

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

El vigente art. 96 cc, tras la reforma llevada a cabo por la ley 8/2021 de 2 de junio

José Ramón de Verda y Beamonte

■ **El principio de prueba en las acciones de filiación**

Juán José Nevado Montero

■ **Sobre el derecho de visitas de abuelos, parientes y otros allegados**

Gonzalo Muñoz Rodrigo

■ **Algunas ideas para empezar el curso nuevo**

Saturnino Solano

■ **La partición de los menores en la partición de la herencia**

Adrián Arrébola Blanco

EDITORIAL SEPTIEMBRE 2021

Tras las merecidas, aunque siempre cortas vacaciones, llega Septiembre y su paulatina "vuelta al cole". Nuestros niños se ponen sus uniformes, nosotros nuestras togas, sacan punta a sus lápices, nosotros desempolvamos nuestros códigos, y mientras ellos estrenan con ilusión mochila y zapatillas nuevas, nosotros estrenamos, quizá no con tanta ilusión, las novedades legislativas.

Este año esa novedad, especialmente para quienes nos dedicamos al derecho de familia, ha sido la conocida como "Ley Rodhes", la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Sin ánimo de entrar en cada una de las modificaciones legislativas que la entrada en vigor de dicha ley supone, ni la valoración jurídica que me merecen y que daría para extenderse varios folios, lo cierto es que, como juristas, pero sobre todo como personas, asusta que la desprotección de los niños en nuestro país sea tan manifiesta, como para que la mayoría de los partidos políticos hayan estado de acuerdo en la necesidad de aprobar esta ley.

Y es que, con la noticia de cada asesinato de un niño a manos de quién supuestamente más los debía cuidar o proteger, nos hemos estremecido el país entero. Porque no estamos preparados para asumir que hay personas entre nosotros que sean capaces de asesinar a un niño, abusar sexualmente de él, golpearle hasta causarle graves lesiones... pero los hay.

No sabemos si la aplicación de esta

ley será eficaz para frenar estos actos, ojalá lo sea, pero quizás velar por su cumplimiento sea lo único que, esta vez sí como juristas, podemos hacer. Y mientras tanto, como personas, no olvidemos que hay niños, víctimas de violencia, que este nuevo curso no se pondrán uniforme, ni sacarán punta a sus lápices ni estrenarán mochila ni zapatillas nuevas.

Desde la Sección de Familia y Sucesiones, os deseamos un espléndido nuevo curso judicial y os agradecemos que un año más sigáis formando parte de nuestra familia ICAV.



Julia Utrillas
Vocal Sección de Dº de Familia ICAV

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

Nº 20 2021
[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Plaza Tetuán 16- 46003 Valencia Tel. 96 3942887 E-mail: palmira@palmiratrelis.com [Directora] Palmira Trelis Martín [Colaboradores] José Ramón de Verda y Beamonte, Juan Jose Nevado Montero, Gonzalo Muñoz Rodrigo, Adrián Arrébola Blanco, Saturnino Solano, Javier Martínez Calvo, Joaquín Fuertes Lalaguna, María Jesús Romero Bella, Julia Valcárcel Rodríguez, Blanca Salinas Cantó, Vicente Escribano Barberá, Rosario Sevillano Álvarez, Paula Grau Belda, Julia Claudia Utrillas Borrell, Carlos Gimeno Tormos [Imágenes] por Creative Commons y Freepiks.

ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación "FAMILIA y SUCESIONES ICAV" pertenecen exclusivamente a sus autores.

04 El vigente art. 96 cc, tras la reforma llevada a cabo por la ley 8/2021 de 2 de junio

José Ramón de Verda y Beamonte

14 El principio de prueba en las acciones de filiación

Juan José Nevado Montero

18 Sobre el derecho de visitas de abuelos, parientes y otros allegados

Gonzalo Muñoz Rodrigo

24 Algunas ideas para empezar el curso nuevo

Saturnino Solano

28 La intervención de los menores en la partición de la herencia

Adrián Arrébola Blanco

30 Descubre Polop de la Marina

Viajes

EL VIGENTE ART. 96 CC, TRAS LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO



José Ramón de Verda y Beamonte,
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad de Valencia

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado nueva redacción al art. 96 CC, cuyas previsiones siguen siendo, obviamente, de Derecho dispositivo, esto es, se aplican “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial”.

La actual redacción del precepto contiene interesantes novedades, aunque produce cierta insatisfacción, pues hubiera sido de agradecer que, con motivo de la reforma, se hubieran contemplado una serie de aspectos, que han sido olvidados (señaladamente, la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida).

1. Las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar son, en todo caso, más precisas que las recogidas en la anterior redacción de la norma, pues, en el caso de existencia de hijos, se distingue, según que los mismos sean menores o mayores, contemplándose, además, la circunstancia de que concurra una

situación de discapacidad en alguno de ellos (esta es, en realidad, la principal razón de la modificación).

a) En el caso de existencia de hijos comunes menores de edad, el derecho de uso de la vivienda familiar (y de los objetos de uso ordinario de ella) se les atribuirá a ellos “y al cónyuge en cuya compañía queden”, precisándose ahora que dicha atribución se realizará “hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad” (art. 96.1.I CC).

Esta precisión merece un juicio positivo, porque no aparecía recogida en la redacción anterior del precepto, aunque hay que tener en cuenta que la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones, excluyó claramente que, teniendo la vivienda carácter ganancial, el uso de la misma pudiera atribuirse a los hijos menores de edad y al progenitor custodio de manera temporal (en tanto no se disolviese la sociedad de gananciales), lo que es lógico, pues hay que asegurar a los menores que, mientras persista su situación de minoría de edad, tengan satisfecha su necesidad de habitación, a pesar de la separación o divorcio de

sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la vivienda [vid. en este sentido SSTS 1 abril 2011 (Tol 2093031), 14 abril 2011 (Tol 2124703), 21 junio 2011 (Tol 2160051), 17 octubre 2013 (Tol 3986249), 29 de mayo 2014 (Tol 5838989), 2 junio 2014 (Tol 4364942), 28 noviembre 2014 (Tol 4567278), 22 febrero 2017 (Tol 5978002) y 23 de mayo 2019 (Tol 7260565)].

El precepto presupone (antes y después de la reforma de 2021) una custodia monoparental y se basa en la idea de procurar que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, junto con el progenitor al que se le atribuye la custodia de los mismos, presuponiendo que esta solución es la más favorable para ellos. No obstante, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del progenitor no custodio, que puede ser copropietario o, incluso propietario exclusivo, de la vivienda familiar, la cual no podrá usar. Por ello, se echa de menos la recepción de la doctrina jurisprudencial que permite realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había sido el domicilio conyugal, siempre que esta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación. Por ejemplo, si el cónyuge custodio ha alquilado [SSTS 3 diciembre 2013 (RAJ 2013, 7834) y 3 mayo 2016 (Tol 5551126)] o ha comprado otra vivienda [STS 5 noviembre 2012 (RAJ 2012, 10135)], incluso en copropiedad con su nuevo compañero sentimental [STS 29 marzo 2011 (Tol 2078863)], o, si existe una vivienda alternativa a la familiar (propiedad exclusiva del padre), que pertenece proindiviso a ambos progenitores sobre la cual existía un contrato de arrendamiento que posteriormente se extingue, pues, “si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que

ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre” [STS 16 enero 2015 (Tol 4708880)].

Es novedosa la introducción de la segunda frase del art. 96.1º.I CC, la cual, razonablemente, prevé que, “Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes”.

