la ansiada declaración judicial.

A eso se refería también Agustín, quien reconocía la ausente efectividad del principio de inmediación teniendo en cuenta que por entonces al Juez le llegaban los asuntos a su despacho con todas las pruebas practicadas, demanda y contestación a la demanda, sin haber tenido contacto con el asunto hasta el momento de dictar sentencia.

Por su parte Alicia, buena conocedora de las necesidades de las y los Jóvenes Abogad@s al haber sido Presidenta de su Junta, ponía especial énfasis en el cambio que se ha experimentado en el transcurso de los años y hasta recordaba con cierta añoranza las buenas relaciones que había entre compañeros y compañeras, más allá de las disputas por los asuntos que dirigían, como sin duda lo prueba que las tres intervinientes han mantenido una estrecha y cariñosa amistad labrada en sus años de ejercicio profesional.

Recorrido por anécdotas del pasado y un brindis al futuro, a las necesidades que existen en el derecho de familia actual, cuando ya no es necesario probar la causa de la ruptura y el litigio se centra en regular los efectos del divorcio, el especial cuidado que merecen los menores, la importancia de la formación y la especialización de los abogados y abogadas que diariamente intervenimos en estos procedimientos, la necesaria empatía y sensibilidad para manejar situaciones que trascienden al papel, el esfuerzo hacia la conciliación, éstas y muchas otras cuestiones fueron objeto de la mesa redonda que condujo Borja Álvarez Iglesias, miembro de la Comisión de Familia que se celebró en el salón de actos del Colegio y fue transmitida por streaming.



EL “VALOR” DE LOS SENTIMIENTOS

POR ANA GLORIA GONZÁLEZ SUÁREZ
COLEGIADA 3.872



¿Cómo “cuantificar” la figura de un padre que lo ha sido, que ha sentido, que ha ejercido como tal y en toda su extensión a lo largo de los 9 años de la vida de un hijo?...¿Cuánto “vale” efectivamente un sentimiento?.

Para este Boletín quería compartir con vosotros esta reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, y que toca un tema que sin duda daría para bastante reflexión; tanto desde el punto de vista jurídico, del procedimiento, del modo en qué se pide y cómo se pide, como desde un aspecto más profundo y personal, el que conllevan las relaciones familiares truncadas. Judicializamos, valoramos y en consecuencia indemnizamos un status frustrado; “penalizamos” económicamente hablando, la conducta que conllevó lo anterior, pero... ¿dónde está o ha estado el interés del menor en todo ello?. ¿Es un su interés “evaluable”, o se ha llegado a “valorar” a través de la prestación de alimentos no devueltos?.

* SENTENCIA Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 13^a, de 29 de abril de 2021, nº 180/2021, rec. 295/2020.F.D 2º.- En la demanda rectora de este pleito, se ejercitaba por DON Ernesto acción en reclamación de la responsabilidad civil por culpa extracontractual por daños, derivados de la ocultación de paternidad, así como acción del cobro de lo indebido, contra DOÑA María Teresa, solicitando se condenase a ésta a que le abonase la suma de 119.752 euros, desglosada en los siguientes conceptos: a) 100.000 euros en concepto de daño moral derivado de la pérdida del vínculo biológico con respecto a su hijo, y por el deterioro de su fama, honor y consideración social como padre del menor; b) 1.982 euros por el daño patrimonial derivado de la interposición de la demanda de paternidad (1.573 euros por los honorarios de la Letrada y 409 euros por los gastos de prueba de paternidad); y c) 17.770 euros (17.400 euros cantidades abonadas al menor hasta el divorcio + 300 euros de pensión de alimentos tras el divorcio) en concepto de cobro de lo indebido y enriquecimiento injusto.

