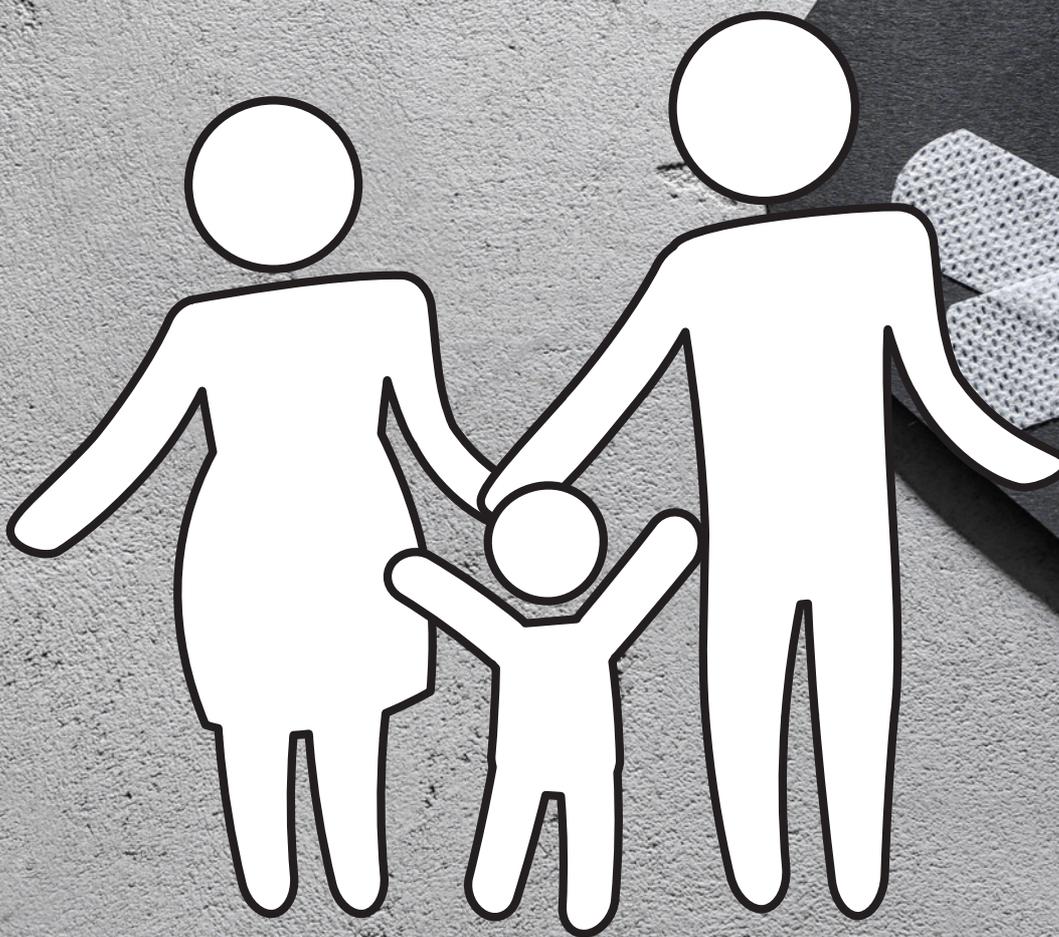


N°7

JUNIO 2023

# EN FAMILIA

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



# INDICE

Boletín Comisión de Familia

|           |  |
|-----------|--|
| Página 1  | ÍNDICE   |
| Página 2  | HIJOS MAYORES DE EDAD NO DISCAPACITADOS: ALIMENTOS                                     |
| Página 14 | NUEVAS INSTRUCCIONES PARA EL EMPADRONAMIENTO DE HIJOS MENORES                          |
| Página 18 | DEVOLUCIÓN DE LOS ALIMENTOS CUANDO SE DEMUESTRA QUE EL HIJO NO ES DEL PADRE RECONOCIDO |
| Página 21 | LA SUCESIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA  |
| Página 24 | SENTENCIA BOSÉ/PALAU   |
| Página 29 | MEMORIA DE UNA HUELGA, EN EL DERECHO DE UNA FAMILIA                                    |
| Página 37 | NOVEDADES ADQUIRIDAS POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO  |
| Página 38 | ÚLTIMA JURISPRUDENCIA  |

# HIJOS MAYORES DE EDAD NO DISCAPACITADOS: ALIMENTOS

Gema García Rivero. Colegiada 3669 ICAO

El artículo 93 párrafo segundo CCv determina que, en relación a los hijos mayores de edad no emancipados que convivan en el domicilio familiar, cuando carezcan de ingresos propios, el Juez podrá fijar los alimentos que sean debidos conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CCv, lo que implica un cauce procesal concreto y determinado para solicitar estos alimentos.



Estamos ante una obligación alimenticia sustentada en el artículo 39.1 CE, es decir, en un principio de solidaridad familiar teniendo siempre en cuenta la actitud de aquel que se considera como “necesitado” una vez extinguida la patria potestad y, por tanto, encuadrable dentro de los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y siguientes que, el Tribunal Supremo, considera que tal regulación ha de entenderse como una remisión a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia.

Pero se trata de un deber que no tiene carácter absoluto, pues se ha de interpretar su viabilidad atendiendo a la realidad social del tiempo en que se va a aplicar, analizando detenidamente si realmente existe una carencia de ingresos propios suficientes para subvenir a sus necesidades permitiéndoles vivir una vida independiente, es decir, si existe una verdadera necesidad por parte de quien los reclama como acreedor. En consecuencia, estaremos ante una obligación considerada como deuda de alimentos entre parientes y, por tanto, irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y no podrá ser objeto de transacción.

Siendo esto así cabe plantearse si, ante una ruptura matrimonial o de convivencia de los progenitores, estos alimentos se pueden y deben fijar limitados en el tiempo desde el inicio o si, por el contrario, hemos de esperar a que surjan causas o circunstancias que conlleven la extinción de los mismos.

A nadie se nos escapa que cada vez se alarga más y más en el tiempo conseguir alcanzar esa independencia económica que permita a los descendientes abandonar el hogar familiar, no solo por la dificultad de acceder y/o mantenerse activo en el mercado laboral, sino también por la precariedad de los salarios que se abonan, lo que obliga a los descendientes a permanecer más y más tiempo en el hogar de los progenitores.

Entonces, cuando se judicializa la ruptura entre esos progenitores, ha de tenerse en cuenta que el artículo 93 párrafo segundo CCv exigirá, para su reclamación, demostrar tanto la convivencia en el domicilio familiar como la carencia de recursos propios de esos hijos mayores de edad. Requisitos que en modo alguno se exigen cuando son menores de edad pues se presupone que sus necesidades económicas existen sin necesidad de prueba alguna al respecto, más que la de la cuantía de los mismos.



Sin embargo, cuando el hijo es mayor de edad, desaparece esa certeza de necesidad y, además, se les exige demostrar que si continúan con su formación académica, ésta se realiza con aprovechamiento y, de no acceder al mercado laboral, ello no sucede por causas imputables a ese hijo. Es decir, se ha de demostrar que ese hijo no mantiene indefinida e intencionadamente en el tiempo una posición de dependencia, en la que se acomoda sea cual sea su edad y, por supuesto, que continúa viviendo en el que fuera domicilio familiar de forma estable y permanente. Esto resulta imprescindible pues será el progenitor obligado al pago de esos alimentos quien pretenda eludirlos o extinguirlos, precisamente, alegando la falta de convivencia en el domicilio familiar, la negativa injustificada a incorporarse al mercado laboral, o la ausencia de aprovechamiento académico suficiente por parte de ese hijo mayor de edad.

Y ello es así porque, si bien esa pensión de alimentos no se puede perpetuar indefinidamente, lo cierto y verdad es que nuestro Código Civil tampoco fija un período, fecha o momento concreto para la extinción de esa pensión, por lo que, acudiendo a la casuística nos encontramos con resoluciones judiciales que o bien fijan un límite temporal de obligación de pago de esa pensión para apremiar la incorporación al mercado laboral, o bien no se fija límite inicial alguno y se espera a que el cambio en las circunstancias económico-laborales de esos hijos justifique una modificación judicial de medidas que sustente la extinción de esa obligación alimenticia porque las circunstancias así lo favorecen.

En cualquier caso, tampoco hemos de obviar los dos supuestos en los que los hijos mayores de edad pueden reclamar alimentos a sus progenitores: cuando, careciendo de ingresos propios conviven en el domicilio familiar al tiempo de la ruptura (artículo 93 párrafo segundo CCv), y cuando, siendo independientes, carecen de recursos propios y precisan el auxilio de sus progenitores (art. 142 y siguientes CCv).