Salvo este supuesto, del mismo modo en que no es posible limitar la atribución del derecho de uso de la vivienda a un período inferior al que reste para que el hijo alcance la mayoría de edad, tampoco lo es establecer un plazo superior. La STS 23 enero 2017 (Tol 5950973) observa, así, que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son menores de edad se hace en función su interés, no siendo posible fijar prematuramente en la sentencia que la atribución del citado uso se prolongue más allá de la mayoría de edad y hasta la independencia económica de la hija.





b) Cuando hay hijos mayores de edad, “que carezcan de independencia económica”, la atribución del derecho de uso de la vivienda se regirá por las normas relativas “a los alimentos entre parientes” (art. 96.1.III CC), lo que significa que solo se les asignara, si demuestran que la necesitan y, siempre, durante un plazo de tiempo determinado. Mientras los hijos son menores, la atribución del derecho de uso de la vivienda (a ellos y al progenitor con el que convivan) es consecuencia necesaria del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad, por lo que dicha atribución no podrá realizarse con carácter temporal, sino que el derecho de uso durará, en tanto persista su minoría de edad y mientras no cambie el régimen de custodia.

Por el contrario, cuando los hijos son mayores, la atribución solo procederá, conforme al art 142 CC (obligación de alimentos entre parientes), si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (a través del uso de la vivienda familiar, junto con el progenitor con el que convivan) y, siempre (según consolidada jurisprudencia), por un tiempo determinado (siendo, no obstante, posible su prórroga una vez vencido el plazo fijado, en atención a las circunstancias del caso, así como su extinción anticipada, si deja de existir la

situación de necesidad). En tal sentido se había ya orientado la jurisprudencia: STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (Tol 2251711), cuya doctrina reitera el ATS 15 abril 2015 (Tol 4841361), así como, entre otras, SSTs 6 octubre 2016 (Tol 5843481), 19 enero 2017 (Tol 5944383) y 23 de enero 2017 (Tol 5944409).

El art. 96.1.II CC prevé que “los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación”. Por lo tanto, se les podrá atribuir el derecho de uso, en atención a las circunstancias, pero, siempre, por plazo determinado.

Esta solución es novedosa respecto a lo que fue la posición de la jurisprudencia bajo la vigencia del antiguo art. 96.1 CC, la cual equiparaba la posición de los hijos mayores de edad incapacitados (cuando existía la figura de la incapacitación, suprimida por la Ley 8/2021, de 2 de junio), a la de los menores de edad, en orden a la atribución del derecho de uso, sin fijación de plazo, esto es, hasta la cesación de la incapacitación, tal y como hizo la STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108). Pero era diferente la solución en el caso de los hijos mayores discapaces, que, sin embargo, no hubieran sido incapacitados judicialmente.

La STS 19 de enero 2017 (rec. nº 1222/2015) se pronunció, así, en favor de la procedencia de la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, pero privativa de un cónyuge, al hijo mayor de edad con discapacidad reconocida, pero no incapacitado judicialmente, y al progenitor en cuya compañía queda, pues la solución contraria “impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad”. Esta segunda solución (menos favorecedora para las personas con discapacidad), suprimida la incapacitación, es la reflejada en el art. 96.1.II CC.

c) Se sigue previendo que, “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro” (custodias monoparentales, ambas), el Juez (dado que todos ellos no pueden tener el uso exclusivo del inmueble simultáneamente) “resolverá lo procedente” (art. 96.1.IV CC), teniendo en cuenta las circunstancias del caso: podrá, así, atribuir el uso de la vivienda a uno de los progenitores que objetivamente la necesite, en mayor medida que el otro, y a los hijos que con él convivan y lo mismo, cuando la custodia sea compartida (en los términos que posteriormente veremos), dado que en ella los hijos quedan en compañía de ambos progenitores por periodos alternos.

d) Igualmente, persiste la regla de que “En ausencia de hijos, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar “al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección” (art. 96.2 CC). La atribución del uso de la vivienda (común o propiedad de uno solo de los cónyuges) al no titular es temporal y excepcional. El art. 96.2

CC la prevé, exclusivamente, cuando “su interés sea el más necesitado de protección”. Sin embargo, no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que será necesario probar que, realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte. A este respecto puede verse la STS 25 marzo 2015 (Tol 4799128), que, sentado dicha doctrina resalta “el hecho de que la recurrente sea la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”.

e) La modificación del precepto sigue sin contemplar el supuesto de custodia compartida, lo que es criticable, pues, siendo una figura legalmente admitida en el art. 92 CC (desde 2005) y normalizada (al menos, a nivel jurisprudencial), no se entiende el silencio del legislador en este punto.

Es evidente que, en los casos de existencia de hijos menores sujetos a custodia compartida, habrá que relativizar la idea (presente en el art. 96.1.I CC), de que los hijos menores de edad continúen viviendo de manera permanente, precisamente, en su vivienda originaria, porque, para ello, sería necesario que cada uno de los progenitores tuviera a su disposición una casa distinta en la que poder residir en los períodos en los que no les corresponda convivir con los hijos; se necesitaría, en definitiva, disponer de tres casas, lo que raramente se podrá permitir una familia con ingresos medios.

¿A cuál de los dos progenitores custodios habrá que atribuir entonces el uso de la vivienda familiar? Indudablemente, que al progenitor que objetivamente tenga más necesidad de usarla; y ello, con la finalidad de garantizar la necesidad de habitación de los menores durante el período en que convivan con él. Por ello, si no existe una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda familiar o dicha necesidad no es mayor que la del otro, no procede la atribución del uso a ninguno de ellos, por lo que, siendo común el inmueble, podrá proceder- se a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial. En cualquier caso, según reiterada doctrina jurisprudencial, para el caso de que, existiendo custodia compartida, se atribuya el uso de la vivienda a uno de los progenitores, dicha atribución deberá ser temporal, sin perjuicio de que, si al expirar el plazo fijado persiste la dificultad de aquel para acceder a otra vivienda, pueda prorrogarse el derecho uso concedido [STSS 22 octubre 2014 (Tol 4530315), 24 octubre 2014 (Tol 4538494), 27 junio 2016 (Tol 5768511), 23 enero 2017 (Tol 5950973), 10 enero 2018 (Tol 6478612) y 16 enero 2020 (Tol 7698821)].

2. El precepto sigue sin abordar la cuestión del pago de los gastos generados en relación con la vivienda familiar. En cualquier caso, parece claro que el cónyuge usuario de la casa familiar común, salvo pacto en contrario, debe pagar los gastos de suministro de servicios de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono) así como los ordinarios de comunidad; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar, así como el de los impuestos que gravan la propiedad de la vivienda (por ejemplo, el IBI) deberá recaer sobre el titular o titulares de la misma, si ambos lo son, en la proporción en que lo sean. Así lo confirma la STS 25 septiembre 2014 (Tol 4525349), “en aras al equilibrio económico entre las partes”, distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de

los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de éstos con la comunidad. Dice, así que nada impide que la sentencia de divorcio decida que “el ex cónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación”, lo que no obsta “para que de acuerdo con el art. 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad”.

Hay, además, que recordar que la jurisprudencia actual, con evidente sentido común, entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda ganancial no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad [STS 28 marzo 2011 (Tol 2082300)]. Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habérsela atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos.

La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente pro indiviso a ambos cónyuges, en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el art. 393 CC, de modo que se hará en proporción a sus respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales [SSTS 26 noviembre 2012 (Tol 2708269) y STS 20 marzo 2013 (Tol 3783030)].

En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato [STS 24 de abril 2018 (Tol 6591963)]. y ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien realmente lo fuera [STS 17 febrero 2014 (Tol 4119495)].

3. El art. 96.3 CC establece que “Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial”, previendo, ahora, además, que “Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad”.

Esta última previsión ha sido introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y es de utilidad.