Partimos de la base de que las partes ya se encontraban divorciadas, y es con posterioridad al divorcio y a las medidas que en éste fueron establecidas, cuando se plantea por el padre y ex esposo la presente reclamación. Así solicita y principalmente,

1º.- Ser indemnizado por los **DAÑOS MORALES Y MATERIALES** derivados de la ocultación dolosa, o en última instancia culposa de su ex cónyuge, madre del hijo que se creía común, tanto por no haberle hecho conocedor de otra relación afectiva y paralela mantenida, como por, y tras haberse quedado embarazada, no haber realizado ninguna actuación, prueba etc. conducente a asegurarse o descartar su paternidad, habiéndole hecho creer que el menor era hijo biológico suyo durante muchos años.

2º.- su segundo pedimento será en relación con la devolución de lo que a su juicio han sido cantidades indebidamente abonadas en concepto de **ALIMENTOS**, en favor de su hijo.

En relación al **PRIMER PEDIMENTO**, el de carácter indemnizatorio y sobre los **DAÑOS MORALES**, esta sentencia reconoce en favor del padre una indemnización de 61.982 €, más los intereses legales; y ello frente a la solicitud principal del demandante, 100.000 €.



Defendió E. que el sufrimiento debe considerarse probado y más allá de haber necesitado terapia, o de la duración de la anterior (cuestión de prueba), deben tenerse en cuenta para su reclamación las siguientes circunstancias: a).- el tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta que tiene conocimiento de no ser el padre del menor, a los 9 años; b).- engaño padecido durante un período tan largo de años, teniendo la creencia de que era padre del menor, así como que tenía una familia; c) .- La mala fe de la demandada, quien evidentemente mantuvo relaciones con otra persona durante el noviazgo y quien pudo evitar esta situación, ya que con comunicar este hecho al demandante o al menos sus dudas, hubiera evitado el matrimonio y su relación con el menor; d).- Único hijo y nieto; e).- Su propia edad -54 años- a quién le será más complicado dada la situación sufrida iniciar una nueva relación y tener más hijos, etc.

La Sentencia de la AP y como decimos, reconoce por dicho concepto 61.982 €, más los intereses legales, y para ello se sustenta en “el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente”, ya que concurren en el supuesto de hecho los requisitos que el art. 1902 del Código Civil exige para tal, es decir, un comportamiento o conducta culposa cuya causación ha generado un daño consecuencia de dicha ocultación.

En materia de indemnización por daño moral, tal y como tiene establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2001, se deberá entender como "cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito", habiendo declarado además, la existencia de daño moral derivada de la ocultación de la paternidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 22/07/2009).