Cuando esos hijos conviven en el domicilio familiar al tiempo de la ruptura, el artículo 93 párrafo segundo CCV, como se ha dicho, exige tanto la convivencia en ese domicilio como la carencia de recursos propios:



### **1.- Convivencia en el domicilio familiar:**

Por domicilio familiar se entiende tanto el lugar de convivencia real entre los progenitores y sus descendientes o hijos, como aquél al que se traslade el progenitor reclamante de los alimentos, mientras permanezcan tanto la convivencia con el hijo mayor de edad como la dependencia económica de éste, de modo que le obligue a permanecer conviviendo con uno de sus progenitores.



Evidentemente, no excluye la consideración de convivencia, la del hijo que se forma académicamente en una localidad o ciudad distinta a ese lugar físico de convivencia siempre que regrese al mismo con frecuencia, ya sea durante fines de semana, puentes o vacaciones académicas, evidenciando con ello que en modo alguno desea cesar esa convivencia. De este modo, se establece una presunción concluyente de convivencia que no solo es la que legitima al progenitor con quien convive para reclamar los alimentos, sino que acredita la dependencia de ese hijo mayor y, en consecuencia, evita la extinción de la prestación alimenticia.

Otra situación que también puede ocurrir se refleja cuando el hijo mayor, pese a continuar viviendo en ese domicilio familiar, se queda solo porque el progenitor con quien residía hasta entonces, decide abandonarlo aun persistiendo la dependencia económica de ese hijo. En este caso, ambos progenitores tendrán que atender esa pensión alimenticia en proporción a sus respectivos ingresos y, desde luego, en un procedimiento diferente al que inicialmente acordó el pago de esos alimentos a cargo de uno solo de los progenitores.

Obviamente, si el hijo mayor de edad se traslada a otro domicilio de forma permanente y no convive con ninguno de sus progenitores, si llegara a precisar una prestación alimenticia, entonces será él quien deba instar el correspondiente procedimiento a través de los cauces del artículo 142 CCv, frente a ambos progenitores

Finalmente indicar que, para doctrina y jurisprudencia, convivir no es compartir el mismo espacio, sino crear y mantener vínculos y relaciones entre miembros de la familia, creando redes de apoyo entre ellos y coexistiendo en un mismo espacio de forma pacífica y armoniosa entre quienes integran esa unidad de convivencia.

## **2.- Ausencia de recursos suficientes para garantizar una autonomía económica:**

Por tal debemos de entender, en los términos del artículo 93 párrafo segundo CCv, que el hijo mayor de edad dependa económicamente del núcleo familiar porque carece de recursos necesarios propios para cubrir sus necesidades básicas.

En este sentido, la realización de trabajos temporales con ingresos reducidos o insignificantes, o disponer de un título profesional, no implica necesariamente que el alimentante pueda pretender justificar con ello la extinción de la pensión alimenticia existente, ni tampoco su reconocimiento inicial, pues se ha de acreditar o bien la suficiencia de ingresos, o bien la falta de interés en el desarrollo de una trayectoria profesional, o en la incorporación y permanencia en el mercado laboral, o el abandono injustificado de la formación académica, para denegar el pago de esos alimentos a cargo de un progenitor o, como se ha explicado anteriormente, de ambos cuando ya no convive en el domicilio familiar con ninguno de los progenitores.

Es decir, esa necesidad de pensión alimenticia nunca debe de obedecer a causas imputables al hijo mayor de edad pues, entonces, decaería esa obligación de los progenitores de prestar alimentos.



Respecto de la necesidad de formación académica o profesional del hijo mayor de edad, si éste ya dispone de la necesaria para acceder al mercado laboral de un modo real, es decir, en condiciones reales de poder ejercer una profesión u oficio con valor en el mercado laboral y, aun así, prolonga su formación y rechaza trabajar, ello no le hace necesariamente acreedor inmediato de esa pensión alimenticia, pues entraría en juego lo dispuesto en el artículo 152.3° CCv en relación con los artículos 142 y siguientes del mismo, de modo que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esos alimentos se prestarían proporcionalmente atendiendo no sólo al caudal de quien los da, sino también a las necesidades de quien los recibe y éste, si puede obtener ingresos propios suficientes y renuncia a ellos, no tendrá derecho necesariamente a obtener prestación alimenticia alguna con cargo a uno o a ambos progenitores, pues se considera que prolonga su formación por su propia y exclusiva voluntad, no por necesidades del mercado laboral.



### **3.- Temporalidad de la prestación de alimentos:**

Al margen de las causas establecidas en los artículos 150 y 152 CCv, lo cierto y verdad que no existe norma que establezca plazo o límite temporal para fijar la duración de esta prestación, por lo que habrá que estar al caso y circunstancias concretas.

Efectivamente, ante este vacío legal, tampoco podemos considerar que exista una obligación inagotable o ilimitada de prestar alimentos mientras el hijo mayor de edad no concluya sus estudios o no acceda al mercado laboral por causas ajenas a él mismo.



Acotar temporalmente desde el inicio y en cualquier circunstancia una pensión de alimentos, no parece lo más indicado principalmente porque no se pueden ignorar ni las circunstancias de cada caso en concreto, ni la realidad socioeconómica del momento en el que se abone o postule esa petición alimenticia que, según las circunstancias de cada caso, podrá incluso llegar a ser necesaria o no para el propio acreedor de la misma.

Es decir, se ha de analizar en cada situación, si ese hijo realiza trabajos considerados esporádicos, si percibe salarios considerados residuales de forma ocasional, si evidencia un bajo rendimiento académico de forma consciente para prolongar su etapa de formación o si realiza estudios que complementan su formación y/o la perfeccionan pero desaprovechando la oportunidad de seguir trabajando, de acceder a un puesto de trabajo o de abandonar la precariedad laboral.

Esto es, la temporalidad de esa prestación alimenticia dependerá de las circunstancias concretas que se den en cada caso concreto, y por supuesto de la buena fe del hijo mayor de edad y su actitud proactiva, sin que ello implique en modo alguno que estamos ante una prestación inicialmente ilimitada en la cuantía y en el tiempo.

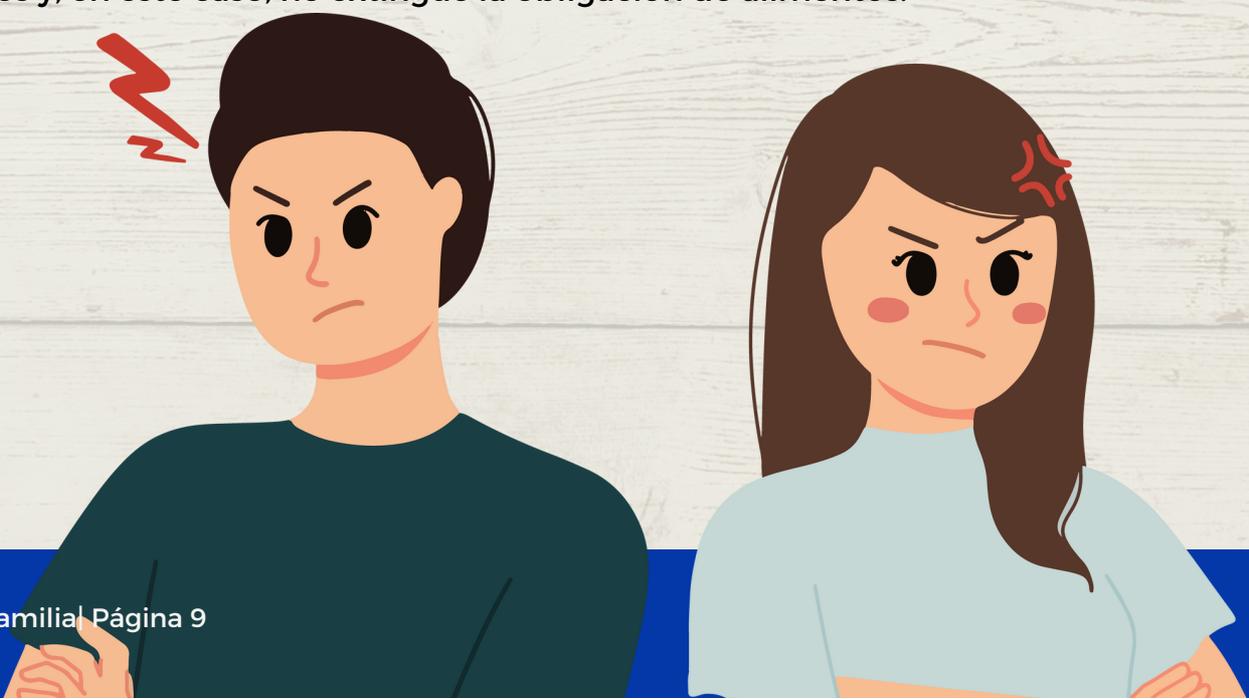
#### **4.- Ausencia de relación con el progenitor alimentante:**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, resolviendo el Recurso interpuesto frente a la Sentencia de 23 de enero de 2018, de la Audiencia Provincial de Madrid, aborda la posibilidad de extinguir una pensión alimenticia a favor de un hijo mayor de edad, fijada en un procedimiento previo de familia, cuando carece de toda relación afectiva y comunicación con uno de los progenitores, de manera consolidada, consciente y querida por ese o esos hijo