La jurisprudencia considera que el derecho de uso es oponible a los compradores de la vivienda, siempre que no estén protegidos por el art. 34 LH. En tal sentido se orientan, entre otras, las SSTS 22 diciembre 1992 (Tol 1654942), 20 mayo 1993 (Tol 1654894), 18 octubre 1994 (Tol1665543), 14 diciembre 2004 (Tol 526529), 8 mayo 2006 (Tol 934879) y 27 febrero 2012 (Tol 2468857), como también, más recientemente, la STS 24 marzo 2021 (Tol 8379008), la cual observa que es doctrina consolidada que “la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad”, pues “La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda”.



Por lo tanto, si se quiere evitar que el asignatario pueda perder el derecho el uso por aplicación del art. 34 LH (en el caso de la enajenación de la vivienda por el cónyuge propietario de la misma) y asegurarse de que el mismo será plenamente oponible a terceros adquirentes de la misma, es importante que se haga constar en el Registro de la Propiedad [RRDGRN 25 octubre 1999 (Tol 132594), 31 marzo 2000 (Tol 133003), 19 mayo 2000 (Tol 132821) y 19 septiembre 2007 (Tol 1155088)].

Otra novedad, introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, es la de añadir, al final del art. 96.3 CC, la siguiente frase: "La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe". Dicha frase es exactamente la misma que contiene el art. 1320.II CC, para el caso de disposición de los derechos sobre la vivienda habitual, en el caso de normalidad conyugal (fuera del marco de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio).

La interpretación del precepto ha de partir de la premisa de que el art. 96.3 CC se refiere a actos de disposición sobre una vivienda familiar que, en todo o en parte, corresponde a uno de los cónyuges, a pesar de lo cual se requiere el consentimiento del otro (no propietario o copropietario de la misma), titular del derecho de uso, para enajenarla, total o parcialmente (una cuota del condominio), so pena de anulación del contrato (o de declaración de nulidad del mismo, si la enajenación es a título gratuito) (art. 1322 CC), la cual, de no existir la frase que estamos analizando, produciría siempre efectos frente al adquirente, incluso de buena fe, pues, al ser este parte en el negocio anulable, no puede estar protegido por el art. 34 LH (no tiene la condición de tercero y, en consecuencia, no jugaría en

su favor la fe pública registral, aunque hubiese inscrito su adquisición).

Por lo tanto, la frase significa que, cuando es la propia declaración del vendedor la que provoca la buena fe del comprador, la anulación del contrato instada por el titular del derecho de uso no produce efectos frente a él, pero, sin embargo, deberá soportarlo, a no ser -claro está- que esté protegido por el art. 34 LH, pues, en este punto, sí que es un tercero ajeno al proceso en el que recayó la sentencia constitutiva del derecho, que -recordemos- tiene eficacia real.

4. Otra cuestión que sigue sin contemplar el precepto es el de las causas de extinción, lo cual no es oportuno, dada la existencia de jurisprudencia "innovadora" sobre la materia.



Evidentemente, el derecho de uso se extingue cuando los hijos menores sujetos a custodia monoparental alcancen la mayoría de edad (a no ser que, en atención a su situación de discapacidad, se hubiera establecido un plazo adicional de duración del derecho) y en los demás casos (hijos menores sujetos a custodia compartida, hijos mayores o cónyuge sin hijos), cuando expire al plazo por el que se concedió (o antes, si desaparece la situación objetiva de necesidad de vivienda que motivó la asignación del derecho), a no ser que concurren circunstancias que justifiquen su prórroga.

Pero es que, además, la jurisprudencia más reciente, sin apoyo en ningún precepto legal expreso, considera que el derecho de uso se extingue también por la convivencia de hecho con un tercero en la vivienda familiar, por entender que, en tal caso, la vivienda pierde su originario carácter "familiar", desapareciendo su antigua naturaleza, al "servir en su uso a una familia distinta y diferente" a la formada por los cónyuges.

La STS (Pleno) 20 noviembre 2018 (Tol 6921906) afirma, así, que "La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar". La misma doctrina aplica la posterior STS 29 octubre 2019 (Tol 7571565), que con-firma la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por introducción en ella de una pareja sentimental de la mujer, titular del derecho de uso. Afirma que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnatura el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que, manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del marido, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. En el mismo sentido, más recientemente, se orienta la STS 23

septiembre 2020 (Tol 8111765), que, no obstante, prolongó el derecho de uso de la vivienda familiar, en la que la usuaria vivía con su nuevo cónyuge, por el máximo de un año.

Parece que el legislador tenía que haber resuelto la cuestión, aceptando o matizando esta doctrina jurisprudencial, que ha sido fuertemente criticada por un sector de la doctrina.



EL PRINCIPIO DE PRUEBA EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN



Juan José Nevado Montero
Doctor en derecho

La Constitución Española (CE) consagra la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos con independencia de su filiación matrimonial o extramatrimonial y posibilita la investigación de la paternidad (art. 39 CE).

Los procesos de filiación se regulan en el art. 764 y siguientes de la LEC, regulándose las especialidades en materia de procedimiento y prueba en el art. 767, que como requisito para la admisión de la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación exige un principio de prueba de los hechos en que se funda.

La exigencia de un principio de prueba en estos procedimientos no es un caso excepcional. Se exige principio de prueba en los escritos de recusación de jueces y magistrados sobre los motivos que se aleguen (102.2 LEC), cuando se pretenda la exhibición de documentos como diligencia preliminar en los procedimientos por infracción de un derecho de propiedad industrial o un derecho de propiedad intelectual (256.1.8 LEC), en las demandas de retracto acerca del título en que se funden (266.2 LEC), sobre el fundamento de la

pretensión en las demandas de tercera de dominio (595.3 LEC), y en la petición de procedimiento monitorio pueden aportarse facturas, albaranes, etc., o documentos que constituyan un principio de prueba del derecho del actor (815.1 LEC).

La necesidad de incluirlo en las demandas sobre filiación no es baladí, pues conlleva su inadmisión, con la consecuencia procesal de que no se interrumpen los plazos de caducidad de la acción (STS 924/2008, Sala 1, de 17 de octubre de 2008. FD 3: "la invalidez de la primera demanda fue por acto voluntario de la parte, no fue un acto procesal válido, ni un caso de fuerza mayor: no puede mantenerse que suspendiera o interrumpiera el plazo de caducidad). Será el Letrado de la Administración de Justicia quien de traslado al Juez para resolver sobre la inadmisión si el defecto formal de no incluir principio de prueba no ha sido subsanado, pero además el Ministerio Fiscal (cuya intervención es imperativa) ha de velar por el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, bien impugnando el auto de admisión o bien al contestar la demanda, donde cabe aducir las excepciones procesales procedentes.

Aunque el Tribunal Supremo (TS) establece que debe prevalecer la verdad material sobre la formal, con fundamento en los principios de seguridad jurídica en las relaciones familiares, de estabilidad en el estado civil, y del interés superior de los menores, en la acción de impugnación de la filiación se debe mantener la caducidad que establece el art. 136 CC (un año desde que el padre conoce el nacimiento o su falta de paternidad biológica). La STS 73/2012, Sala 1, de 20 de febrero de 2012, fija el dies a quo de la acción cuando la madre proporciona un principio de prueba al actor remitiéndole SMS en que le pone de manifiesto que el padre de su hijo es otro varón; y la STS 728/2013, Sala 1, de 2 de diciembre de 2013, declara caducada la acción de impugnación de la filiación porque el actor ya tuvo dudas sobre su paternidad durante el embarazo, consultando al especialista que atendió el embarazo, quien le informó de las técnicas que existían para salir de dudas en ese momento. Transcurrido más de un año desde la existencia de esas sospechas que constituyen principio de prueba la acción caduca.

