

# EN FAMILIA

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



# INDICE

Boletín Comisión de Familia

Página 1	ÍNDICE
Página 2	CUANDO LOS INTERESADOS TIENEN QUE ORGANIZAR SU PROPIO RÉGIMEN DE VISITAS
Página 7	PENSION DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD
Página 10	CUESTIONES DE GRAN TRASCENDENCIA POR EL FALLECIMIENTO DEL PROGENITOR/A CON EL QUE CONVIVIAN LOS HIJOS/AS
Página 13	LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL ANTE EL IMPAGO DE PENSIONES
Página 17	¿ESCUCHA A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EQUIPOS PSICOSOCIALES, COORDINADORES DE PARENTALIDAD Y PERSPECTIVA DE INFANCIA?
Página 22	PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ACOGIMIENTO Y ADOPCION
Página 27	NOVEDADES ADQUIRIDAS POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO
Página 28	ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

# CUANDO LOS INTERESADOS TIENEN QUE ORGANIZAR SU PROPIO RÉGIMEN DE VISITAS

Gema García Rivero. Colegiada 3669 ICAO

El propósito de este artículo es analizar el alcance del derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores cuando, dichos menores, se niegan a ejercer tal derecho de forma voluntaria y tienen más de 12 años.

Ante una crisis de pareja judicializada y por debajo de esa edad parece claro que, salvo casos de violencia o abandono por parte de un progenitor hacia el otro o hacia los propios hijos, el Juzgado siempre fijará en mayor o menor medida unas pautas a fin de mantener el contacto y la relación de los menores con ambos progenitores porque, el interés superior del menor, así lo aconseja.



La cuestión comienza a complicarse cuando los hijos tienen más de 12 años y, si además tienen hermanos mayores de edad a quienes no se les puede ni debe imponer obligación de contacto o relación alguna con sus progenitores, ello supone todo un desafío porque, en estos casos, resulta prácticamente irrelevante que los progenitores mantengan o no algún tipo de relación entre ellos, su comunicación sea más o menos fluida o, incluso, inexistente porque, de algún modo, tendemos a creer que podemos dejarnos llevar por la inercia de lo difícil que resulta, cuando no prácticamente imposible, decirle a un menor que tiene que irse con el otro progenitor sí o sí cuando ese menor se niega a ello.



Si el interés del menor lo consideramos exclusivamente como un derecho del mismo a decidir, elegir, opinar o imponer su criterio para resolver si quiere mantener o no relación con ambos progenitores, estaremos considerando de forma parcial el ejercicio de ese derecho y, además, dejaremos en sus exclusivas manos la responsabilidad de decidir qué es lo que les conviene cuando, claramente, esa carga u obligación ni les corresponde ni sería justo para ellos porque no están todavía formados y preparados para asumir tal exigencia, carecen de la madurez y equilibrio emocional suficientes para asumir ese rol y las consecuencias a medio y largo plazo de tal decisión y, finalmente, porque los adultos no pueden ni deben abdicar jamás de su responsabilidad frente a los más necesitados de protección, es decir, de los menores. Resultaría cuando menos paradójico e inquietante que, todo un ordenamiento jurídico establecido al efecto para dar respuesta, protección y soluciones a las situaciones y problemas de los menores en las crisis familiares, cesara en su cometido para trasladar su competencia y dejar el peso de la resolución del conflicto exclusivamente en los hombros de aquellos a quienes, precisamente, tiene que proteger.

Un claro ejemplo de la obligación de velar por ese interés lo representa la SAP de Álava, Secc. 1ª, Sentencia nº 1107/2023 de 20 de septiembre, Recurso 692/2023 cuando, si bien en la instancia se acordó no establecer ningún régimen de visitas entre el padre y su hijo menor (16 años), la Audiencia deja sin efecto tal pronunciamiento y declara el derecho del progenitor (que no del menor) a estar con su hijo y, dado que la relación entre ambos era prácticamente inexistente pero no aprecia en el padre motivo grave alguno que justifique la supresión, se acuerda que sean ellos mismos quienes organicen sus visitas y encuentros dentro del período vacacional que fue establecido (mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano); así mismo, atribuye el derecho del padre (que no del menor) a estar con su hijo fines de semana alternos desde la tarde del viernes hasta la tarde del domingo.



La Sentencia de Instancia entendía que, para reconstruir el vínculo paterno-filial de una manera positiva y sana que permitiese establecer un régimen de visitas normalizado, era precisa la intervención de profesionales que determinasen la terapia más adecuada a la problemática existente, derivando a la unidad familiar a los servicios sociales del Ayuntamiento y, una vez que el programa evolucionase positivamente, los contactos entre padre e hijo, serían los que ellos libremente acordasen en atención a la edad del menor.

Sin embargo, la Sala considera que supeditar la fijación de un régimen de visitas con el progenitor paterno a las resultas de un programa ejercido por profesionales del Ayuntamiento, “puede llevar a la indeseable consecuencia de que el menor alcance la mayoría de edad sin haber tenido contacto alguno con su padre durante años” sin que “la fijación de un régimen de visitas de mínimos sea incompatible con la decisión del Juzgado de que padre e hijo acudan a una terapia con profesionales” y, atendiendo a la edad “avanzada” del menor, deberán ser él y su padre quienes organicen los períodos vacacionales para dar cumplimiento a su Sentencia.

Que la voluntad del menor es vinculante para el juzgador es negado en la Jurisprudencia tal y como señala la STS 705/2021 de 19 de octubre, enfatizando en que no se puede atribuir a un menor la responsabilidad de una decisión judicial que le afecte aunque SÍ “es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores”.

En definitiva, la opinión, deseos y preferencias de los menores serán tenidas en cuenta pero, su voluntad, no será por sí misma determinante porque, el interés del menor, aconseja mantener, reconstruir o reconducir la relación de los progenitores con sus hijos de una forma positiva y sana, evitando la falta de contacto con los mismos y, en modo alguno, se puede pretender que recaiga sobre los menores sean o no adolescentes, la responsabilidad y el deber de dejar de relacionarse con cualquiera de sus progenitores o, incluso, con ambos.