Esta extinción se reconoce al margen de las causas reconocidas al efecto por el propio Código Civil y se sustentaría realizando una interpretación flexible de la desheredación por maltrato de obra, de modo y manera que, por la vía del artículo 154 CCv, se permitiría entonces extinguir la pensión de los alimentos para los hijos mayores de edad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid contra la que se recurre en Casación entendía que “En el presente caso de autos dada la mayoría de edad de los hijos, dada la nula relación afectiva, continuada y consolidada en el tiempo entre el progenitor no custodio y los hijos; la negativa de éstos de relacionarse con su padre como así pusieron de manifiesto, decisión libre, querida y voluntaria; todo ello debe considerarse como una alteración y modificación sustancial de las circunstancias y de verdadera repercusión al ámbito personal de los implicados y de carácter permanente, que justifica que dentro del procedimiento matrimonial se deje sin efecto el deber de contribución del progenitor no custodio, al amparo del artículo 91 in fine en relación con los artículos 93 , 152 del Código Civil y extensible al apartado 4 de dicho artículo”.

El Tribunal Supremo, por su parte, considera que la negativa de los hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante sería causa de extinción de la pensión alimenticia pues ésta se basa en el principio de la solidaridad familiar consagrado en el artículo 39 CE “debiendo ser interpretadas las normas ateniendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, conforme dispone el artículo 3.1 del Código Civil”. En consecuencia, analizadas las circunstancias concretas, el Alto Tribunal considera no obstante que, esa falta de relación con uno de los progenitores, no se ha demostrado que ocurriese por voluntad exclusiva de los hijos y, en este caso, no extingue la obligación de alimentos.



## **5.- ¿Qué criterios siguen las Audiencias Provinciales?**

SAP Cantabria 178/2023, de 17 de abril: no cabe extinguir la obligación de prestar alimentos, incluidos gastos de educación, ni tampoco establecer un límite temporal en este momento, porque el hijo se está desempeñando adecuadamente para conseguir la mejor titulación posible lo que le facilitará el día de mañana su acceso al mercado laboral.

SAP Madrid 363/2023, de 14 de abril: pese a considerar que el padre cuenta con buenos recursos económicos y que la madre carece de ellos, se rebaja la pensión alimenticia del hijo mayor de edad a la cantidad que, de común acuerdo, habían pactado los progenitores para el otro hijo menor de edad.

SAP Coruña 247/2023, de 13 de abril: siendo la hija mayor de edad dependiente económicamente de sus progenitores, se fija una pensión de alimentos de 300€ que hasta ahora se entregaba a la madre, con cargo al padre, a pesar de la estancia temporal en Santiago y en Polonia por razón de sus estudios universitarios, sin perjuicio del ejercicio de la correspondiente acción de modificación de medidas si tal circunstancia cambiase posteriormente. Los gastos extraordinarios se fijan en la misma proporción que los del menor.

SAP Salamanca 44/2023, de 01 de febrero: se extingue la pensión alimenticia de la hija que cuenta ya con 29 años de edad porque no consta que estudie, ni trabaje, vive desde los 19 años en otra población, dispone de formación profesional inicial de técnico de farmacia y parafarmacia, no acredita haber tenido más que un día de trabajo en toda su vida laboral, no estar en búsqueda activa de empleo, ni sigue formándose; figura como demandante de empleo desde el 14 de febrero de 2020, percibe la renta activa de inserción por importe de 401,92€ desde el 01 de enero de 2021; no acredita padecer ninguna enfermedad que le impida trabajar y no mantiene ninguna relación afectiva y personal con su padre por causa imputable solo a ella. Considera la Sala que la hija “mantiene un evidente y manifiesto desinterés por buscar un trabajo de forma activa y por trabajar, y si bien no tiene independencia económica, ésta solo es debida a su falta de diligencia e interés en la consecución de un empleo puesto que no se ha acreditado en autos ni causa física ni psíquica para que, con 29 años en el momento de la vista, pueda conseguir un empleo. Hechos, que unidos a su vida en pareja en Zamora desde hace 10 años o a que percibe un subsidio, en definitiva, vienen a corroborar la situación de pasividad en la que se ha colocado voluntariamente en orden a procurarse una forma de vida. Situación a la que hay que añadir la manifiesta desafección de la hija respecto a su padre imputable solo a ella, que de por sí ya es causa suficiente para extinguir la pensión alimenticia”.

SAP Soria 1/2023 de 09 de enero: extingue la pensión alimenticia a una hija de 27 años que, aunque se encuentra preparando las oposiciones de Magisterio, ha tenido diversas ocupaciones percibiendo unos ingresos que le permiten hacer frente a sus gastos y, el empleo como profesora en un centro público, es una más de las salidas laborales de la formación que tiene, no la única; por lo que tal decisión no debe ser a costa del padre

SAP Ourense 679/2022 de 27 de septiembre: extingue la pensión a favor del hijo de 24 años de edad que se matriculó en el curso escolar 2016/2017, siendo beneficiario de una beca y alojándose en una residencia universitaria, pero no se presentó a ningún examen de ninguna asignatura en ese curso, abandonando la ciudad, ni consta que se hubiese matriculado en la Universidad en el curso siguiente o que se hubiese dedicado a alguna actividad laboral. Asistió a un curso de patronaje y aparece como demandante de empleo desde que tuvo conocimiento de la Demanda que solicitaba la extinción de los alimentos. Ante esta situación concluye la Sentencia que “Ese desinterés y nula preocupación por obtener su independencia económica ha determinado que ni busque activamente un trabajo remunerado ni continúe su formación académica y en esta situación, la permanencia de la pensión de alimentos no puede sostenerse en base exclusivamente a la convivencia con la madre y la falta de autonomía económica”. No se entra a examinar si la absoluta falta de relación entre padre e hijo es imputable exclusivamente al hijo este a los efectos de determinar la extinción de la pensión como exige la jurisprudencia, al no obrar en autos elementos suficientes para establecerlo.

SAP Asturias 170/2023, Sección Séptima, de 15 de marzo: impone las costas a la parte demandada toda vez que los alimentos de un hijo mayor de edad no son materia indisponible por lo que en el procedimiento se aplica el criterio general del vencimiento objetivo del art. 394 LEC, puesto que se pretenden modificar las consecuencias de una Sentencia que produce eficacia de cosa juzgada.

SAP Asturias 84/2023, Sección Quinta, de 06 de marzo: mantiene la pensión alimenticia de la hija que prepara oposiciones al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria y acude a un centro formativo porque el padre accedió voluntariamente a satisfacer la mitad del coste de la academia de oposiciones; pese a compatibilizar trabajo estacional con estudios, ello no le proporciona una fuente de ingresos económicos estables y suficientes para mantenerse por sí misma y, la asistencia a esa academia, no se considera formación como tal sino tratar de acceder al mercado de trabajo de su profesión; tampoco consta que la hija haya desdeñado otras posibilidades o que no muestre diligencia, capacidad o trabajo para lograrlo.

SAP Asturias 113/2023, Sección Primera, de 16 de febrero: la falta de aplicación injustificada al estudio de la hija, no puede repercutir negativamente en el prestador de alimentos y, en consecuencia, extingue la pensión alimenticia.

SAP Asturias 78/2023, Sección Séptima, de 01 de febrero: no se aprecia falta de aprovechamiento del hijo mayor que cursa segundo de Logopedia, que no desarrolla una actividad laboral que le permita prescindir de los alimentos, y que carece de remuneración aunque haya solicitado una beca. En cuanto a la falta de relación con su progenitor, no se aprecia que la misma sea debida de forma principal y relevante al hijo.

SAP Asturias 10/2023, Sección Sexta, de 16 de enero: las dificultades cognitivas del hijo dificultan su incorporación al desarrollo de las actividades profesionales de una persona de 24 años; no se aprecia desidia, capricho o falta de interés por su parte, sigue formándose y se encuentra de alta en el servicio de empleo, por lo que no procede extinguir la prestación alimenticia.