El principio de prueba ha sido definido doctrinalmente como un hecho indirecto del que se extrae una razón cierta, y ha dado lugar a un nutrido cuerpo de jurisprudencia, caracterizado desde la década de los ochenta por su interpretación amplia, flexible y no restrictiva.

Así, se ha considerado aportado cuando a la demanda se adjuntaban fotografías, declaraciones de un cura párroco, declaraciones de terceras personas en actas notariales, cartas, correos electrónicos, certificados de cuentas bancarias o de contratos celebrados conjuntamente, certificados de empadronamiento conjunto, etc. y, en ocasiones cuando se ha ofrecido la práctica de pruebas en el momento adecuado.

Desde mi punto de vista, a no ser que la demanda se asiente en varios principios de prueba de los que pueda deducirse la verosimilitud de la misma, debería de evaluarse con rigor el principio aportado habida cuenta de la facilidad que existe en la actualidad para manipular muchos de los elementos que se suelen considerar (fotografías, correo postal o electrónico, etc.). Plantearemos a continuación dos cuestiones

de interés en el ejercicio de la abogacía relacionadas con el requisito del principio de prueba como presupuesto de admisibilidad: la posible violación de derechos fundamentales si se acepta investigar la paternidad sin aportar principio de prueba, y qué puede ser considerado como principio de prueba. En primer lugar, estudiaremos la posibilidad de que se produzca una violación del derecho a la intimidad familiar cuando se admita una demanda sin aportar principio de prueba, aspecto que se analiza en el ATC 149/1999, de 14 de junio de 1999.

Los sobrinos de un varón fallecido recurrieron en amparo la decisión judicial de permitir su exhumación para la práctica de una prueba de ADN, a fin de determinar la filiación respecto al demandante. Alegaban la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física, al honor, intimidad personal y familiar, a la propia imagen, y a la dignidad de la persona.

De los derechos cuya protección se invocaba únicamente el derecho a la intimidad familiar podría haberse vulnerado, en cuanto que garantiza la posibilidad de contar con un ámbito de conocimiento exclusivamente reservado a los integrantes de la familia, protegido de la injerencia ajena, y que se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación como la familia (STC 231/1988).



La dignidad de la persona no es un derecho fundamental sino un fundamento del orden político y la paz social, y el derecho a la vida y a la integridad física son personalísimos e intransferibles, por lo que sólo pueden serlo de la persona humana viva. Y respecto al derecho al honor no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad la práctica de pruebas cuando existe una causa prevista en la ley que justifique la medida judicial (STC 103/1985).

El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo porque, aunque señala que la no presentación de principios de prueba puede conducir a una utilización desproporcionada e injustificada de ciertos medios probatorios que pueden incidir sobre derechos fundamentales, en el presente caso se aportó una fotografía y un acta notarial de manifestaciones en la que se hacía referencia a la relación entre la madre del demandante y el varón fallecido.

A sensu contrario se podría alegar la vulneración del derecho fundamental a la intimidad familiar si el principio de prueba que se aportara con la demanda fuera carente de verosimilitud.

En cuanto a qué puede ser considerado como principio de prueba, es pacífica la doctrina jurisprudencial que establece que no puede confundirse el principio de prueba exigido para la admisión de la demanda con la que ha de realizarse en el curso del proceso para obtener una sentencia favorable. Bastaría para la admisión de la demanda que del contexto o de su propio contenido se apreciara una línea de razonabilidad o verosimilitud de la que derivar la atribución de la paternidad ateniéndose al resultado de la prueba que se practique en el procedimiento.

La exigencia del principio de prueba se erige como previsión de demandas interpuestas por sentimientos personales adversos, pero no puede constituir un obstáculo que frene o trunque aspiraciones legítimas (STS 502/2000, Sala 1, de 18 de mayo de 2000).

Tampoco pueden admitirse meras suposiciones, a modo de ejemplo, la

STS 65/2002, Sala 1, de 1 de febrero de 2002, confirma la inadmisión de una demanda de un varón que alegó como principio de prueba que mantuvo relaciones con una joven de su localidad que quedó embarazada. El Alto Tribunal establece que como requisito de admisibilidad hubiera debido precisar las circunstancias de tiempo y lugar de la relación y aportar algún elemento de verosimilitud, no remitirse únicamente a la necesidad de realización de pruebas biológicas.

A mi juicio la consideración acerca de qué puede considerarse principio de prueba permite un amplio margen de apreciación al juzgador, siendo posible que se inadmitan demandas por no haberlo aportado suficientemente cuando en otro juzgado con un criterio más laxo podrían ser admitidas. Como ejemplo de ese margen de apreciación resulta de interés el estudio de la demanda de paternidad presentada por Da. Ingrid Sartiau contra S.M. D. Juan Carlos I de Borbón.

El principio de prueba presentado era un acta notarial que refleja las declaraciones de la madre de la actora sobre algunas circunstancias de lugar y tiempo de una relación sexual con el demandado, además de la afirmación de algunos contactos con personas de las que se dice que son parientes de aquel.

En el Auto de admisión, después de relacionar la doctrina sobre la exigencia del principio de prueba se señala que esos medios de prueba serían insuficientes para la estimación de la demanda, pero constituyen un principio de prueba bastante para la admisión.

Hasta aquí nada que objetar a la interpretación habitual sobre qué constituye un principio de prueba, pero tanto demandado como Ministerio Fiscal interpusieron recurso de reposición contra el Auto de admisión de la demanda, que fue estimado porque con posterioridad a la admisión se produjeron ciertas contradicciones ante las que la Sala no podía permanecer indiferente. En concreto, en entrevistas concedidas a medios de comunicación la actora se contradijo acerca de cómo conoció al demandado y la duración de la relación, cosa que también hizo su abogado.

El Auto contiene un interesante voto particular en que se argumenta que el recurso de reposición no es un remedio para posibilitar una valoración de pruebas aportadas o practicadas después de dictarse la resolución recurrida, y en este caso se valora una contraprueba en un trámite inexistente. La Sala debería haber permanecido pasiva ante las nuevas alegaciones si no quería abrir un trámite inexistente y convertir el recurso de reposición en lo que no es. También se muestra el desacuerdo con la interpretación que se realiza del principio de prueba como salvaguardia de la razonabilidad de la demanda, y señala literalmente que "no era la mejor ocasión para un cambio".

Idéntica resolución de inadmisión se dictó (ATS de 28 de enero de 2015, número de recurso 1/2014) respecto a la demanda interpuesta por D. Alberto Solá para que se declarara que S.M. D. Juan Carlos I de Borbón era su padre. En los Fundamentos de Derecho se recuerda que el TS ha considerado suficiente el ofrecimiento de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado como principio, doctrina que no se puede interpretar de forma literal sino en relación con el relato de hechos de la demanda.

Se aduce como causa de inadmisión que no se aporta principio de prueba porque se citan documentos que no se incluyen, y el contenido de algunos documentos no coincide con lo que se relata en la demanda, de forma que además de faltar el principio de prueba contiene un relato de hechos incoherente e inverosímil. El Auto de inadmisión era firme al haber sido dictado por el TS, a quien correspondía conocer de la demanda ex art. 55bis LOPJ.

Desde mi punto de vista se aplica el requisito de aportación de un principio de prueba con excesivo rigor, pues a pesar de que las demandas contenían manifestaciones de terceros, informes sobre posibilidad de la paternidad, etc., se consideran insuficientes, entiendo que en discordancia con la doctrina que únicamente exige un indicio de razonabilidad.