Siendo ésta la lógica que ha de presidir tanto nuestras peticiones ante el Juzgado como las resoluciones judiciales que se dicten a tal efecto, no puedo concluir este artículo sin hacer mención expresa a una serie de inquietudes que me suscita la adopción del régimen de visitas ordinario cuando lo tengamos que conjugar con las denominadas “familias reconstituidas” que figuran reconocidas y recogidas en la Proposición de Ley de Familias publicada el 01 de marzo de 2024 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales

La citada Proposición de Ley dedica el art. 56 al reconocimiento legal, social y económico de las familias reconstituidas, a las que protege de manera específica y se reconocen una serie de derechos a quienes, no siendo el progenitor, ejercen un rol parental con los menores con quienes convivan “considerando siempre el interés superior de las personas menores de edad”, de modo y manera que se regulará de forma explícita el alcance de las “relaciones” de los menores de edad con las “figuras parentales” que no tengan atribuida la patria potestad sobre ellos, así como los derechos y obligaciones derivados de las mismas incluyendo el derecho de los menores a “relacionarse” con familiares de ambas personas progenitoras y, en caso de ruptura de la convivencia, se reconocerá el derecho de los menores y adolescentes a seguir manteniendo relaciones con la pareja y/o los hijos/as de la pareja de su progenitor; si fallece el progenitor con el que convive, “se podrá” atribuir la guarda y custodia a la pareja de su progenitor y no hacerlo de forma automática al otro progenitor, especialmente cuando haya habido una convivencia familiar prolongada entre ellos, existan hermanos o hermanas nacidos de la relación entre el progenitor y su pareja, la falta de implicación y de relación con el otro progenitor con quien no haya convivido durante ese tiempo y cuando exista una condena por violencia de género del progenitor superviviente.



El citado precepto, de aprobarse la Proposición de Ley, implica no solo reconocer ciertos derechos a las parejas de los progenitores que, salvo en supuestos de absoluta falta de relación y contacto de los menores y adolescentes con ambos progenitores, supondrá no solo importantes quebraderos de cabeza a la hora de dirimir qué régimen de visitas prevalece entre el progenitor no conviviente y las parejas de los progenitores cuando se produzca la ruptura, sino también fricciones cuando se atribuya la guarda y custodia a la pareja del progenitor y, el otro progenitor, tenga que accionar judicialmente para hacer efectivo un derecho/deber que tiene atribuido desde el mismo momento del nacimiento de sus hijos.

No resulta muy difícil pensar que, si las relaciones personales entre progenitor y pareja del otro progenitor, no siempre son fáciles ni cordiales, esta regulación agudizará aún más el conflicto sin olvidar que, sin ambages, los menores y adolescentes se verán injustamente involucrados en una pelea que no han iniciado, si quieren seguir manteniendo relaciones con la pareja y/o los hijos de la pareja de su progenitor.

Sea éste o no el texto definitivo de la norma, es indudable el trabajo y el esfuerzo que tendremos que realizar todos los operadores jurídicos para solventar toda la casuística y problemática que se presente en aplicación de la misma pues, el sentido común sobre todo en temas de Familia, se presenta como el menos común de los sentidos en la mayoría de las ocasiones.



# PENSION DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

María Villanueva Ordoñez  
Colegiada 2922

Por sentencia de la fecha 20 de julio de 2023, de la que es ponente la a Magistrada M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán, el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar sobre un asunto que se repiten en nuestros despachos y que es la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad.

La sentencia se refiere a un procedimiento en el que el Juzgado de Primera Instancia declaró extinguida la pensión de alimentos del hijo mayor de edad desde la fecha de su sentencia. El padre interpone recurso de apelación y la Audiencia declara extinguida la pensión desde la fecha en que el hijo comenzó a recibir ingresos.







El Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de que "...cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación".

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 1072/2023, de 3 de julio
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 412/2022, de 23 de mayo
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 6/2022, de 3 de enero
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 86/2020, de 6 de febrero
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 223/2019, de 10 de abril
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 147/2019, de 12 de marzo
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 483/2017, de 20 de julio
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, 573/2016, de 29 de septiembre
- TS, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, 202/2015, de 24 de abril
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 680/2014, de 18 de noviembre.

En esta sentencia el Tribunal Supremo fundamenta esta doctrina en los artículos 106 del Código Civil y 744.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"esta doctrina se asienta en que, de una parte, el art. 106 CC, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo"; de otra, el art. 774.5 LEC, bajo el titulillo de "medidas definitivas", en sede de los procesos matrimoniales y de menores, dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta". De ahí que la jurisprudencia entienda que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte."



En el supuesto enjuiciado el hijo mayor había compatibilizado los estudios con algunos trabajos con los que había ayudado a sostener a la familia ya que la madre no trabajaba. Entiende por ello la sentencia que no se puede hablar de abuso de derecho. Si declara la extinción de la pensión de alimentos cuando los ingresos aumentan pero no establece la retroactividad al momento en el que los mismos comenzaron como pretendía el padre.

# CUESTIONES DE GRAN TRANSCENDENCIA POR EL FALLECIMIENTO DEL PROGENITOR/A CON EL QUE CONVIVIAN LOS HIJOS/AS

Juana María Gómez Martín  
(Col. 4.512 ICAO)

La cuestión fáctica es la fijación de la pensión de alimentos a favor de los menores en una Sentencia de divorcio, separación o de guarda y custodia. ¿Qué ocurre cuando se produce el deceso del progenitor/a que tiene otorgada la guarda y custodia y los menores convivían con el/ella?

Si los hijos son menores de edad cuando se produce el fallecimiento, la pensión se extinguirá cuando quedan bajo la custodia del progenitor que estaba obligado al pago de la pensión. Si el menor/es queda bajo el cuidado de algún pariente, la pensión no se extingue, aunque si hay incumplimiento en el pago de la pensión de alimentos nos vamos a encontrar con problema a la hora de ejecutar la sentencia por falta de legitimación.

Si los hijos son mayores de edad, se extingue la pensión de alimentos, al faltar uno de los requisitos del art. 93 del Código Civil que es la convivencia con el progenitor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, 5 de septiembre de 2017, concluye que el fallecimiento del progenitor con el convivían los hijos mayores de edad era causa automática de extinción de la pensión alimenticia, estos son los razonamientos jurídicos.



“El tema es que se trata de cuestiones a dilucidar entre los que fueron matrimonio, hasta el punto de que son ellos los únicos legitimados activa o pasivamente en este tipo de procedimientos, incluso para alimentos de los hijos, pese a que hayan alcanzado la mayoría de edad, así ya la clásica Sentencia del Tribunal Supremo 411/2000 de 24 de abril, que estableció doctrina sobre este particular.