SAP Asturias 62/2022, Sección Séptima, de 23 de diciembre: la actual falta de relación del hijo con el padre ni es imputable únicamente al hijo ni excesivamente prolongada en el tiempo; la falta de convivencia del hijo con la progenitora que recibe los alimentos y la supuesta falta de organización por parte de la madre en cuanto a gastos del hijo, como causa de extinción o de reducción de los alimentos, no es tal porque el padre conocía el traslado del hijo a Bilbao para estudiar Periodismo y los gastos de la residencia se cargan en una de cuenta titularidad del hijo en la que la madre realiza ingresos periódicos. Tampoco cabe limitar temporalmente dicha pensión toda vez que, en el presente caso, los estudios universitarios no forman parte de la pensión de alimentos sino que fueron pactados como gastos extraordinarios en el Convenio Regulador; por otra parte, el hijo no se encuentra en condiciones de obtener a corto plazo un empleo que garantice su propia subsistencia, ni tampoco se ha acreditado ni que hubiera un mal aprovechamiento académico y abandono de sus estudios que pudieran justificar la limitación solicitada.

SAP Asturias 456/2022, Sección Quinta, de 22 de diciembre: el hijo mayor, nacido en 1992, no consta que haya trabajado nunca, ni que se haya formado profesionalmente, ni que se haya esforzado para conseguir un empleo, ni que exista una situación específica que le dificulte el acceso al mercado laboral; ha tardado 10 años en comenzar a recibir clases para el acceso a un puesto de subalterno para el que no se exige formación alguna y, dado que el padre trabajaba como camarero hasta ser despedido, no cabe proteger tales actitudes pasivas a costa de los escasos recursos económicos de su padre, por lo que se declara la extinción de la pensión alimenticia, sin efectos retroactivos, conforme al criterio jurisprudencial.

SAP Asturias 358/2022, Sección Cuarta, de 13 de octubre: “el efecto no retroactivo derivado del carácter consumible de los alimentos admite excepciones en aquellos casos en que la circunstancia determinante de su extinción resulta indubitada, manifiesta o indiscutible, pues en tales supuestos la necesidad de evitar resultados contrarios a la equidad impone acudir a fórmulas adecuadas de reparación como sería el enriquecimiento injusto, el abuso de derecho o el fraude de ley ” (así, sentencia de 22 de junio de 2022, con cita, entre otras de las de 12 de enero, 9 de marzo, 28 de abril y 7 de octubre de 2021 y 6 de febrero de 2020)”.

Sin embargo, en el presente caso, el primer hijo mayor estuvo trabajando en el extranjero en diversas ocasiones como complemento de su formación universitaria, y el dinero que recibía se destinaba a atender a las necesidades de manutención y el gasto del master que cursó y que resulta preciso para acceder al empleo que pretende (la enseñanza), sin que el padre haya aportado nada para sufragar ese coste. La Sentencia considera que el salario percibido en el extranjero es un “complemento económico imprescindible para completar la formación, y no es determinante de una situación de independencia y estabilidad económica que permita afirmar la innecesariedad de aquella pensión de alimentos, ni, por tanto, imponer su restitución”.

El segundo hijo mayor si abandonó sus estudios sin realizar cualquier actividad formativa o laboral, por lo que esta Sentencia declara la extinción de la pensión de alimentos a favor del mismo desde la fecha de la presente resolución.

Finalmente, considera la Sentencia que el haber estado trabajando y viviendo de forma independiente de los padres, no conlleva “per se” ni la supresión de la pensión alimenticia ni la limitación temporal, toda vez que, en el presente caso, una vez finalizada la ESO, el hijo realizó un curso de formación como auxiliar de vuelo, al que siguió un contrato con una aerolínea en Alemania entre los meses de enero y octubre de 2018, posteriormente otro contrato en Madrid de unos dos meses a comienzos de 2019 pero, tales actividades, formaban parte de un proceso de capacitación profesional que apenas le permitían cubrir los gastos que generaba (formación y estancia). Ello unido a la inscripción como demandante de empleo y su preocupación por acceder al mismo en diversos sectores de actividad “ratifica, no solo la apreciación de la recurrida de que no existe ninguna falta de aplicación del interesado, sino también la conclusión de que, pese a lo que sostiene el apelante en este extremo, aquel ni cuenta ni ha contado con medios propios de subsistencia que permitan, ya extinguir la pensión, ya señalarle un término temporal como el que pretende el recurrente”.

**En todas estas Sentencias se evidencia la necesidad de probar de forma fehaciente la causa que se pretenda alegar para extinguir, reducir o mantener la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad, incluso para su limitación temporal**

# NUEVAS INSTRUCCIONES PARA EL EMPADRONAMIENTO DE HIJOS MENORES

Uno de los temas que muchas veces olvidamos a la hora de hacer una demanda o de redactar el convenio es el tema relativo al empadronamiento de los menores o de los incapaces. A efectos prácticos sí que conlleva distintas consecuencias, entre las que se encuentran la asignación de un centro educativo y un centro sanitario para el menor.

Algunos progenitores acordaban el empadronamiento del menor por anualidades alternativas. En este sentido la sentencia AP Asturias, Gijón, Sec. 7.<sup>a</sup>, 140/2020, de 28 de octubre, no accedió a la alternancia anual del empadronamiento del menor en el domicilio de cada progenitor pues podría perjudicar la asignación de centro escolar y sanitario sin que redunde en el desarrollo de la custodia ni la patria potestad compartidas

María Villanueva Ordoñez  
Colegiada 2922



El Ministerio de la Presidencia, a través de la Subsecretaría la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática ha hecho pública el 3 de febrero de 2023 una resolución conjunta de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal.

Estas instrucciones vienen impuestas por distintas modificaciones legislativas. Entre otras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modificó el artículo 154 del Código Civil, en virtud del cual se establece que es función de la patria potestad: Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia. Otra norma modificada que afecta en este tema es 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.

En las instrucciones se contemplan los distintos supuestos que pueden presentarse, tanto cuando los padres conviven, como cuando cesan en su convivencia.



## 1.- Empadronamiento con ambos progenitores.

Se exigirá además la cumplimentación de la hoja padronal o formularios para que se notifiquen al Ayuntamiento los datos de inscripción, firmada por los dos.

## 2.- Empadronamiento con uno solo de los progenitores cuando no hay separación o divorcio o no existe aún resolución judicial que se pronuncie sobre la guarda o custodia (separaciones de hecho o separaciones en tramitación).

Se exigirá además la cumplimentación de la hoja padronal o formularios para que se notifiquen al Ayuntamiento los datos de inscripción, firmada por los dos. se exigirá además la firma de ambos. La firma del otro progenitor no incluido en la hoja padronal podrá recogerse en la misma, si estuviera habilitada para ello, o en una autorización por escrito que acompañe a la hoja padronal.

Cuando excepcionalmente no se disponga de la firma de ambos progenitores, deberá aportarse una declaración responsable haciendo constar que ambos ostentan la guarda y custodia del menor y que no existe resolución judicial que se pronuncie al respecto, justificando la imposibilidad de disponer de la firma del otro progenitor y que el menor convive con el mismo.

## 3.- Empadronamiento con uno solo de los progenitores, cuando existe resolución judicial que se pronuncia sobre la guarda o custodia:

3.1 En los supuestos **de guarda y custodia de menores atribuida en exclusiva a un progenitor** en virtud de resolución judicial, corresponderá a éste instar las inscripciones de los menores en el Padrón o las modificaciones de sus datos.



**3.2 Guarda y custodia compartida por ambos progenitores.** En los supuestos de guarda y custodia de menores compartida por ambos progenitores, si la resolución judicial por la que se fija la misma no se pronuncia sobre el lugar de empadronamiento, el Ayuntamiento exigirá prueba documental de que existe mutuo acuerdo entre los progenitores antes de tramitar cualquier modificación del domicilio del menor y, en caso de que no se pueda acreditar el mutuo acuerdo, deberá exigir la presentación de una nueva resolución judicial que se pronuncie expresamente sobre el empadronamiento, y no llevar a cabo la modificación en tanto no se aporte alguno de los documentos anteriores.

#### 4.- Empadronamiento de menores en un domicilio distinto al de los padres que ostenten su guarda y custodia.

Para el empadronamiento de menores en un domicilio distinto al de los padres que ostenten su guarda y custodia se requerirá la autorización por escrito de ambos, o de uno de ellos junto con la correspondiente declaración responsable (anexo I o anexo II según proceda).

#### 5.- Empadronamiento de personas con discapacidad

No procede realizar ningún tipo de distinción en el empadronamiento de estas personas. Por lo tanto, pueden realizar los trámites padronales en nombre propio, sin necesidad de representante. No obstante, cuando excepcionalmente haya que nombrar un representante judicial, de conformidad con el artículo 249 del Código Civil, el mismo deberá acreditar la representación a efectos padronales mediante la correspondiente autorización o resolución judicial.