A fin de dotar de mayor seguridad al justiciable sería deseable que en la normativa civil se determinara aquello que puede considerarse como principio de prueba. Evidentemente el precepto

que lo hiciera debería dejar margen para la entrada de elementos que puedan surgir de las nuevas tecnologías o de la imaginación de las partes, con alguna cláusula del tipo: "...el resto de elementos que de forma indirecta apoyen de forma sustancial el relato de la demanda dotando de credibilidad a la misma". La situación es diferente en Cataluña, donde el art. 235-15 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, es tajante al establecer que en el ejercicio de las acciones de filiación no es precisa la presentación de un principio de prueba.

Conclusiones

La exigencia de un principio de prueba en las demandas de filiación no es un caso excepcional en el ordenamiento civil.

Su aportación es esencial, pues si se omite y se inadmite la demanda no dejarán de correr los plazos de caducidad de la acción.

Si la demanda fuera admitida a pesar de no presentarse principio de prueba podría recurrirse el Auto de admisión y, además, podría invocarse la violación del derecho a la intimidad familiar si se acordara la realización de alguna prueba biológica. Se admiten como principio de prueba multitud de elementos (fotos, actas notariales, ofrecimiento de realizar pruebas biológicas, etc.), exigiendo que den a la demanda una apariencia de verosimilitud pero que no constituya una barrera a la legítima aspiración de investigar la paternidad.



SOBRE EL DERECHO DE VISITAS DE ABUELOS, PARIENTES Y OTROS ALLEGADOS



Gonzalo Muñoz Rodrigo

Investigador Predoctoral (FPU) de Derecho Civil Universidad de Valencia (España).

1. La importancia de las relaciones del menor con los abuelos, parientes y allegados, especialmente en lo referente a los abuelos ha adquirido hoy en día una trascendencia fundamental, pues como bien es sabido se trabaja más, por lo que los padres tienen menos tiempo para dedicar al cuidado de los hijos; se vive más tiempo, por lo que los abuelos pueden disfrutar de más tiempo con los nietos; y hay más divorcios, lo que favorece más el desarrollo de este tipo de relaciones. Por todo ello, el apoyo desinteresado de los abuelos en la crianza de los nietos en la sociedad actual es incluso, en ocasiones, imprescindible.

De todos modos, en la mayoría de los escenarios no será necesario el establecimiento del derecho reconocido en el art. 160.II CC, pues en una situación de "normalidad familiar" las relaciones afectivas del menor con las personas de su entorno se producirán de manera habitual sin que sea preciso el reconocimiento de este derecho a todas y cada una de las personas que desempeñen un papel en la vida del menor y, por tanto, contribuyan a su desarrollo personal, psíquico y emocional.

Esto es, aun cuando los progenitores estén divorciados será común que durante los períodos que se encuentra

con cada uno de ellos, no solo conviva con el padre o madre en cuestión, sino que también visite a sus tíos, abuelos, etc.

Por este motivo, el surgimiento del derecho tendrá lugar en los casos que aparezca un "elemento distorsionador" en el ambiente familiar que provoque la necesaria intervención de la norma jurídica para salvaguardar las relaciones afectivas del menor y, en consecuencia, su interés superior. En ese sentido, acierta la SAP Asturias, 10 septiembre 2010 (Tol 1954591), cuando rechaza la petición de la abuela de ver a su nieto con el que ya suele estar habitualmente.

Por el contrario, la excepción a esta regla aparecería cuando, por razones exógenas, por ejemplo, obligaciones laborales de los abuelos (si bien, hoy en día, suelen estar jubilados) o de otra índole no pueden estar con el menor durante los períodos asignados a su hijo/a. Sobre esta cuestión cabe destacar la SAP Alicante, 14 octubre 2010 (Tol 2022142), ya que los abuelos regentaban un negocio familiar vinculado a la hostelería, por lo que tenían dificultades para ver a sus nietos los fines de semana alternos que su hijo tenía atribuidos.



Por tanto, el establecimiento de este régimen de vistas mayoritariamente cobrará sentido en los supuestos que exista una situación de conflicto entre uno de los progenitores y sus padres, llegando al punto de negarle las visitas de los nietos, o por ejemplo, progenitor que tras la ruptura del matrimonio y pérdida de la custodia se desentiende de los menores, circunstancia que acaba repercutiendo en los respectivos abuelos y familiares. Tampoco es extraño en los casos que ha fallecido uno de los progenitores y por diversos motivos se deteriora o rompe la relación los suegros. Eso sí, claro está el presente derecho no se podrá imponer a los abuelos y demás parientes o allegados, siendo obligatorio su consentimiento.

2. Dicho lo anterior, parece bastante lógico concluir que el fundamento de este derecho radica en la protección de aquellos vínculos afectivos del menor, con personas que no son sus padres, y que el ordenamiento jurídico considera dignos de protección pues contribuyen positivamente a su desarrollo. Sin embargo, la dicción literal del art. 160.II CC crea cierta confusión, porque indica que salvo "justa causa" se tienen que garantizar las relaciones del menor con sus abuelos, parientes y otros allegados. Esto nos puede hacer pensar que existe una presunción "iuris tantum" de conveniencia de dichas relaciones para con el menor. Y, de hecho, se puede ver en algunas resoluciones jurisprudenciales como se prima el dato biológico sobre el

afectivo. Resulta llamativa la SAP Madrid, 28 enero 2009 (Tol 6764756), que establece un régimen de visitas a favor de la abuela con la que las menores no habían tenido relación hasta el momento, llegando a decir la Audiencia que se trata de una persona "sin empatía", "centrada en sí misma", "con desconfianza hacia los demás", "escasa vinculación afectiva", etc. Si bien, al menos, se concretaron solamente en unas horas en el punto de encuentro más cercano y supervisadas.

No obstante, según un sector de la doctrina considerar que la determinación de tales relaciones sea siempre beneficioso para los menores, salvo prueba en contrario, es muy aventurado. Pues no tendría sentido conceder dicho derecho cuando, por ejemplo, no ha existido una relación afectiva de los menores con sus abuelos. De ese modo, parece mucho más cabal que la concesión del derecho gire en torno a la verdadera existencia de afecto.

Por consiguiente, la presunción "iuris tantum" debería ser de "afecto", cuando resulte probado que ha existido una relación de los menores con sus abuelos u otros parientes. Y, una vez acreditada la relación afectiva, se tenga que valorar con otras circunstancias o factores.

A este respecto, pueden ser muy importantes los informes periciales que valoren si verdaderamente existe o ha existido una relación de afecto del menor con sus parientes o allegados. En esta línea, la SAP Cádiz, 14 octubre 2013 (Tol 4035882), señala que no basta con acreditar la ausencia de efectos negativos, pues: “cuando el desarrollo emocional del menor y su bienestar se vean claramente perjudicados, con motivo de la relaciones que mantenga o pudiera mantener (en el caso de ser aquéllas inexistentes) con sus abuelos, influyendo el derecho de visitas de éstos en la estabilidad emocional de lo nietos, habrá que denegar dicho derecho, en aras, siempre, del beneficio del menor”.

Igualmente, la SAP Asturias, 3 julio 2015 (Tol 5403448), pone de manifiesto, ante la solicitud de la abuela que había pasado más de 10 años sin ver a su nieto, que: “la demandante hubiera podido exteriorizar su deseo legítimo de no perder el contacto con su nieto durante todos estos años; se ha producido, no obstante, una separación de ambos que sólo puede imputarse a la absoluta falta de interés de la recurrente que no puede sin más corregir bruscamente al cabo de tanto tiempo, de modo que no puede deducirse sino que la falta de contacto y pérdida de lazos afectivos mínimos para permitir las visitas e imputables en todo caso a la voluntad de la interesada sin que se razone ni se apoye en ningún dato tan súbito cambio de criterio que en todo caso no puede imponer, perjudicando al menor, lo que obliga a la confirmación de la Sentencia”.