...Con esto queremos decir que en cuanto a la pensión de alimentos la exigibilidad de la misma en este procedimiento queda circunscrita desde el punto de vista activo al progenitor con el que convivan los hijos menores o dependientes de la familia, lo que conduce que si este fallece, en tanto titular de la relación jurídica, desaparece esta convivencia y esa obligación ya no es exigible, extinguiéndose lo que viene a colación de la cualidad de la parte procesal legítima a que se refiere el art. 10 de la LEC que atribuye tal carácter a quienes “comparezcan o actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. En este caso la demanda se ha dirigido contra los hijos en tanto beneficiarios últimos de las medidas cuya modificación se pretende, pero y esto es lo que aquí interesa, sin que del mismo modo que no tengan legitimación para instar su efectividad en causa matrimonial, no la tienen desde el punto de vista pasivo cuando se trata de modificarla. Hasta el punto de que se ha de entender que cuando falta esa situación de convivencia de hijos con progenitor perceptor de la pensión de alimentos a cargo del otro, esta se extingue sin perjuicio del derecho del hijo ya no conviviente, pueda solicitar a sus progenitores, a ambos si viven, la pensión de alimentos que entienda le corresponda.

...Evidentemente, fallecida la madre, ya no hay convivencia y no concurre el presupuesto para la existencia de esa pensión, que ha de estimarse extinguida cuando ella falleció. Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión de que fallecido uno de los progenitores el proceso matrimonial y sus derivados no tiene continuidad -fuera de los casos de los casos de sucesión procesal, que no es el caso- sin que se puede instar procedimiento posterior en base a lo que allí se acordara, ni para modificar lo acordado, no tratándose ni de reclamación de efectos económicos producidos con anterioridad de las medidas acordadas y no atendidos por el obligado en vida del progenitor destinatario de los mismos, y que los herederos del fallecido pueden reclamárselos.”





En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de la AP de Granada 355/2017 de 13 de octubre de 2017, 70/2017 de 24 de febrero de 2017 y 54/2017 de 10 de febrero de 2017:

“Siendo los cónyuges, en tanto que personas físicas, los únicos legitimados para ser parte en el procedimiento de modificación de medidas, dada la naturaleza personalísima de los bienes jurídicos concernidos y de conformidad con el art. 6.1 de la LEC, la extinción de la personalidad por el fallecimiento de cualquiera de ellos, por efectos del art. 32 del CC, dará lugar a la desaparición sobrevenida del objeto procesal, en aplicación del art. 22.1 de la LEC, al quedar sin efecto las medidas personales y patrimoniales que regulaban las consecuencias de la separación o divorcio”.

La problemática se presenta cuando el progenitor deja de abonar la pensión de alimentos a los hijos, o paga intermitentemente o sin actualizar la pensión como se estipulaba en Sentencia, causando un perjuicio al hijo que deja de percibir las prestaciones alimenticias y que además queda en una situación de total desamparo. Para evitar la picaresca de muchos progenitores malos pagadores entiendo que se debe actuar con rapidez y presentar demanda de alimentos, y si dejó de pagar nada más fallecer la progenitora en el Suplico de la demanda solicitaría el pago de la pensión de alimentos con carácter retroactivo desde el fallecimiento de la progenitora.

Esta es una cuestión compleja, porque no solamente estamos hablando de lo que ocurre con la pensión de alimentos, ¿qué pasa con los gastos extraordinarios?, ¿Qué pasa con los gastos de estudios de la universidad?, por ese motivo si nos encontramos con un caso así hay que actuar con rapidez para poder evitar un perjuicio mayor a nuestro cliente.

# LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL ANTE EL IMPAGO DE PENSIONES

MARTA TAMARGO, COLEGIADA N°3631

Voy a hacer referencia en este artículo a la STS 437/2022, de 4 de mayo de 2022 con un breve resumen de las tesis expuestas por su ponente, el magistrado D. Vicente Magro Servet y su aplicación en los supuestos de impago de pensiones.

El supuesto contemplado en la sentencia mencionada no se refiere a un delito de impago de pensiones, sino a otro tipo de delitos, pero es posible su aplicación al supuesto en el que se encuentra una persona a la cual se le adeudan mensualidades de la pensión de alimentos de sus hijos, que podrán ser reclamadas por vía civil en ejecución de sentencia o bien en vía penal, si procede, por ser los hechos constitutivos de un delito del artículo 227 C.P.



Pues bien, lo novedoso de esta sentencia es que abre la posibilidad, no solo de reclamar en tales casos la cantidad adeudada, sino de añadir a ello una reclamación por daño moral en concepto de responsabilidad civil (las cantidades adeudadas cuando se reclaman en vía penal no lo son en concepto de responsabilidad civil porque no nacen del delito, sino que la obligación de abonarlas es anterior a la comisión de dicho delito).

La indemnización por daño moral viene a paliar el dolor sufrido, con el fin de proceder a la reparación íntegra del daño causado, que no sólo se repara con el abono de la cantidad adeudada sino con la concesión de una cantidad a imponer al deudor por el dolor sufrido por el incumplimiento.

Este dolor por el incumplimiento tal vez no exista siempre, pero cuando se da, como ocurre en el delito de impago de pensiones, la intranquilidad, zozobra, miedo por no poder cubrir las necesidades de sus hijos respecto a los alimentos, vestido, educación, supone sin duda un dolor indemnizable al margen y como complemento del pago de las pensiones que se han dejado de pagar por el obligado.

Este daño moral debe ser motivado, así como la indemnización que procede. En cuanto a la determinación del quantum, disponemos del baremo aplicable a los accidentes de circulación que para estos casos no es obligatorio pero puede utilizarse de modo orientativo pero en todo caso el daño moral debe acreditarse mínimamente por la parte que lo reclama y motivarse por el juez en la sentencia.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el daño moral a indemnizar puede ser tanto psicológico como psíquico y puede reclamarse por los dos de modo separado. El daño psicológico puede llegar a ser psíquico si se produce un sufrimiento mayor que afecte a la psique de los afectados. Para acreditar el primero bastaría una pericial psicológica y para el segundo sería necesaria una pericial médica. Por tanto, si ambos daños son diferenciables y se pueden probar por separado, cabe indemnizar por ambos conceptos.

El hecho de que el acreedor/a de la pensión no la reciba pero reciba ayuda de terceras personas para cubrir las necesidades de sus hijos no evita ese daño moral, pues puede existir el temor de que esas personas le nieguen su ayuda o no puedan finalmente ayudarle.