# DEVOLUCIÓN DE LOS ALIMENTOS CUANDO SE DEMUESTRA QUE EL HIJO NO ES DEL PADRE RECONOCIDO

**Por M<sup>a</sup> Paz Díaz Díaz Colegiada 3738**

¿ Que ocurre cuando impugnada una filiación el Juez dicta sentencia declarando que efectivamente el hijo no es del padre inscrito en el Registro Civil como tal? ¿Procede la devolución de los alimentos que ese “padre” ha venido abonando desde el nacimiento del hijo hasta que se dicta la sentencia? La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en ese sentido, **NO PROCEDE** la devolución de dichos alimentos.

La no devolución de los alimentos tiene su origen en una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial seguidas en otras anteriores de fechas 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1887, según las cuales los alimentos no tienen efectos retroactivos ya que no puede obligarse a devolver las pensiones percibidas y consumidas en necesidades perentorias de la vida. Estas sentencias establecían que no se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a los derechos y obligaciones de las relaciones entre padres e hijos.

Se establecía que el derecho a los alimentos del hijo existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre debe hacer 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.



En la sentencia de fecha 24 de abril de 2015, siendo ponente Seijas Quintana, el Tribunal Supremo considera, en aplicación de su propia jurisprudencia y de la legalidad vigente que “los alimentos no tienen efectos retroactivos, no se devuelven, dada la finalidad a la que sirven de protección de un menor”.

En esta sentencia se planteaba la cuestión relativa a si era posible admitir la acción de cobro de lo indebido para la devolución de unos alimentos entregados a una hija menor cuando se declara que el progenitor, que aparece como padre en el Registro Civil, no es su padre biológico, con base a la acción prevista en el art. 1895 del Código Civil que recoge que “cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada , surge la obligación de restituirla”.

El Tribunal Supremo, después de analizar los requisitos básicos de la acción (pago efectivo, falta de causa y error), llega a la conclusión de que los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legal, existiendo por tanto causa justa, y que esta realidad se mantiene hasta que se destruye la realidad biológica mediante sentencia, alega que **“en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos”**, advirtiendo además del riesgo de trasladar determinadas acciones al ámbito del derecho de familia, que dispone de sus propias reglas.



En el mismo sentido que lo anteriormente relatado se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018, aunque en ésta se plantea la devolución de lo supuestamente pagado de forma indebida al amparo del art. 1902 del C.C, como un daño indemnizable para trasladar sin más la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya.

En definitiva, podemos afirmar de forma categórica que la doctrina Jurisprudencial del Supremo avala la NO DEVOLUCION de los alimentos en los casos en los que se demuestra que el hijo no es del padre que aparece como tal en el Registro Civil.



# LA SUCESIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA

Sonia Beatriz Arévalo Píriz  
(Col. 3.629 ICAO)

Bajo el epígrafe “Ley 17/2021 de 15 de diciembre de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales” se ha venido a regular por primera vez en nuestro derecho, entre otras cuestiones, la sucesión de la tenencia del animal de compañía.

Hasta la entrada en vigor de esa norma el animal era una “cosa” y como “cosa” estaba integrado en la herencia de su dueño de tal manera que fallecido el dueño, la mascota se transmitía igual que se transmitían el mobiliario y demás que le perteneciesen.

La reforma afecta, en primer lugar, al Código Civil, con vistas a sentar el importante principio de que la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento. Los animales están sometidos solo parcialmente al régimen jurídico de los bienes o cosas, en la medida en que no existan normas destinadas especialmente a regular las relaciones jurídicas en las que puedan estar implicados animales, y siempre que dicho régimen jurídico de los bienes sea compatible con su naturaleza de ser vivo dotado de sensibilidad y con el conjunto de disposiciones destinadas a su protección. (Exp. Motivos)



Art 333 CC Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. También pueden ser objeto de apropiación los animales, con las limitaciones que se establezcan en las leyes.

Art 333 bis CC 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.

Con la reforma pues y por primera vez, existe una regulación jurídica sobre cómo ha de producirse la sucesión de ese animal mediante la introducción del artículo 914 bis CC:

A falta de disposición testamentaria relativa a los animales de compañía propiedad del causante, estos se entregarán a los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes.

Si no fuera posible hacerlo de inmediato, para garantizar el cuidado del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados hasta que se resuelvan los correspondientes trámites por razón de sucesión.

Si ninguno de los sucesores quiere hacerse cargo del animal de compañía, el órgano administrativo competente podrá cederlo a un tercero para su cuidado y protección.

Si más de un heredero reclama el animal de compañía y no hay acuerdo unánime sobre el destino del mismo, la autoridad judicial decidirá su destino teniendo en cuenta el bienestar del animal.

Regulación que sin embargo plantea no pocas dudas en el ámbito práctico teniendo en primer lugar en cuenta que el artículo 914 bis CC sólo será aplicable en aquellos casos en los que no exista testamento o existiendo, no se incluya ninguna disposición relativa al animal de compañía por el testador y además, atendiendo a la definición o concepto de “animal de compañía” que se recoge en el artículo 1.1 del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía (Estrasburgo, 13 de noviembre 1.987) ratificado por España el 9 de octubre de 2015.

Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía. Resulta sin duda interesante esta definición porque no todos los animales son animales de compañía y por supuesto, animal doméstico no es animal de compañía per se (artículo 465 CC) de manera que cualquier otro animal que no cumpla con este concepto integrará la herencia del causante sin más y se repartirá conforme a las normativa vigente en el Código Civil para la transmisión de bienes del causante.

Pero si no hay sucesión testada y concurren varios herederos, a quién se le adjudicará el animal de compañía? Pues la norma dice que al que lo reclame, aunque ningún plazo establece para ello y prevé que entre tanto se resuelvan los pertinentes trámites si no hay otra opción el animal se entregue al órgano administrativo o centro de protección que a su vez puede encomendarle su cuidado a un tercero.

Y si hay varios herederos que lo reclaman? Pues se estará a lo que decida un juez salvo que haya acuerdo unánime sobre esa adjudicación (no dice si la unanimidad debe concurrir entre todos los llamados a la herencia o sólo entre aquellos que soliciten la tenencia del animal de compañía); decisión que habrá de adoptarse atendiendo al principio rector del bienestar animal.

Y en qué procedimiento? Nada dice la ley en este sentido. Podríamos considerar que el cauce más eficaz por rapidez y sencillez sería el del juicio verbal sin necesidad de abrir el juicio de testamentaría pues parece pacífica la doctrina que considera que aceptar o renunciar a la herencia están al margen de la posibilidad de reclamar la mascota, que asumir su cuidado no implica aceptación tácita de la herencia y que tampoco se sumará al valor de la cuota de herencia de quien lo reclame, pues no se computará como valor patrimonial de la herencia ni tendrá implicaciones fiscales.

La anterior casuística sin embargo no tendrá lugar cuando el causante hubiera otorgado testamento formal, ya sea ante Notario u ológrafo especificando la persona a la que designa como cuidador de su mascota, salvo, evidentemente, que el designado renunciase a ello, en cuyo caso volvería a entrar en juego la regulación del artículo 914 bis CC.

Ninguna persona que tenga una mascota puede dudar que estamos ante seres sintientes con los que se establecen vínculos de afectividad que trascienden el plano de lo material. De ahí que nuestro mejor consejo para el cliente y para nosotros mismos es que dejemos meridianamente claro sobre qué persona depositamos la confianza de su cuidado.



# SENTENCIA BOSÉ/PALAU

MARTA TAMARGO, COLEGIADA N°3631



En este artículo os comento un caso que ha tenido mucha repercusión mediática y es un reflejo de las nuevas realidades familiares que nos estamos encontrando y nos vamos a encontrar en el futuro.

El supuesto es el siguiente: Nacho Palau, anteriormente pareja de Miguel Bosé, tiene dos hijos nacidos por gestación subrogada, de quien es padre según inscripción en el registro civil. Miguel Bosé, por su parte, es padre de otros dos hijos por gestación subrogada e inscritos en el registro civil. Todos ellos vivieron juntos durante años hasta que se produjo la ruptura de la relación entre ambos.



Nacho Palau interpone demanda de juicio ordinario a fin de que se dicte sentencia por la que se declare que Miguel Bosé es padre no matrimonial de sus hijos, con inscripción de lo anterior en el registro civil y modificación de los apellidos; así mismo, interesa se declare que él es padre no matrimonial de los hijos de Miguel Bosé, con inscripción de lo anterior en el registro civil y modificación de sus apellidos.

Además, como consecuencia de lo anterior, solicita diversas medidas relativas a la guarda, régimen de visitas y alimentos.

En cuanto a la guarda y custodia interesa que se le conceda a él, fijando su residencia en Madrid, donde los menores serían escolarizados. Dicha guarda pasaría a ser compartida si Miguel Bosé fijara su residencia en España, de modo que se repartirían la guarda por semanas o por quincenas y los períodos vacacionales por mitades.

Subsidiariamente, dado que los menores viven en distintos países, unos en México y otros en España, que se le atribuya a cada uno la guarda y custodia de sus dos hijos.