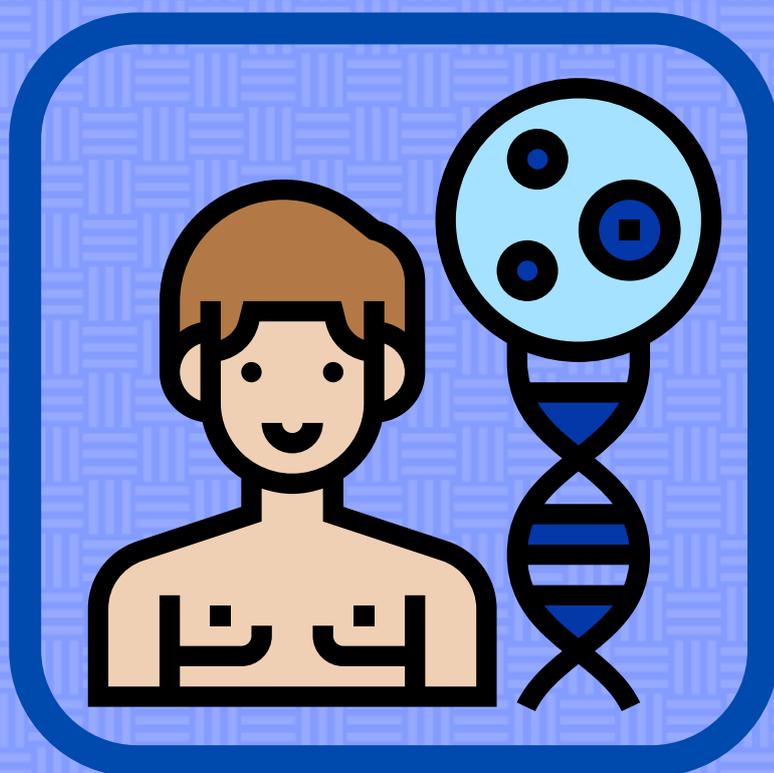


No obstante, como resume la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 2018, nº 629/2018, rec. 3275/2017 “lo que se niega por Alto Tribunal es que el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar.”, puesto que, continua señalando la citada Sentencia "conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como señala la sentencia 701/199, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. (...). Por tanto, no debe caber duda alguna (...) y este actuar de doña T debe calificarse de culposos, pues no actuó con la diligencia que el caso requería.

En conclusión y sobre el particular, el Tribunal sin desconocer la dificultad de cuantificar el daño en supuestos como el enjuiciado, y la objetividad del baremo, ha entendido que la equiparación de la realidad biológica que consideraba el demandante existía con la indemnización por muerte no es posible, sin embargo tampoco podría desconocerse que se le ha impedido el derecho-deber de estar en su compañía y los de crianza, ni el profundo dolor y vacío emocional que provocan los hechos que han dado lugar al procedimiento, acompañado de la frustración del proyecto de vida familiar existente, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, reconoce la indemnización por daño moral en la cuantía señalada.

En relación con los DAÑOS MATERIALES, y concretamente sobre facturas/minutas que deban ser reembolsadas a la parte, ante su necesidad intervención profesional de abogado y procurador en el procedimiento reclamación de filiación e impugnación. En este punto la discusión de fondo se centra en la oportunidad, en el momento y sin duda en el valor que ha tenido el allanamiento de T. frente a la demanda formulada por su ex cónyuge (disponibilidad o indisponibilidad el objeto del pleito).

Si bien la Sentencia de Instancia de la que le recurso trae base, estima la demanda del actor y declara que no es el padre biológico del menor A., con todos los demás pronunciamientos inherentes a dicha declaración, y no impuso las costas procesales a ninguna de las partes. En vía de Recurso, la Audiencia sí entiende que la conducta culposa de la demandada obligó al ahora recurrente a incurrir en unos gastos absolutamente necesarios a fin de despejar las dudas sobre la paternidad del que creía su hijo biológico, motivo por el cual se estima que tales gastos de la alzada, deben ser asumidos por la Sra. María Teresa.



Por último y sobre LOS ALIMENTOS abonados en favor del menor, a modo de resumen señalaros que el recurrente basaba su impugnación en el daño patrimonial causado por haber tenido que prestar alimentos a su hijo (o al que creía hijo), con vulneración de lo establecido en el artículo 1895 del C. Civil, y basándose en el cobro de lo indebido. El demandante lo desglosa en tres etapas: 1) desde que la madre se queda embarazada, durante el noviazgo; 2) durante el matrimonio; y 3) tras el divorcio, donde se fija una pensión por alimentos.

La Audiencia falla que NO CABE SU DEVOLUCIÓN. Y ello con base en lo argumentado ya en dos sentencias principales y previas: La Sentencia de Pleno 202/2015, de 24 de abril, en el sentido de negar la procedencia de la devolución y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de nº 417/2017, de 6 de Noviembre de 2017.

a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución.

b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- (artículo 154 CC), y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.



c) La no devolución tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, según la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.

d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

e) La filiación, dice el artículo 112 CC , "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario", como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos".

Concluye la Sentencia F.D 5º: "la pretensión revocatoria debe ser desestimada porque don Ernesto tenía la obligación legal de prestar los alimentos en ese periodo y, por tanto, no puede considerarse que exista el requisito del empobrecimiento sin causa o como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de nº 417/2017, de 6 de Noviembre de 2017, "No existe ni enriquecimiento injusto, ni cobro de lo indebido, pues como dice el TS, existía causa para la asunción por el actor de los alimentos".