D. Vicente Magro Servet habla de tres teorías a la hora de valorar el daño moral:

1. La teoría del daño irreversible: son aquellos supuestos en los que el regreso al antes es imposible. Esto ocurre, por ejemplo, en aquellos casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que el regreso de la víctima a la situación que tenía con anterioridad a ser víctima, resulta imposible. Por ello, el daño moral debe ser indemnizable, porque la situación es irreversible. El daño irreversible supone que la persona perjudicada “ya no volverá a ser como antes.”
2. La teoría del antes y el después: a fin de establecer la cuantía concreta que pueda reparar el daño producido; se trata de concretar la situación existente antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se produce después de la comisión del ilícito. En muchos casos no se podrá regresar a la situación anterior al hecho causante del daño y lo que procede es fijar con la mayor exactitud posible el perjuicio cuantificado que ha de ser resarcido para que, si no es posible regresar a la misma situación anterior, se pueda aproximar lo máximo posible. Las partes deberán disponer todos los datos que dispongan para ello.
3. La teoría de la declaración de impacto de la víctima: esta es la técnica anglosajona del victim impact statements, que se refiere a la utilización, como criterio para fijar el daño moral, de las preguntas durante el interrogatorio de la víctima acerca, no solo de los hechos acaecidos, sino de cómo se sintió en el momento de ser víctima y después de dicho momento.

De este modo, con un interrogatorio adecuado podremos obtener los elementos suficientes para poder evaluar el quantum correspondiente al daño moral de la víctima.





Hemos de tener en cuenta, como indica el magistrado Magro Servet, que estas tesis no solo son aplicables a procesos penales son también aplicables al daño moral provocado por el impago de pensiones de alimentos y compensatorias.

La única cuestión que impediría reclamar por tal daño moral es que la madre sí hubiera podido atender sus necesidades más elementales, por su particular situación económica, por lo que en tal caso el daño moral ante el impago no existiría.

En consecuencia, no nos limitemos a reclamar la cantidad adeudada en el caso de impago de pensiones, sino que valoremos en cada caso concreto la posibilidad de que exista un daño moral indemnizable y reunamos los datos necesarios para poder establecer un quantum que venga al menos a paliar ese sentimiento de zozobra, intranquilidad, temor, al que se enfrentan muchas mujeres (también hombres, aunque son minoría) cuando no reciben la pensión mensual a cuyo pago está obligado el deudor.



# ¿ESCUCHA A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EQUIPOS PSICOSOCIALES, COORDINADORES DE PARENTALIDAD Y PERSPECTIVA DE INFANCIA?

En compañía de Dña. Isabel Giménez García, Jueza del Juzgado nº 23 de Barcelona.

**Ana Gloria González Suárez Colegiada 3.872**



En esta ocasión y teniendo como invitada de excepción a Dña. Isabel, Jueza especialista en Familia que, contando con amplísima experiencia en temas de Mujer, Infancia y Adolescencia, nos desarrolló desde distintos ángulos, varios temas que, con indudables implicaciones dentro del proceso, afectan a los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

El primer dato y sin duda desgarrador con el que nuestra ponente comenzó su charla tuvo que ver con los datos reportados en el último Informe del Defensor del Pueblo del pasado año 2023. De acuerdo a este Informe, el abuso sexual infantil, los malos tratos a la infancia, y siendo el mayoritario el que se produce en el seno de la familia, es uno de los problemas más graves de la España de hoy. Problema ignorado, de forma recurrente por todos; tanto por los propios Poderes Públicos del Estado y en toda su extensión, como por los profesionales de todos los ámbitos, así como por la sociedad en general.

En este sentido, no sólo es absolutamente necesaria la sensibilización y la visibilización del problema en toda su amplitud (película recomendada: No tengas Miedo, así como el tráiler de ASPASI, disponibles ambos en YouTube), sino que además de escuchar a nuestros menores, debemos, **CREERLES**, **no poner en duda su relato**, y abordar el problema con la específica **PERSPECTIVA DE INFANCIA**. Y además de todo lo anterior, y en lo que a nosotros nos concierne, como operadores jurídicos que somos, así insistió nuestra ponente, fomentar **la formación y la especialización en el ámbito de la Infancia y Adolescencia**; por supuesto la formación y especialización en el propio ámbito judicial, con la implantación generalizada de Juzgados especialistas en la materia -Tribunales de Infancia- que la Ley 8/2021 LOPIVI claramente prevé.

Dentro del ámbito judicial, en materia de Violencia sexual y agresiones a niños, niñas y adolescentes, destacó nuestra invitada las dificultades procesales a la hora de abordar, valorar y enjuiciar esta materia; fundamentalmente si, con carácter previo a la vía Civil (donde una familia y cuya relación está rota suele termina habitualmente vg. -proceso de separación, divorcio, Medidas etc.-), pudo haberse tramitado en vía penal una denuncia por maltrato o abuso sexual, sobre un menor o adolescente de ésta familia.

Maltrato o abuso que quizás, por “falta de prueba” concluyente, a criterio del instructor, hubiere finalizado en sobreseimiento. ¿Qué papel juegan nuestros Jueces y Juezas de la jurisdicción Civil, o nuestros especiales de Familia, si la causa viene derivada de un Juzgado de Instrucción? ¿Se entra a conocer, o se obvia esta presunta violencia sobre los menores porque en la Instrucción, ésta no resultó concluyente? ¿Se puede abordar la violencia “detectada” en el menor por el juzgado que conoce la causa civil, aún sin contar éste con los instrumentos propios para tal fin y que sí poseía el Juzgado de Instrucción?. La postura y respuesta de Isabel en este sentido **es muy clara**: han de cumplirse las previsiones recogidas en la Ley 8/2021 para la puesta en marcha en todas las CCAA de **Juzgados especializados en Violencia en Infancia y Adolescencia**, los Tribunales de Infancia ya mencionados, ya que éstos sí contarían no sólo con la perspectiva adecuada para la adecuada protección y prevención de la victimización secundaria, la Perspectiva de Género e Infancia, sino con la formación y especialización requerida; además de con todos los instrumentos jurídicos para poder abordar de forma integral este problema –entre ellos **la prueba preconstituida del ART. 449 ter LOPIVI-**, sin conflicto competencial alguno, y sin necesidad de acudir al remedio de inhibición entre jurisdicciones –ART. 49 bis Ley 1/2004 de 18 de diciembre de Medidas de Protección integral contra la ViGe.