En cuanto al régimen de visitas, si se establece la guarda individual para el demandante, se interesa un régimen de visitas flexible y extenso para Miguel Bosé mientras estuviera en España preavisando con quince días de antelación y en todo caso en tiempo máximo de la mitad del período lectivo de los menores; en el supuesto de guarda y custodia diferenciada (cada uno la de sus dos hijos) que convivan conjuntamente durante los períodos vacacionales, la mitad del tiempo con cada progenitor, pudiendo desarrollarse dichas visitas en el lugar que decida el progenitor con el que vayan a disfrutar la estancia, eligiendo uno los años pares y el otro los impares.

Con carácter subsidiario, en caso de no atenderse las acciones de filiación, se interesa que se establezca un régimen de visitas del demandante con los hijos de Miguel Bosé, como allegado de éstos y de sus hijos, también en su condición de allegados, de mitad de las vacaciones escolares, mitad del tiempo que fuera de los períodos vacacionales, se encontrasen en España, así como comunicaciones telefónicas y telemáticas, además de interesar otras visitas si regresasen a vivir a España.

Se solicitó igualmente el nombramiento de defensor judicial para los hijos de Miguel Bosé por concurrir al procedimiento con su progenitor y mantener conflicto de intereses, al amparo de lo dispuesto en los artículos 162.2 y 163 C.C., solicitud que fue estimada.

El juzgado de primera instancia de Pozuelo de Alarcón desestimó la demanda en cuanto a las peticiones principales de filiación y estimó la petición subsidiaria del establecimiento de un régimen de relaciones de los cuatro menores entre sí y para con sus padres respectivos.

La sentencia fue recurrida en apelación por el demandante pero la Sección 24<sup>a</sup> bis de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó dicho recurso y confirmó la resolución de primera instancia.



El apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En cuanto a los motivos de casación, el primero por vulneración del artículo 131 C.c. al considerar la sentencia que la posesión de estado no constituye cauce legal para declarar la filiación pretendida, contraviniendo la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, sentencias 740/2013 y 836/2013.

El segundo motivo, por entender que se vulnera el principio de interés del menor.

El Tribunal Supremo desestima el recurso.

Respecto a la posesión de estado y el interés del menor como suficientes para la determinación de la filiación, recuerda la doctrina de la Sala al respecto: la sentencia 45/2022, de 27 de enero (referida a una acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja y luego esposa de la madre por naturaleza), se indicó que “El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (...)”. Esta afirmación se reitera en la sentencia 558/2022, de 11 de julio.



“En casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, la sala ha valorado que el interés del menor concreto a que se referían los litigios que se juzgaban, quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida y manifestada por constante posesión de estado.” En este sentido las sentencias 740/2013, de 15 de diciembre y 836/2013 de 15 de enero de 2.014, admitieron que prosperaran las acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre.



En cambio, la sentencia del pleno 277/2022, de 31 de marzo, en un supuesto de gestación por sustitución respecto de una madre de intención sin vínculo genético con el nacido, remite a la madre de intención a la adopción para determinar su maternidad respecto al niño con el que convivía desde su nacimiento.

En el supuesto que nos ocupa, dice el Tribunal Supremo (ponente D<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán) que ha de desestimarse el recurso porque la sentencia objeto de recurso no infringe la doctrina de la sala cuando indica que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión e estado y en el principio de interés del menor.

Entienden que lo que se pretende es la determinación de la filiación de cada uno de los menores respecto de quien no es su padre biológico ni tampoco encargó su gestación.

Los cuatro niños nacieron a través de técnicas de reproducción asistida en el extranjero, las filiaciones están inscritas en el Registro civil respecto a su padre biológico y a la vez comitente. Por tanto, la paternidad que se reclama no puede basarse en el vínculo genético ni en la intención. También es indiscutido que ninguno de ellos prestó su consentimiento para la gestación de los niños que no eran hijos biológicos suyos. Este dato a juicio del Tribunal es significativo porque en los supuestos de reproducción asistida la voluntad y el consentimiento son decisivos y, sin embargo, en ese caso no existieron.

Por otra parte, en cuanto a la posesión de estado, no fue el único argumento utilizado en las ya indicadas sentencias 740/2013 y 836/2013, pues en ellas se valoró tanto la posesión de estado, como el interés del menor en preservar esa relación como la existencia de un proyecto reproductivo común. En este supuesto, considera el Tribunal que ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni una invocación genérica del principio de interés del menor justifican que se puedan determinar judicialmente unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal.

Entiende el Tribunal que el vínculo socio afectivo de los niños entre sí y con quien fue pareja de su respectivo padre no es título para el establecimiento de un vínculo legal de filiación y para estos supuestos nuestro ordenamiento jurídico establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir.

Creo que en el futuro las nuevas realidades familiares que surgen de las técnicas de reproducción asistida y la gestación subrogada van a dar lugar a numerosos litigios y que, como suele ocurrir, la legislación en la materia se queda corta ante la realidad social que va siempre por delante



# MEMORIA DE UNA HUELGA, en el Derecho de una familia

Por Ana Gloria González Suárez  
Colegiada 3.872



Cuando os escribo estas líneas estamos comenzando una nueva semana, una más, de la que sin duda es la más grave, prolongada, diría dramática situación que jamás y hasta el momento, creo hayamos vivido la mayor parte de nosotros con nuestra Administración de Justicia. En definitiva, estamos viviendo la que está siendo, y desde el pasado 24 de enero 2023, una sucesión ya muy larga de huelgas funcionariales: primero de LAJs, posteriormente el “conato” de Jueces y Fiscales-, actualmente y desde hace meses, de resto de los funcionarios de la casa. Tenía que pasar, supongo... Pero la realidad es que lo que creíamos superado, tras el resiliente impasse de una pandemia y todas las fuerzas unidas a una, ha vuelto a golpeararnos con mucha fuerza, ante la actual huelga de Administración de Justicia, que alcanza ya los cinco meses de práctica inacción. Ojalá a la salida de este Boletín todo se hubiera queda en un mal sueño; un sueño pesado y tedioso, deseando que, sin duda, todo ello haya servido para defender y alcanzar finalmente y con vocación de continuidad, unos legítimos intereses que han estado y parecen seguir estando en juego.

Así que, tras esta reflexión propia, paso a plantearos un caso que me está ocupando desde hace meses, tanto como dura esta huelga en Justicia, y con ella, sus claras consecuencias para el justiciable. Os diré que es un caso y a la fecha, todavía ni siquiera celebrado, ni por ende sentenciado. Y sobre éste caso, además de comentaros lo ya hecho, y lo que a duras penas se ha ido despachando, quisiera plantearos una serie de reflexiones, las principales y fundamentales las de tipo procesal, ya que sobre las demás, cada cual, yo también, añadirá las suyas propias.

Vaya por delante que se tratará un juzgado cualquiera, de una localidad cualquiera, con unos clientes cualquiera y por supuesto, salvo por quien suscribe, con un-a compañera-o contrario cualquiera. Así que “cualquier parecido con la realidad... es pura ficción”.

Mi tipo de Proceso: Procedimiento de Famil. Guarda y Custodia Alim. Hij Menor No Matrimonial.

Érase una vez una pareja NO casada, con un hijo en común de cinco años, que decide dar por resuelta su convivencia en septiembre 2022. El padre traslada su domicilio a una nueva vivienda de la misma localidad, mientras que el hijo menor se queda bajo la inicial y acordada, guarda y custodia de su madre, ya que el planteamiento inicial de las partes es “arreglarlo amistosamente”.



Tras un par de meses de conversaciones e intentos de alcanzar un mutuo acuerdo en relación con la que deba ser la Guarda y Custodia definitiva del hijo menor vs. su derecho de estancias y/o convivencia con cada uno de sus progenitores, sus alimentos, la contribución a los gastos -ordinarios o extraordinarios-, etc. fue así las partes terminan dando por rotas sus conversaciones a principios del mes de diciembre 2022, emprendiendo al tiempo, caminos profesionales diferentes, es decir, cada parte contacta con nuevo Letrado de su elección, frente a quien inicialmente lo era para ambos.

Desde las mismas fechas, primeros días de diciembre 2022, el padre del menor comienza a tener serias dificultades para estar y tener a su hijo en su compañía, incluso siquiera para comunicarse telefónicamente, siendo así -hágase constar-, que, sin mediar procedimiento de tipo distinto, ni por tampoco norma impeditiva y aplicada en otro sentido, le es vetada por la vía de los hechos, la relación padre hijo.