Así, la doctrina del Supremo recientemente se ha inclinado por

considerar que sí que es necesario probar la conveniencia (“justa causa”) de las relaciones del menor con sus abuelos, parientes y allegados, y no optar por una regla general de adecuación de las mismas salvo “justa causa” que las desaconseje. Sobre esta cuestión, véase la STS 22 noviembre 2018 (Tol 6932486) la cual señala que “la motivación contenida en la sentencia [recurrida y casada] no expresa ni razona cuáles son las circunstancias que, frente a la valoración que hace la sentencia del juzgado, llevan a dejarla sin efecto para establecer un régimen de comunicaciones de los abuelos con las nietas, más allá de lo que se interesó y resulta de su condición de allegados, sin precisar si tales relaciones pueden restringir las relaciones de las niñas con su madre, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 160 CC”, y acaba concluyendo que: “La realidad es que esta sala no conoce el fundamento de su decisión más allá de una genérica remisión a criterios comunes a esta suerte de medidas, en particular del interés del menor, sin concretar si este interés quedaba satisfecho en la forma que determinó la sentencia del juzgado”.

3. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que en ocasiones sí que existirán causas concretas que justifiquen la exclusión del régimen de visitas por ser perjudicial para el menor, aunque, como tal, la ausencia de relaciones previas puede ser considerada perfectamente como “justa causa” a efectos de negarla. A estos efectos, se ha considerado como “justa causa” la mala relación de los abuelos con los nietos, los malos tratos, la conducta inapropiada de los abuelos como puede ser el alcoholismo o la drogodependencia,

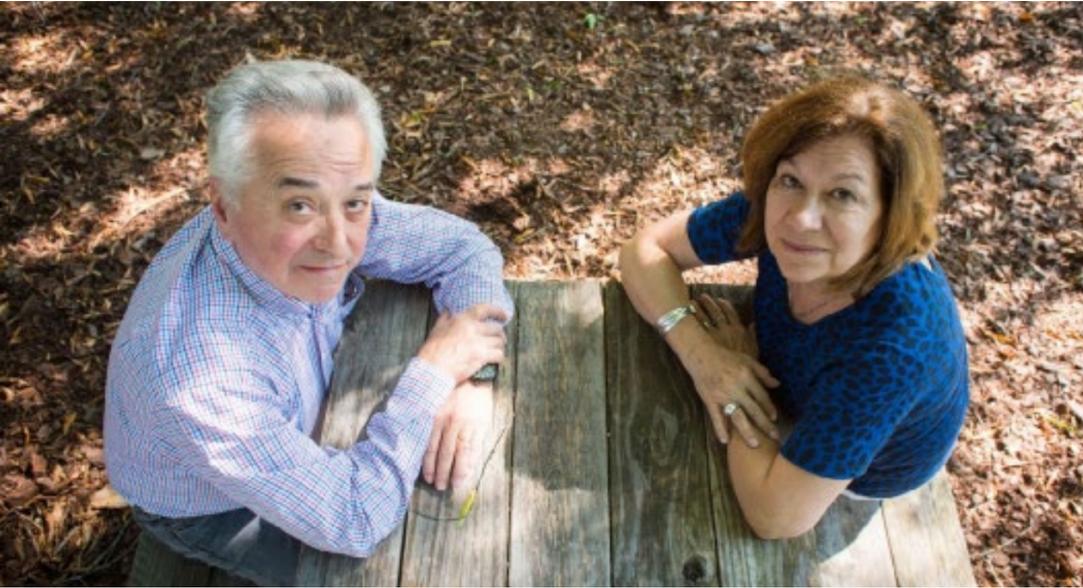
Por el contrario, es doctrina consolidada que la mera existencia de conflictos y desencuentros entre los padres y los abuelos no debe impedir las relaciones personales de estos últimos con sus nietos, siempre y cuando no se observe que ejercen una influencia negativa sobre el menor, creando sentimientos de animadversión hacia sus progenitores (vid. STS 28 junio 2004 [Tol 483310] o la más reciente STS 20 octubre 2011 [Tol 2261508]). Tampoco se ha considerado que sean suficientes los síntomas de ansiedad o depresión que uno de los progenitores decía sufrir tras los encuentros del menor con sus abuelos, para impedir las relaciones personales entre ellos, habida cuenta que “la causa [para excluirlas] no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores cuyo interés es el protegido por el art. 160 CC” (vid. STS 20 octubre 2011 [Tol 2261508]).

Para terminar con este punto, poner de relieve que la jurisprudencia ha considerado que es suficiente acreditar la existencia de un riesgo razonable de que la relación vaya a resultar desestabilizadora o perjudicial para el menor a efectos de denegar el derecho. Por lo que no es necesaria la presencia de un perjuicio actual o cierto (vid. STS 25 noviembre 2019), caso en el cual la relación entre los padres y abuelos estaba muy deteriorada y existía un importante conflicto, pues hacía 4 años que no se veían). En relación con esto es de destacar la presencia de procesos penales en los que estén inmersas las partes. A este respecto tenemos, por un lado, la STS 20 febrero 2015 (Tol 478255) que entiende suficiente la existencia de un proceso penal abierto contra el padre por abusos sexuales en el que los abuelos se habían puesto del lado de su hijo acusado para denegarles el régimen de visitas solicitado.

En cambio, por otro lado, la STS 20 septiembre 2015 (Tol 5829996) que sí que consideró procedente el establecimiento del régimen de visitas a favor de la abuela, a pesar de que la misma había

interpuesto una denuncia contra el padre, cuyo procedimiento penal fue finalmente sobreseído. En este caso, fue decisivo el informe del Gabinete Psicosocial de la GVA que valoró positivamente la relación afectiva de las menores con la abuela, la inexistencia de patologías psíquicas y que la actuación que tuvo al denunciar fue la indicada si tenía sospechas.





4. Otro aspecto problemático en el régimen de visitas de abuelos, parientes y otros allegados, es determinar quién es efectivamente un “allegado” que tenga derecho a pasar tiempo con las menores. Más aún cuando, por el sentido propio y literal de las palabras, debemos excluir de su significado a las personas que guardan un parentesco con el menor, pues ya estarían comprendidas en los otros conceptos. A estos efectos, pueden cobrar especial relevancia las ex parejas de los progenitores, especialmente cuando se trata de parejas homosexuales en las que solo uno de los integrantes de la unión es progenitor legal del menor. Véase una pareja de mujeres, que una de ellas se somete a una técnica de reproducción asistida y, una vez nacido el menor, solo se determina la filiación de la gestante.

Este tipo de supuestos han llegado a los Tribunales de Justicia, cuando tras un período de convivencia la pareja se ha roto y la madre no dejaba a la otra ver al menor. Un buen ejemplo de ello es la SAP Málaga, 16 febrero 2012 (Tol 2661892) en este supuesto las mujeres convivieron juntas durante un tiempo y decidieron tener una hija por inseminación artificial, pero solo fue inscrita en el Registro civil la gestante (a pesar de que es posible inscribir la doble maternidad por naturaleza). Al cabo de un tiempo, la pareja se rompió y finalmente la madre no permitía a la otra poder visitar a la niña. La sentencia viene a decir que: “no se puede negar la condición de allegada a la demandante, (...) ha de contemplarse también el derecho de la menor a seguir

relacionándose con la adulta a la que considera una segunda mamá, de forma que la ruptura entre los adultos no le puede perjudicar privándole, sin causa que los justifique, de todo contacto con esa persona, con la que le une una estrecha relación afectiva”.