Al hilo de lo anterior, también profundizó nuestra ponente en el Estatuto de la Víctima, en la extensión de las garantías y medios de los que nos dota, e igualmente del papel de Juez de lo civil y de familia a la hora de servirse de los instrumentos procesales que las Leyes establecen. Ejemplo de lo anterior serán los previstos en la LEC **-ART. 721 y Ssg- y en el Código Civil -ART. 158-**, a la hora de poder ser adoptadas por el órgano jurisdiccional, las medidas previas o coetáneas, cautelares o no, provisionales o definitivas, dentro del proceso del que esté conociendo, y en el que se pueda plantear un tema de ViGe contra un menor o adolescente, miembro de la unidad familiar. Pensemos, por ejemplo, que las medidas previstas en el ART. 158 CC, en correlación con el ART. 721 Ssg LEC, pueden ser solicitadas y por tanto adoptadas, **tanto dentro del proceso penal, como en vía civil, así como igualmente en el expediente de jurisdicción voluntaria, o en la fase de Ejecución** -incluso en fase de seguimiento en los Puntos de Encuentro Familiares-, siendo en todos ellos fundamental, que por parte del órgano judicial, se promueva y garantice la **audiencia de la persona del menor de edad.**

Enlazando precisamente con la cuestión de **LA ESCUCHA AL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE**, nos habló nuestra Jueza de la importancia de la escucha activa a los anteriores; de querer conocer su historia, su relato, su vivencia; de creerles; de no promover juicios de valor; de evitar su victimización secundaria vs. “revictimización”; de analizar con detalle la prueba: objetiva, los informes médicos, periciales etc., y de indagar en su cronología; de combatir la alegación o insinuación de SAP -Síndrome de Alienación Parental-, cuya “existencia” o no “existencia”, “alegación o no alegación” “defensa o no defensa” profesional y doctrinal, ha sido y sigue siendo una cuestión de profundo debate.



Ilustrativa la **SENTENCIA N° 445/2023 del Juzgado de primera Instancia (Familia) n° 19 de Barcelona**, Jueza: Isabel Giménez García, 13 de diciembre de 2023. **Modificación medidas supuesto contencioso 639/2022 -B.** Y otra de las cuestiones que da lugar a importante debate jurídico doctrinal y siguiendo la estela anterior, es lo relativo a cuanto envuelve a la escucha del niño niña o adolescente y **a su grado de confidencialidad, el Acta resultante y a su contenido**, a si debe o no debe ser trasladada a las partes o de si puede llegar a considerarse una “prueba reservada” sólo para Juez y Fiscal. En definitiva, todo lo que envuelve al trámite de **Audiencia con el menor**, también conocida como **la exploración al menor**, como **medio de prueba** del que se servirá el Juez que conoce un proceso de familia. Importante en tal sentido la **STC 3442/2018** sobre cuestión de Inconstitucionalidad, conflicto entre el Art. 18.2 4ª Ley 15/2025 de jurisdicción voluntaria, por vulneración del ART. 18.1 CE sobre el Derecho a la intimidad del menor.

También tratamos de los conocidos y utilizados como recursos de apoyo por nuestros juzgados, **EQUIPOS PSICOSOCIALES**, regulados en el ART. 777.5 LEC, así como de los **PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR, o los CENTROS DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA FAMILIA**.

Igualmente abordamos la novedosa y no poco polémica figura del **COORDINADOR DE PARENTALIDAD -COPAR-**, figura creada por primera vez en EEUU en 1990, exportado ahora a España, cuya utilización sigue siendo residual, pero sin embargo “obligatoria”, No regulada normativamente -salvo laxas e indirectas menciones autonómicas-, y prevista como fórmula de “apoyo judicial”, en casos de graves crisis intrafamiliares. Nuestra jueza, como clara conocedora de lo anterior, nos comentó también las cuestiones prácticas más habituales y controvertidas entorno al actual uso judicial de este nuevo recurso. Figura, la del Coordinador de Parentalidad, que viene revestido de una serie de competencias mixtas, algunas más propias de la práctica forense, pudiendo adoptar incluso decisiones vinculantes sobre patria potestad, guarda y custodia, régimen de estancias o visitas etc., propias del juez o jueza del procedimiento; y que mediante la fórmula de las entrevistas “voluntarias” vs **obligatorias** por mandato judicial -al estilo de una sesión de mediación, si bien **sí remunerada**-, tiene acceso, además, a todo tipo de datos de las partes y del proceso, muchos especialmente sensibles conforme a la LPD y Garantías de derechos digitales, comentando Isabel y en ésta concreta cuestión, tener promovida personalmente por su parte una cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE. En relación con su cualificación profesional podrá ser variada: tanto psicólogo-a/mediador-a/trabajador-a social etc.

En definitiva, profesionales todos ellos ajenos en sentido estricto al juzgado, al proceso hasta ése momento, pero con un “importante” poder de decisión y de intervención en el anterior, sin posibilidad de recusación ni oposición a su nombramiento. Sobre lo anterior, la primera resolución que emplea el término en España fue en Cataluña, concretamente la dictada por el **A. Provincial de Barcelona, de 28/03/2013, confirmada por el TSJ de Cataluña en recurso de casación y extraordinario por nº 102/2014 de fecha 26/02/20215 EDJ 2015/28041**. El TSJ convalida y ampara dicha figura como coadyuvante de jueces y tribunales, en casos de graves conflictos familiares que, a través de su informe, colaboren con la mejor resolución del proceso, y/o futuras ejecuciones.

FINALMENTE nos habló nuestra Jueza invitada, Isabel, de todo cuanto envuelve a la obligación, que para ella lo es, de juzgar y hacer juzgar bajo Perspectiva de Género, y que llevado al tema que nos ocupa en la ponencia, **sería también indiscutiblemente bajo la PERSPECTIVA DE INFANCIA**, apoyada ésta en todos los instrumentos normativos nacionales e internaciones en la materia.

#### **Jurisprudencia de interés:**

- Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona (Familia). Medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado potestad de guarda o adm. de bienes 279/2023 -DA. Materia: Conflicto patria potestad (art.156 cc) o medidas protección menores (art.158 cc). AUTO Nº 12/2024. Jueza que lo dicta: Isabel Giménez García, Barcelona, 22 de enero de 2024.
- Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona (Familia). Divorcio contencioso 230/2016. PS Medias cautelares coetáneas 13/2018-5. Auto 66/2018. Jueza que lo dicta: Isabel Giménez García Barcelona, 18 de febrero del 2018.
- Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona, Nº de Recurso: 70/2023, Fecha de Resolución: 10/10/2023, Procedimiento: Ejecución forzosa 25/2023 - Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 70/2023 -BD, Auto Jueza que lo dicta: Isabel Giménez García Barcelona, 10 de octubre 2023.

# PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ACOGIMIENTO Y ADOPCION

Por M<sup>a</sup> Paz Díaz Díaz Colegiada 373



El pasado 27 de febrero tuvimos con nosotros a D<sup>a</sup> Antonia Fuentes Moreno, Letrada del Menor del Principado de Asturias, para hablarnos de los procedimientos administrativos de acogimiento familiar y adopción.

La ponencia dio comienzo fijando las diferencias sustanciales entre los dos Procedimientos, por un lado, mientras que el acogimiento es revocable, se lleva a cabo por medio de una resolución administrativa y puede haber visitas y comunicaciones con la familia de origen; la adopción en cambio es irrevocable, se establece a través de resolución judicial y rompe todos los vínculos con la familia de origen.

En cuanto al acogimiento existen dos tipos, el familiar y el residencial, primándose siempre que sea posible el mantenimiento del menor dentro de su familia de origen frente al acogimiento institucional tal y como se reconoce en la Ley de protección jurídica del menor. Otro tipo de figura sería la guarda voluntaria recogida en el art. 172 bis del C.C que se da cuando los progenitores no pueden cuidar del menor por circunstancias graves y transitorias y solicitan a la Entidad pública que asuma la guarda del menor, tiene una duración máxima de 2 años y transcurrido ese plazo el menor regresa con su familia, salvo que no se den las circunstancias y se le declara en desamparo.

Existen también distintos tipos de acogimiento familiar atendiendo a su duración; el de urgencia con un máximo de 6 meses, el temporal con un máximo de dos años, el permanente que ya tiene funciones tutelares y el de fines de semana y vacaciones.

Para que se dé el acogimiento familiar dentro de la familia extensa tiene que haber un vínculo positivo con el menor, tener capacidad para ejercer la guarda y una valoración por parte de los servicios sociales.

Cuando la guarda se da con familia ajena, debe de existir una resolución de idoneidad, formar parte del banco de familias canguro y se incluyen también los allegados, personas que no tienen un vínculo biológico con el niño, pero sí afectivo (amigos de los progenitores, vecinos, padrinos...)

El sistema de protección del menor es gradual e integral empezando por una situación de riesgo, donde se interviene coordinándose con los centros escolares, de salud, servicios sociales etc., realizándose un proyecto de intervención social, educativo y familiar, procurando en todo momento la participación de la familia. Cuando esto no funciona, se pasa a la declaración de riesgo, que debe realizarse por resolución motivada, se le comunica al fiscal, los menores siguen con la familia y los padres tienen aún la patria potestad. El último paso sería la declaración de desamparo, también por resolución motivada con información al fiscal y en la que el menor es separado de sus progenitores, se les suspende la patria potestad, y el menor es acogido, bien por su familia extensa, una familia ajena o por la Administración.

El acogimiento se acuerda por Resolución Administrativa, pero al tener la normativa de protección de los menores un carácter mixto, puesto de lo que trata es de tutela, desamparo, guarda, patria potestad, visitas.....se acude a los Tribunales civiles.



A la resolución administrativa se ha de acompañar un documento anexo en el que se recoja: la identidad de los acogedores y el acogido; los consentimientos y audiencias necesarias; modalidad del acogimiento y duración prevista; los derechos y deberes de las partes, y en particular el régimen de visitas y comunicaciones con familia de origen; el sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra o cause el menor a terceros; la asunción por los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención sociosanitaria; el seguimiento que vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración; recursos de apoyo a los menores con discapacidad; la compensación económica y ayudas que vaya a recibir el acogedor, y el plazo en el cual la medida vaya a ser revisada.

Los derechos y deberes de los acogedores están regulados en el art. 20 bis de la LJPM.

El menor desamparado podrá retornar con su familia de origen si existe 1). - una evolución positiva de la familia, 2). - mantenimiento del vínculo entre padres e hijos, 3). - propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente, 4). - que no suponga un riesgo para el menor. (Art. 19 bis LJPM).

El cese del acogimiento familiar se producirá 1). - por resolución judicial, 2). - por resolución de la entidad pública, 3). - por muerte de los acogedores, 4). - por mayoría de edad del menor, 4). - por graves problemas de convivencia entre el menor y el acogedor, 5). - retorno del menor a su familia de origen. (Art. 173.4 C.C).

Las Resoluciones administrativas que acuerden medidas de protección, como la estimación del acogimiento (progenitores), como la desestimación del acogimiento por solicitantes, los regímenes de visitas comunicaciones, la idoneidad para acoger o adoptar etc., son recurribles ante los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, en el plazo de 2 meses, con un plazo máximo para resolver de 3 meses, siendo susceptibles de apelación ante la Audiencia Provincial.

Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias sobre acogimiento:

ST 138/17 AP, Sección 6ª, de 26 de mayo 2017.

ST 362/22, Sección 6ª, de 4 de octubre de 2022.

ST 413/23, AP, Sección 6ª, de 11 de diciembre de 2023.

ST 1/24, AP, Sección 5ª, de 9 de enero de 2024.

Por lo que respecta a la adopción, destacar que tiene un carácter irrevocable; que despliega los mismos efectos que la filiación biológica, apellidos, derecho a suceder, pensión de alimentos; hay una ruptura de los vínculos; los progenitores deben asentir en el procedimiento judicial salvo que estén privados de la patria potestad, o hayan pasado más de dos años desde la declaración de desamparo.

Los requisitos para adoptar (art. 175 C.C), serán ser mayor de 25 años, llevarse con el adoptado un mínimo de 16 años y un máximo de 45, solo se puede ser adoptado por una persona, salvo que sea una pareja y la pertinente declaración de idoneidad.

En cuanto a los requisitos para ser adoptado (Art. 176 C.C) estarían ser menor de edad, haber sido declarado adoptable y si el menor tuviera más de 12 años deberá ser oído.

Podrá ser adoptado un mayor de edad, o un menor emancipado, cuando inmediatamente ante de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes, o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

Está prohibido adoptar a un descendiente, un nieto, a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguineidad o afinidad, hermano o cuñado; a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

El art. 180.6 del C.C ampara el derecho de todos los adoptados a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos, teniendo la Entidad Pública la obligación de prestar asesoramiento y de guardar la información de la adopción durante al menos 50 años.