Fue así que el día 12/12/2022, el padre recibe la Demanda interpuesta por la madre del menor, por tanto, parte actora en el procedimiento, y como sobraré decir, emplazamiento para contestación por término de 20 días (vencimiento que debiera haberlo sido a mediados del mes de enero 2023). Y hete aquí que comienza “el baile” ... ya que con fecha 22 de diciembre, y como veis a las puertas de la Navidad, apenas diez días tras la previa notificación, es sorpresivamente notificado el DESISTIMIENTO del proceso por parte de la actora -os lo resalto dada la significancia procesal que a mi modo de ver tiene esta primera cuestión cuya reflexión os planteo-, también una nueva renuncia Letrada, “dándose traslado por 10 días para que el demandado, padre del menor, preste su conformidad u oposición tal y como dispone el ART. 20.3 LEC”, y comenzado a correr dicho plazo, ya inicialmente interrumpido a consecuencia de la “vacación procesal” de las pasadas Navidades, el día 9/01/23.

La primera reflexión procesal que os planteo, por la vía de varias preguntas, sería la siguiente: 1º.- ¿Consideráis interrumpido el plazo para contestación a demanda, dado el desistimiento del proceso por parte de la actora?. 2º.- ¿Consideráis que el desistimiento de la actora en un proceso de Medidas paterno filiales es materia disponible o indisponible?. Por ello ¿Puede apartarse la actora del proceso iniciado por ella misma y en la materia que tratamos, es decir, un proceso de Medidas con hijo menor?. Y finalmente... 3º.- ¿Al margen de la posible oposición al desistimiento del demandado..., hubiera podido éste, o hubiere debido, iniciar a espaldas de lo anterior, su propia Demanda como actor en solicitud de Medidas previas o provisionales?.

Os dejo un momento de reflexión sobre lo planteado, si bien y vaya por delante, deciros que, desde inicios de diciembre 2022 hasta el vencimiento del plazo para la emplazada oposición, mediados del mes de enero 2023, padre e hijo siguieron privados de cualquier contacto, dada la unilateral negativa materna a que ello se produjera.

Os doy mis enfoques procesales sobre lo ya hecho y con sus fechas, y finalmente lo resuelto judicialmente:

1º.-. Sí planteé Oposición al desistimiento, alegando sin género de duda y con base en los ARTS. 748 a 751 LEC, tratarse de materia indisponible para la actora, al haber un menor en el proceso y venir afectados sus derechos e intereses, requiriéndose además e indiscutiblemente, así solicitada, la inmediata intervención del Ministerio Fiscal. Por tanto, el procedimiento o concretamente su demanda, debería continuar tal cual lo hubiera formulado la demandante.

2º.- Solicité igualmente y en mismo escrito, la interrupción del plazo para Contestación de demanda, en tanto dicha cuestión sobre el desistimiento no viniera resuelta.

3º.- También en mismo escrito, por medio de Otrosí, entendida la flexibilidad que para determinadas cuestiones debe tener el Derecho de Familia, y dada la urgente situación que sí necesitaba ser resuelta y cual era la negación de cualquier derecho de estancias y comunicaciones entre padre e hijo, se solicitaron por mi parte la adopción de Medidas Cautelares del ART. 773.4 LEC.

Todo lo anterior ya con fecha 23 de enero 2023.



¿Y por qué os comento las fechas?: porque como imagino no se os escapará, tres días más tarde comenzó la primera de nuestras huelgas de Justicia, la de los LAJs, e independientemente de mi escrito, -así como de otros posteriores ante la falta de respuesta judicial-; independientemente de mis pedimentos y medidas cautelares urgentes, de la citada “flexibilidad” que debiera predicarse de este tipo de procedimientos de cara a dar respuesta urgente a cuanto se plantea; de la necesaria intervención del Ministerio Fiscal para velar por el interés del menor; de la materia sensible y urgente tratada, o de la situación que se mantenía en cuanto a negación sin justificación legal, de los derechos de un padre y de un hijo a estar juntos, es lo cierto que el derecho de huelga judicial de facto, resultó prevalente frente a cualquier actuación o servicio mínimo, frente a los derechos del menor, frente a cualquier tiempo procesalmente obligado de cumplimiento, y por supuesto frente a los derechos fundamentales del justiciable a una tutela judicial efectiva.

Importante destacaros que el Ministerio Fiscal, parte indiscutible en el proceso, y a quien se le emplazó para pronunciarse sobre el desistimiento de la actora, presentó escrito “no siendo necesaria su conformidad por analogía a lo dispuesto en el art. 751.4 LEC”. Tampoco y hasta la fecha de este Boletín, el ministerio público ha tenido intervención o pronunciamiento en ninguna otra cuestión relativa a las medias solicitadas y/o al menor, a la espera de Vista.

Con fecha 13/03/2023, dos meses más tarde, se dio finalmente respuesta judicial al desistimiento y a su Oposición, y por medio de Auto se dispone “desestimando la petición de desistimiento de la actora y manteniéndose las actuaciones por el trámite procesal que le corresponden”.

Además, de fecha 15/03/2023 por medio de Providencia aparte, se resuelve en relación con la petición del demandado en relación con las Medidas Cautelares/Provisionalísimas solicitadas: “no se admite en este momento procesal oportuno la pretensión deducida (...)sin perjuicio de lo dispuesto en el ART. 770.2 LEC”, -artículo cual os adelanto, trata sobre la Reconvención ¿? y su proposición a contestación a demanda-. También y en misma Providencia, se emplaza al demandado para contestación a Demanda; contestación que lógicamente fue presentada en el término señalado, ADEMÁS de, por medio de Otrosí, junto con solicitud de MEDIDAS PROVISIONALES/coetáneas del 773 LEC. Medidas que a la fecha tampoco han sido celebradas, ni por tanto establecidas en favor de las partes ni del hijo común, en ningún sentido.

Y por si os preguntáis si recurrí en Reposición esta previa denegación de las Medidas Cautelares o provisionalísimas, avocándonos a esa reconvención del 770.2 LEC os diré que sí, si bien y hasta el actual mes de junio, sin resultado alguno vía recurso.

Así que, concluida la huelga de LAJs, e intentada la de Jueces y Fiscales, bien conocéis que comenzó la del resto de funcionarios del juzgado en el mes de marzo, en la que seguimos. Por lo que cualquier demanda legítima, cualquier interés fundamental necesitado de pronta resolución, cualquier interés superior del menor, cualquier situación adoptada injustamente por la vía de los hechos, cualquier recurso y plazo procesal que al abogado y abogada vincula indiscutiblemente hasta el punto de cercenarle su trámite y pretensión ... pierde sin embargo todo sentido cuando la Justicia deja de ser tal, cuando atiende a intereses, tiempos y circunstancias distintas del justiciable, engullendo drásticamente tanto a los de éste, como igualmente a los tiempos y plazos impuestos en el proceso a los que viene vinculada.

Tras presentar Contestación a demanda a principios del mes de abril, junto con petición de Medidas Coetáneas, y tras presentarse por esta misma parte y a mayores, durante estos pasados meses, dos escritos de Alegaciones, donde se hacía saber al juzgado su patente malestar ante lo que se entendía era una clara vulneración de sus derechos fundamentales a un proceso, a su tutela judicial efectiva, y por supuesto, - señalaría como lo fundamental por ser su hilo conductor-, a ser preservado y defendido el interés superior de un menor, con atención procesal prevalente y resolución prioritaria, ha sido así que a los efectos prácticos, un proceso que comenzó en el mes de diciembre 2022, va a tener su primera Vista sobre Medias Coetáneas instadas por esta parte, a mediados del mes de Julio.

Y como os decía al comienzo y sobre mis reflexiones procesales, algunas veces me he preguntado, atendiendo al resultado actual en cuanto a la falta de impulso judicial, vs. clamorosa demora procesal; o a lo “inadecuadamente” resuelto, como así lo entiendo - por supuesto, dicho con los debidos respetos-, a todo cuanto por parte del demandado fue planteado desde el inicio: ¿si hubiera tenido más sentido “obviar” la norma, saltarse lo procesalmente procedente, asentir al desistimiento de la actora -en similar “analogía” del ministerio público-, y paralelamente ya en el mes de enero pasado, presentar demanda de Medidas Provisionalísimas y/o Coetáneas que por turno hubieren, quizá, “caído” en otro juzgado?. ¿O quizá instar un procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 158 CC?

A salvo de mejor criterio de cuantos leéis este Boletín, deciros que, todas estas cavilaciones procesales, me temo no nos llevarían a ningún punto diferente en el actual momento de freno en la Justicia, y frente a lo que nada parecer servir.