También es de reseñar la STS 12 mayo 2011 (Tol 2124714), pues basándose en un caso bastante similar concluye que “la base de nuestra decisión debe ser, no un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica sino un derecho efectivo que tiene el menor, de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y, por ello, debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el art. 160.2 CC, que establece que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados”. Por analogía, esta doctrina también se puede trasladar a los casos en los cuales, tras una impugnación de la paternidad, el que se creía padre deja de serlo, pero no por ello deja de ser una persona fundamental en la vida de los menores (vid. STS 20 noviembre 2013 [Tol 4035278]).

5. Por último, otra de las controversias que suelen plantearse en la fijación del presente derecho es su extensión, es decir, ¿acaso debe tener la misma duración y abarcar períodos equivalentes a los que se habitualmente se establecen cuando el solicitante es el progenitor no custodio? En mi opinión y en la de la doctrina mayoritaria, la respuesta debe ser no.

Habida cuenta que, no hay que olvidar que el fundamento de la concesión de este derecho a las personas mencionadas radica únicamente en el mantenimiento de los vínculos afectivos del menor, que se consideran positivos para él. Pero dichas personas no son los titulares de la patria potestad y, en consecuencia, no les corresponde la crianza y la educación de los menores. Por tanto, tiene sentido que los períodos que se concedan sean más limitados en el tiempo y, sobre todo, no obstaculicen los momentos que debe pasar el menor con sus progenitores

Esta argumentación se refuerza por el hecho de que a diferencia de lo señalado en el art. 94 CC, el art. 160.2 CC no indica que dichas personas tengan el derecho de “visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”, sino simplemente manifiesta que tienen el derecho a “relacionarse con ellos”. Una omisión del legislador muy elocuente y que sencillamente pone de relieve que las relaciones que tenga el menor con sus familiares y amigos no deben ser las mismas que tenga con sus padres. En este sentido, por ejemplo, la SAP Barcelona 15 marzo 2015 (Tol 631791) considera inapropiado que la abuela tenga un derecho de visitas consistente en todos los domingos, quince días en julio y otros quince en agosto. Por

lo que se restringe a solamente domingos alternos de 17 a 20h. En esta línea, véase la SAP Cádiz, 26 enero 2015 (Tol 4767615) que revoca la sentencia de instancia, ya que no considera procedente un régimen de visitas consistente en un día todos los fines de semana, pues de esa forma se estaría impidiendo a los padres poder realizar planes de fin de semana con los menores. Así que entiende mucho más sensato el señalamiento de un día en fines de semana alternos.

De todos modos, es posible encontrar sentencias que son muy generosas con los abuelos, la SAP Burgos 20 julio 2005 (Tol 793337) que concede un mes íntegro durante el período estival. Un poco más moderada, es la STS 14 noviembre 2013 (Tol 4023577) que confirma el pronunciamiento de segunda instancia de una tarde intersemanal, un fin de semana al mes, unas horas el Día de Reyes, y una semana durante las vacaciones de verano. Esta misma sentencia el Supremo señala que, en cuanto a las pernoctas, la solución se encuentra: “no impidiendo la pernocta, pero tampoco generalizándola, pues habrá que estar a las circunstancias del caso. La pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente”.



ALGUNAS IDEAS PARA EMPEZAR EL NUEVO CURSO



Saturnino Solano
Abogado
saturninosolano.com

Seguramente aún te dura el moreno y el michelín "cervecero" se resiste a desaparecer, pero el "huy huy huy" ya se te apoderado. En Agosto no has facturado nada, o casi nada, y los extras del verano empiezan a pasar factura, nunca mejor dicho. Aquí te dejo algunas ideas que si las conviertes en **rutina profesional**, te pueden ayudar a hacer crecer tu negocio:

1º programa un **día fijo a la semana (mañana o tarde), para dedicarlos a facturar y a las tareas de administración de tu negocio**: archivar expedientes, revisar la agenda de la semana siguiente, recordar las minutas pendientes de pago, llamar a tres clientes antiguos que hace tiempo que no sabes nada de ellos para interesarte por ellos y sus negocios y familia, etc.

Yo lo hago los viernes por la tarde, elige el día que estés más tranquilo, pero cumple **como si fuera un señalamiento**.

2º Dedicar, de ese día de la semana, **una tarde al mes para analizar tu clientela que es la base de tu negocio**: facturar, recordar las minutas pendientes etc. Si bloqueas una tarde de la semana te resultara más cómodo. Para analizar tu clientela puedes utilizar una hoja Excel. Si no sabes manejar una hoja excel, hay miles de tutoriales que explican de forma muy sencilla como hacerlo. Hay muchísimos tutoriales en youtube, [aquí te dejo un enlace](#) que te explica de forma sencilla los primeros pasos.

Los abogados tenemos la obligación de llevar un libro de ingresos y un libro de gastos. Esto puede ser un peñazo, pero también aporta muchísima información de tu negocio. En el [artículo sobre Marketing para abogados](#) te cuento como se analiza la clientela. [Y en este otro](#), a nivel global pero muy interesante, que hacer con los datos que obtienes del análisis de tus clientes.

NUMER	FECHA	CLIENTE	ASUNTO	IMPORTE	IVA1 21%	RPF 15%	TOTAL	CAR
TOTAL 1º T 2021								
6.730,60	1.413,43	458,03	7.602,03					
TOTAL 2º T 2021								
20.641,21	4.314,68	2.301,83	22.674,03					

A mi me gusta saber cuanto dinero me hacen ganar los "referidores" de clientes, generalmente clientes que remiten a otros clientes. En nuestra profesión, el boca a boca, es uno de los principales nutrientes de nuestra cartera de clientes.

Para analizarlo pongo una columna que llamo "REMITE" donde anoto el nombre de quien me ha remitido ese cliente y después, con la función FILTRAR, puedes saber cuánto dinero te ha hecho ganar ese referidor o "Apóstol" de tu despacho, al final de cada trimestre o de cada año. En esta imagen puedes ver como se despliega, al hacer click en la última columna "REMITE".

Te asombrarás cuando veas los resultados: clientes que consideras "insignificantes", te hicieron ganar mucho dinero.

3º. **Ten detalles con tus "REFERIDORES"** Puedes hacerles descuentos en sus asuntos, invitarles a tomar café, almorzar, etc. Hazles sentir tu agradecimiento. El detalle que más les gusta a los "proveedores" y el que más les motiva a seguir mandándote nuevos

clientes es que, **a los clientes remitidos por ellos, que se suponen que los conocen, los trates "especialmente" en atención al proveedor**: haciéndoles un descuento, atendiéndolos con prioridad etc. Por ejemplo: "Normalmente por estos asuntos cobro tanto pero, como **usted viene de parte de D. o Daña (proveedor)**, le haré un **descuento de...**" Ese trato preferente tiene efecto **boomerang**. El nuevo cliente se lo dice al "proveedor" y este queda satisfecho por el buen trato recibido gracias a él y repite la operación.

4º. **Analiza la clave que convirtió a cada cliente en "Apóstol de tu despacho o proveedor de clientela"**: ¿Que hace que un cliente te recomiende como abogado? "Está claro que no somos seres racionales, por lo que **crear las condiciones para que las personas nos prefieran nos dará un valor diferencial difícilmente recuperable**. Dejar de pensar en nosotros para pensar en ellos, poner a las personas en el centro de la organización supone dejar de ofrecer atributos racionales para llegar a ofrecer atributos emocionales.



Un 95% de nuestras decisiones son emocionales, no somos conscientes del porqué de la respuesta que damos (Zaltman, 2003), cifra más que suficiente para que hagamos este cambio que proponemos, que **olvidemos el producto y los procesos y pensemos en las personas**". Jaime Valverde y Borja Muñoz **Customer experience "Una visión multidimensional del máketin de experiencias"**.