El procedimiento para poder declarar que un menor puede ser adoptado requiere una resolución motivada donde se acredite que no es posible la reintegración familiar, previo trámite de audiencia a los progenitores, que será recurrible en el plazo de 2 meses ante la Jurisdicción Civil.

La solicitud de adopción nacional se hace en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se convertirá en contenciosa cuando haya oposición a la adopción y sea necesario el asentimiento. Este no será necesario cuando hayan transcurrido 2 años o más de la declaración de desamparo, se haya desestimado en la vía judicial la oposición al desamparo o cuando los progenitores estén incurso en causas de privación de la patria potestad.

La normativa aplicable a la adopción internacional es el Convenio de la Hay de 1.993 y la Ley 54/2007 de Adopción internacional. La declaración de idoneidad de los progenitores se acordará en España por resolución administrativa susceptible de recurso ante la jurisdicción civil.

#### Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias sobre adopción:

ST 134/17, AP Sección 1ª de 12 de mayo de 2017.

ST 333/22, AP Sección 5ª de 14 de octubre de 2022.

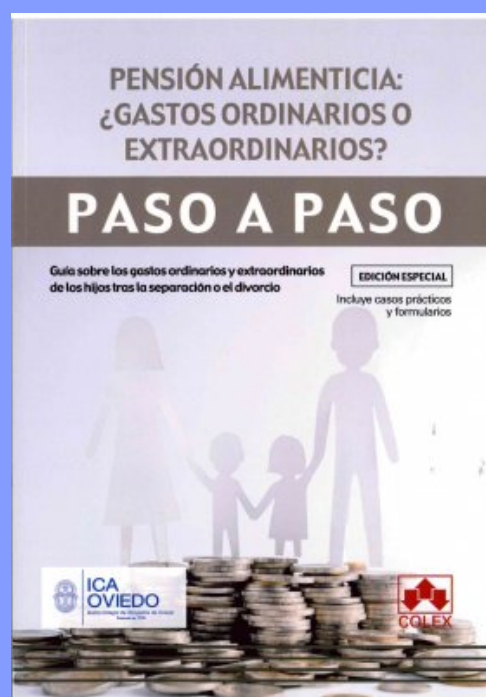
ST 293/23, AP Sección 4ª de 7 de junio de 2023.

ST 413/23, AP Sección 6ª de 11 de diciembre de 2023.

Dª Antonia Fuentes Moreno terminó su charla haciendo especial hincapié en la necesidad de que haya más familias de acogida que cubran las necesidades de los menores en situación de desamparo.



# NOVEDADES ADQUIRIDAS ESTE TRIMESTRE POR LA BIBLIOTECA DEL ICAO



# ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

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

BORJA ALBAREZ IGLESIAS, COLEGIADO N°4056

**GUARDA Y CUSTODIA E INTERÉS DEL MENOR. ATRIBUCIÓN A TÍA PATERNA.** STS 984/2023 de 20/06/2023; Roj: STS 2727/2023 - N° de Recurso: 2591/2022 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg: Los procedimientos penales que se encuentran en trámite frente al padre impiden poder otorgarle la custodia y la obstaculización reiterada de la madre de la relación paterno filial (hasta el punto de encontrarse en ignorado paradero y en busca y captura) descartan la custodia materna. En esta tesitura se acuerda atribuir temporalmente la custodia a una tía paterna de la menor, la cual operará una vez que la madre e hija sean localizadas y restituidas a la acción de la justicia. Procedencia de un régimen de visitas a favor del padre aunque se encuentre en trámites procedimientos penales.

**LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES** STS 1072/2023 de 03/07/2023; Roj: STS 3162/2023 - N° de Recurso: 3309/2022 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg La sociedad de gananciales concluye de pleno derecho cuando se disuelve el matrimonio pero, con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo de un derecho contrario a la buena fe conforme al art. 7 CC, cuando medie una separación duradera mutuamente consentida procede rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge que pretende incluir bienes en el activo, cuando estos han sido obtenidos exclusivamente con el trabajo del otro. En este caso, los cónyuges suscribieron el 1 de diciembre de 1997 un Convenio Regulador que revelaba la voluntad seria de separarse y que debe tenerse en consideración en el momento de la liquidación.

PENSIÓN COMPENSATORIA E INDEMNIZACIÓN 1.458 CC. STS 229/2024 DE 21/02/2024, Roj: STS 837/2024 N° de Recurso: 1559/2022 Ponente: Excm. Dña. María De Los Angeles Parra Lucan:

(...) La jurisprudencia de la sala, reconoció una compensación a favor de la esposa aun cuando durante un tiempo simultaneó la realización de las tareas domésticas con un trabajo retribuido fuera del hogar(...)

(...) Para que nazca el derecho a la compensación, en el art. 1438 CC, a diferencia de lo que se hace en algún derecho civil autonómico ( art. 232-5 del Código Civil de Cataluña), no se exige un incremento patrimonial del deudor (...)

(...) Es criterio de la sala que, para cuantificar el trabajo desarrollado para la casa por uno de los cónyuges, concepto de difícil cuantificación, puede partirse de un índice objetivo, entre los que se encuentran el salario mínimo interprofesional, como en este caso ha interesado la esposa, ha aplicado la sentencia recurrida y, por lo demás, tampoco ha sido cuestionado por el recurrente (así, sentencia 1423/2022, de 17 de octubre) (...)

(...) En el caso, todo conduce a considerar poco halagüeñas las probabilidades de integración en el mundo laboral de la Sra. Marisol . La Sra. Marisol , nacida el NUM001 de 1967, lleva años sin trabajar fuera del hogar, pues dejó su empleo de administrativa durante el embarazo de su hija, nacida en el NUM002 de 2003, sin que conste que haya tenido después ninguna otra experiencia laboral ni formación ulterior en idiomas, informática o en nuevas tecnologías que apunten a una cualificación profesional y actualización de conocimientos en lo que era su profesión, por lo que no solo pertenece a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevada, sino que por las circunstancias reseñadas (edad, formación y escasa vida laboral) no se advierte un pronóstico favorable a apreciar una probabilidad razonable de éxito dado el actual mercado laboral. La compensación económica fijada por el trabajo para la casa, por su cuantía, tampoco permite realizar el necesario juicio prospectivo, necesariamente prudente y cualificado, de superación temporal del desequilibrio, y otra cosa es lo que vamos a decir respecto de su incidencia en la cuantía de la pensión compensatoria al resolver el motivo segundo del recurso de casación (...).