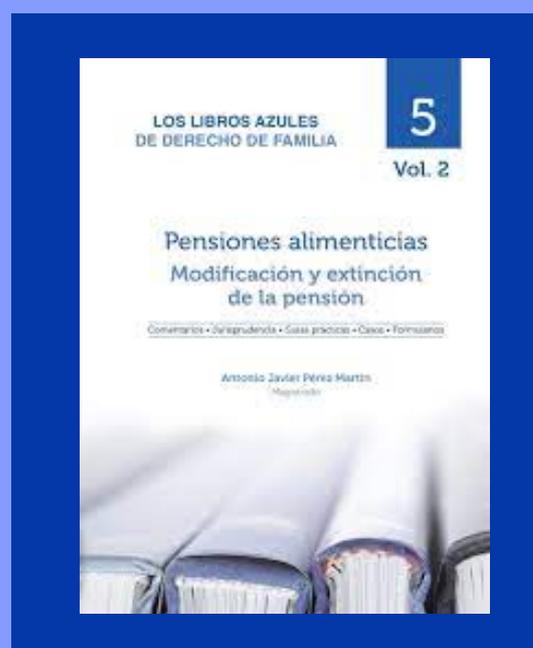
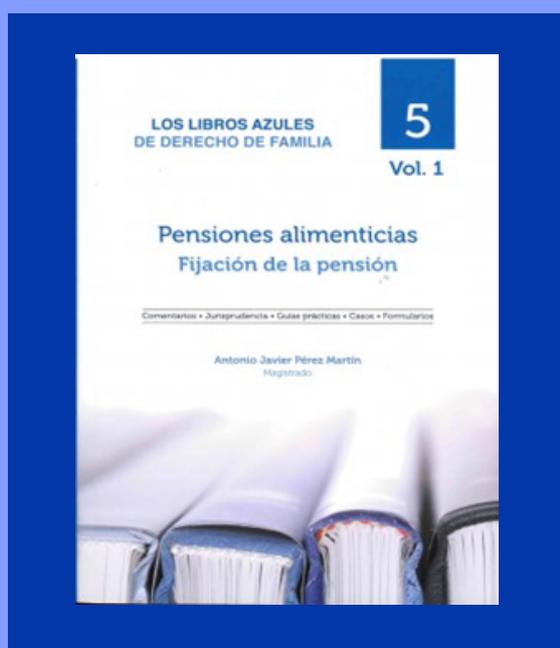
CON SUERTE, con mucha suerte, este cliente, y el de cualquiera de vosotros, pero que casualmente es en este asunto el mío, contará con unas medidas establecidas judicialmente más de siete meses más tardes de ser instadas, tiempo durante el cual ha podido estar con su hijo en apenas cinco ocasiones -suerte la suya-. Así que reiterando lo ya dicho un poquito más arriba, cuando es la propia Justicia de “puertas para adentro” quien marca los tiempos, los trámites, los plazos procesales contra norma ..., resulta así que el derecho del justiciable decae estrepitosamente y es engullido por aquélla, no habiendo procedimiento, demanda, petición de medidas, Otrosí, escrito de Alegaciones, Recurso etc., que surta efecto alguno frente a la inacción judicial.

## Y ésto...también pasará

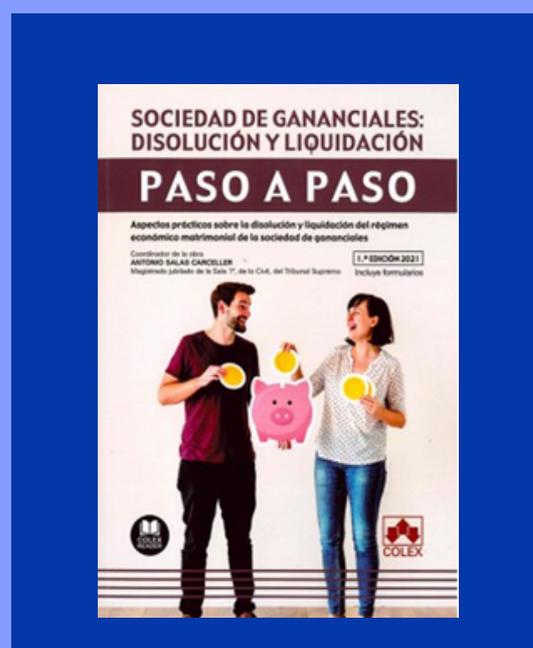
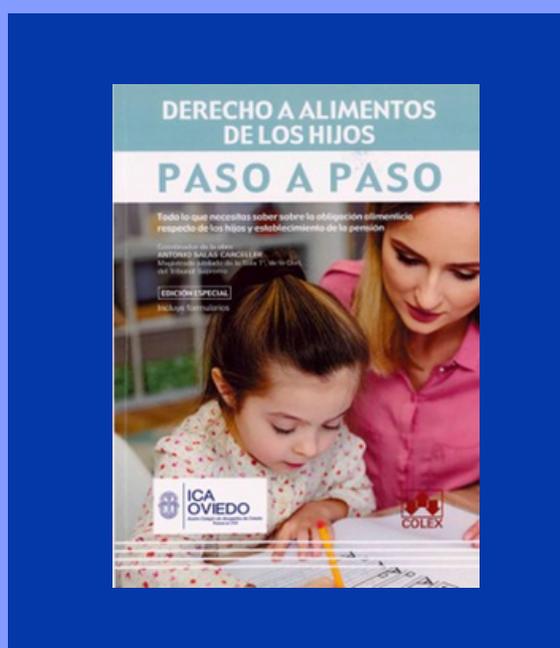


# NOVEDADES ADQUIRIDAS ESTE TRIMESTRE POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO

Como siempre aprovechamos para recordaros que podéis hacer sugerencias en la biblioteca sobre libros que podrían interesar.



# NOVEDADES ADQUIRIDAS ESTE TRIMESTRE POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO



# ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

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

**DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR:** Familia: relaciones padres e hijos: negativa durante cinco meses de la policía a revelar al padre información sobre el domicilio de su hijo, teniendo la custodia compartida: imposibilidad de mantener contacto con su hijo: incumplimiento de la exigencia de garantizar el mutuo disfrute entre padres e hijos: violación existente.

TEDH (Sección 5ª) Caso Bogdanov contra Ucrania. Sentencia de 4 mayo 2023

**MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: COMPARTIDA: ESTIMACIÓN:** se atribuye al menor y al progenitor en cuya compañía queda hasta la mayoría de edad del menor: el padre no presenta un plan de custodia estructurado, como argumenta la parte apelada, pero también lo es que tampoco lo presenta la madre, no debiendo presuponer que lo tiene.

AP de Guadalajara (Sección 1ª) Sentencia num. 95/2023 de 14 marzo

**MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO: ALIMENTOS A HIJOS: REDUCCION DE LA CUANTIA: DESESTIMACION:** inexistencia de alteración sustancial de las circunstancias: la capacidad económica real del actor es distinta a la capacidad declarada.

AP de Ávila (Sección 1ª) Sentencia num. 98/2023 de 22 marzo

**MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO: ALIMENTOS A HIJOS: EXTINCION:** por falta de relación con el progenitor alimentante: desestimación: la falta de relación no es imputable a los hijos, ni con la caracterización de principal, relevante e intensa.

AP de León (Sección 2ª) Sentencia num. 93/2023 de 16 marzo

ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO DE MENORES: ASENTIMIENTO A LA ADOPCIÓN: DE LOS PADRES DEL ADOPTANDO: DESESTIMACIÓN: en la actualidad persiste la incapacidad de los recurrentes, determinante de la declaración de desamparo del menor, para tener consigo a su hijo, hallándose aquellos incurso en causa de suspensión de la patria potestad al resultar probada su desatención al menor. AP de Ávila (Sección 1ª) Sentencia num. 92/2023 de 15 marzo

MATRIMONIO: DIVORCIO: CUSTODIA A FAVOR DEL PADRE: VACACIONES: Menor próxima a los 16 años residente en Alemania: óptimas condiciones de vida actuales a nivel familiar, escolar y social, plenamente integrada en Alemania: flexibilidad en el régimen de visitas: vacaciones de Semana Santa y Pascua las disfrutará la progenitora con su hija en España, salvo que la menor quiera permanecer en Alemania en ese periodo vacacional. AP de Valencia (Sección 10ª) Sentencia num. 176/2023 de 13 marzo

MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: PENSIÓN COMPENSATORIA: SUSPENSIÓN: DESESTIMACIÓN: irretroactividad de los efectos de la extinción de la pensión compensatoria que deberían ser desde la fecha de la resolución y por el error al apreciar la modificación de circunstancias a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria al no darse los requisitos. AP de Madrid (Sección 22ª) Sentencia num. 264/2023 de 17 marzo

MATRIMONIO: EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: A FAVOR DE LA MADRE: LIMITACIÓN TEMPORAL: ESTIMACIÓN: teniendo en cuenta que la residencia familiar es propiedad por mitad indivisa de ambos, ostentando el interés más necesitado de protección la madre procede atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar por espacio de dos años. JPI de Barcelona Sentencia num. 216/2023 de 31 mayo