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, CONCEPTO E INFLUENCIA EN EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS STS 129/2024 de 05/02/2024; Roj: STS 694/2024 N° de Recurso: 1172/2023 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg: “QUINTO.-El interés preferente del menor puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos En efecto, pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto “[s]on las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor” ( STS 170/2016, de 17 de marzo).”

OPOSICIÓN A LA APERTURA DE PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN SAP OVIEDO Sec. 6ª N° 579/2023 DE 11/12/2023; Roj: SAP O 4175/2023 N° de Recurso: 413/2023 Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Lorenzo Alvarez: (...) han de distinguirse entre las situaciones de riesgo y las de desamparo, pues así se desprende de la LO. 1/1996 de 15 de enero de protección Jurídica del menor, mantenidos en la modificación de 22 de julio de 2015 al referirse a las actuaciones a desplegar por la administración en cada una de ellas, como disponen los artículos 17 y 18 de la citada Ley Orgánica. También hay que reseñar que la situación de riesgo está definida en el artículo 17 de la Ley Orgánica citada como la que "perjudica el desarrollo personal o social del menor y que no requiera la asunción de la tutela por ministerio de la Ley"; en tanto que, la de desamparo esta descrita en el código civil en su artículo 172.1 párrafo segundo cuando dispone que "se considera en situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia material o moral

OPOSICIÓN A LA APERTURA DE PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN SAP OVIEDO  
Sec. QUINTA OVIEDO 524/2023 de 13 de diciembre de 2023; Roj:SAP 4174/2023  
Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 000424/2023 Ilmos. Sres. Magistrados:  
Doña María José Pueyo Mateo Don José Luis Casero Alonso Don Eduardo García  
Valtueña:

El art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. c) Su integración familiar y social. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo (...). La sentencia del Pleno del TS de 31 de julio de 2009 recurso, a la que siguieron otras (así, STS de 21 de febrero de 2011 y 17 de marzo de 2016) desarrollando ese principio señala que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta "[...] la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor [...]" , de modo que "el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor" . Y así el TS sienta la doctrina de acuerdo con la cual "[...]para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor [...]" . Y en este mismo sentido, el apartado tercero del art. 19 bis de la citada Ley establece que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concorra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma"



**MODIFICACION DE MEDIDAS. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA SAP OVIEDO**  
Sec. 5ª de 07/12/2023; Roj: SAP O 4171/2023 - Nº de Recurso: 437/2023 Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado D. Eduardo Garcia Valtueña: Está muy consolidado el criterio jurisprudencial que declara que la custodia compartida no es una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea ( sentencias 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; etc.). Y son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven ( sentencias 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero, 311/2020, de 16 de junio; y 175/2021 de 29 de marzo). En orden a los términos como se desarrolla la controversia debe recordarse que el Tribunal Supremo en, entre otras, sentencias 124/2019, de 26 de febrero y 404/2022 de 18 de mayo, ha señalado que no cabe negar el cambio de la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido.

**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: SAP OVIEDO Sec. 1ª DE 05/12/2023; Roj: SAP O 4165/2023 - N° de Recurso: 490/2023 Ponente: Ilma, Sra. Magistrada Dña. Marta Huerta Novo:La Sala discrepa de lo razonado en la instancia por las siguientes razones: de la prueba practicada y en concreto de los interrogatorios de ambas partes, no resulta acreditado que el padre no ostente igual capacidad y aptitud en sus relaciones con la menor, ni que por el mismo se haya dejado de cumplir con deberes en relación con la hija común, más allá de lo que propicia los desencuentros propios de la crisis de pareja. Pues tal y como afirmó el padre en su interrogatorio, tiene contacto con la pediatra de la menor, dispone de una vivienda con habitación adaptada a las necesidades de su hija, siendo posible que adapte su horario laboral para atender a la menor. En el presente caso, la prueba obrante en autos y el interrogatorio de ambas partes determina que el origen de la madre o el lugar de residencia de su familia más cercana por más que la misma padezca algún tipo de enfermedad que la haga precisar de un apoyo no pueden justificar la negativa a la adopción del régimen de custodia compartida y a mayor abundamiento que la guarda y custodia atribuida en exclusiva a la madre sea ejercida en otra Comunidad Autónoma. Pues tal y como reconoció Doña Carina , lleva dieciocho años residiendo en Asturias y el sistema de guarda y custodia compartida de carácter progresivo propuesto por el padre conllevaría en su último grado un reparto equitativo de los tiempos de ambos progenitores con la menor, fomentando la integración de la menor con ambos y estimulando la cooperación de los padres en beneficio de los menores.**

LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES. CRÉDITOS POR EL USO Y DISFRUTE EXCLUSIVO DE LA VIVIENDA. SAP OVIEDO Sec: 1ª DE 05/12/2023 Roj: SAP O 4164/2023 N° de Recurso: 275/2023 Ponente: Ilma, Sra. Magistrada Dña. Marta Huerta Novo. La sentencia recurrida tras exponer que ni las normas, ni la jurisprudencia dan respuesta uniforme a esta cuestión, reproduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al uso exclusivo de bienes en comunidad de bienes por uno solo de los comuneros, y atendiendo al hecho que la vivienda que fuera familiar fue atribuida a la esposa por resolución judicial - título de posesión- y deriva de una posesión ilegítima ni incontestada entiende que no procede su inclusión. Por el apelante se arguye que aunque el uso de la vivienda ha sido concedido por sentencia judicial, tal uso exclusivo y excluyente se ha de manifestar en un crédito frente a la usufructuaria pues lo contrario supondría un enriquecimiento indebido de la misma y un correlativo empobrecimiento de la sociedad de gananciales. La parte apelada resalta la corrección de la resolución dictada, entiende que no hubo uso ilegítimo, fue atribuida judicialmente y dicho uso nunca fue objetado por el demandante. La Sala estima que el motivo no puede ser acogido, por cuanto durante el periodo intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma, surge una comunidad postganancial sobre la masa patrimonial preexistente, sometida al régimen de comunidad postganancial o por cuotas abstractas, en el que ambos comuneros como cotitulares de un haber ganancial indiviso, están facultados para usar y servirse de las cosas comunes conforme a su destino, y sin perjudicar el interés comunitario ni impedir al copartícipe utilizarla según su derecho como dispone el art. 394 de la LEC (" Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho". En el presente caso, habiendo sido atribuido el derecho a su uso por resolución judicial, la que no consta que hubiere sido modificada.