Queda con tu "proveedor" a tomar café o a almorzar, agrádecele que te mande clientes, **dale unas cuantas tarjetas de visita** y preguntale la razón: ¿Qué valora de tu servicio? ¿Por qué te prefiere a los demás? Comprobarás que no solo es ganar pleitos. Es el trato, el interés por su problema y por su persona, tu buena gestión. Esa es tu imagen como abogada o abogado, lo que transmites como profesional, lo que **marca la diferencia en tu caso y también, lo que te hace ganar dinero**.

5º Por un broche de oro al finalizar cada asunto. Contéstame ¿Cuántas cartas manuscritas has recibido en los últimos cinco años? Probablemente NINGUNA. Por eso, mandar una carta manuscrita a tu cliente, al terminar su asunto, agradeciéndole haber depositado su confianza en ti, tiene un efecto tremendo en la fidelización de la clientela. Esto lo he aprendido en la gestión de marketing inmobiliario, pero, te puedo asegurar que el

efecto que tiene en los clientes del abogado es increíble.

Y cuando te digo que la carta debe ser manuscrita me refiero a eso, a que la escribas con boli, de tu puño y letra. No hace falta escribir un testamento "solo dos líneas para agradecerte que hayas querido depositar tu confianza en mí, para defender tus intereses como abogado", o algo similar.

5º.- Un ejemplo de buena práctica: **la llamada que te diferencia**. Los asuntos que tratamos los abogados generan una gran carga de emociones. Mantener una postura profesional supone salvaguardar tu independencia emocional. Pero nada te impide que un sábado llames a tu cliente para preguntar por su ánimo y transmitirle un poco de esperanza. Esa llamada es la que puede hacer que tu cliente, sea cual sea el resultado de su asunto, te recomiende después como abogado.



6º. **Visita a tus clientes en su negocio, fábrica etc.** A los clientes les hace sentir bien que el abogado vaya a verlos de vez en cuando. Pero atención no lo hagas como norma. Los asuntos los tratarás mejor en tu despacho. Allí tienes tus "herramientas", y toda la información. Pero no te sepa mal ir, **de vez en cuando**, al negocio del cliente para comentar como van sus asuntos. Seguramente **volverás con un nuevo asunto** debajo del brazo.

7º.- **Dar a cambio de nada, es la mejor forma de recibir.** Si tienes varios clientes del mismo sector o actividad, estudia su negocio, busca en Internet subvenciones para ellos, ferias o congresos de su sector o actividad, analiza los problemas del sector en Internet. Con esa información prepara una pequeña charla y reúnelos en tu despacho. Comparte con ellos esa información y **muéstrales tu interés por ayudarles a crecer** en su negocio. De esta forma también crecerá el tuyo. En esa relación más estrecha, el cliente te hará partícipe de sus ideas y proyectos, **ayúdale a crecer, a ilusionarse, a salir adelante**. Esta es una estrategia enorme para crecer en tu negocio.

8º **Programa tus acciones de promoción.** Las tareas de promoción son tan importantes como los juicios. Hay que anotarlas y programarlas como un señalamiento. Abre la agenda, busca la mañana o tarde que mejor te venga, llama al cliente, programa la cita. Programa en la agenda la preparación de la reunión. Busca información que pueda serle de utilidad a tu cliente: reformas legales, subvenciones, congresos, ferias etc. Si le llevas varios asuntos, prepárale un pequeño informe resumiendo la situación de cada uno.

9º **Fija tu meta anual de facturación.** Si quieres crecer, incrementa tus objetivos de facturación. Suma tus ingresos del año pasado y obligate a incrementarlos. Fíjate una meta posible, concreta pero que te suponga un esfuerzo y te ilusione lograrlo.

10º **Programa tu proyecto a medio plazo:** Programa tu meta en tres o cinco años: un despacho más grande,

buscar una secretaria, colaboradores. Montar un despacho online entre varios compañeros con diferentes especialidades y cada uno en su despacho...Sueña. Programa tu ilusión. ¿Donde quiero llegar como abogada o abogado? **Tu esfuerzo de cada año ha de formar parte de un proyecto mayor: Disfrutar con tu trabajo.**



LA INTERVENCIÓN DE LOS MENORES EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA



Adrián Arrébola Blanco
Investigador Posdoctoral,
Universidad Complutense de
Madrid

La partición de la herencia contiene sus propias reglas en torno a la capacidad de obrar que se requiere para llevarla a cabo. Basta, en principio, con tener la libre administración y disposición de los bienes para poder pedirla en cualquier tiempo, a instancia de los coherederos (cfr. art. 1052 I CC). Pero, por lo que atañe a los incapacitados y a los ausentes, se exige en su lugar que lo hagan por ellos los que en cada caso les representen legalmente (cfr. art. 1052 II CC). Por supuesto, a pesar de que se guarde silencio a este respecto, resulta evidente que lo dicho para los incapacitados es perfectamente extrapolable a la situación de los menores que se hallen bajo la patria potestad de sus progenitores, como sucedería incluso con respecto a los que estuviesen sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada por razón de una modificación judicial de su capacidad de obrar, con independencia de su mayoría o minoría de edad (cfr. arts. 171, 222.2 y 222.3 CC). Sin embargo, en relación con los emancipados y los que hubieren obtenido el beneficio de la mayor edad, aun siendo menores en sentido estricto, no son en absoluto equiparables a los incapacitados en la partición de la herencia (cfr. art. 1052 II CC).

Los menores, en estas circunstancias, salvando los emancipados cuyos progenitores vivieren y no estuviesen impedidos para prestar la asistencia prevenida en la ley, no están sujetos a tutela sino a curatela y carecen por tanto de los representantes legales que en otro caso instarían por ellos la partición de la herencia (cfr. arts. 286.1 y 286.2 CC). De hecho, en sede de tutela, observamos cómo se dispensa de autorización judicial la realizada por el tutor y, en consecuencia, cómo se considera la intervención del mismo en calidad de representante legal del coheredero que se halle bajo su tutela, como no acontece en sede de curatela (cfr. arts. 272 y 1060 CC). Pero, a pesar de todo, semejante situación se ha complicado extraordinariamente tras la entrada en vigor de la ley de la jurisdicción voluntaria, a propósito de la cual se contempla ahora que entre los coherederos haya alguno sujeto tanto a tutela como a curatela, comprendiendo en ella todos los supuestos en los que resulta de aplicación, aun cuando siempre se había señalado solamente la de los pródigos e incapacitados sin mencionar la de los menores que estuvieran emancipados o hubieren obtenido el beneficio de la mayor edad (cfr. arts. 286, 287 y 1057 III CC).

Esta ampliación carece sin embargo de cualquier sentido en cuanto estos mismos menores son capaces de realizar la partición hereditaria por sí solos, y no por medio de representante, ni con asistencia alguna, al estar habilitados para regir sus bienes como auténticos mayores y no tener limitada, siquiera, su capacidad de obrar, respecto de ningún acto de administración, como suele entenderse que es el de la partición de la herencia (cfr. arts. 323 I, 323 III y 1058 CC). Por tanto, no excediéndose de las operaciones meramente particionales, estos menores emancipados o con el beneficio de la mayor edad no precisarán de sus respectivos curadores mientras no se les declare en situación de prodigalidad o se modifique su capacidad de obrar por medio de una sentencia judicial que así lo establezca (cfr. arts. 286.3, 287 y 289 CC y 760.3 LEC). Y es que, en su defecto, situándonos en el caso de la modificación judicial de su capacidad de obrar, estos curadores solo les asistirían en los actos para los cuales se requiere autorización judicial a los tutores, no siendo uno de ellos el de la partición de la herencia (cfr. arts. 272, 290 y 1060 CC).

Sin embargo, en cuanto a solicitar la partición de la herencia, suele entenderse en su lugar que tal cosa constituye todo un acto de disposición. Por tanto, a diferencia de lo dicho para realizar la partición de la herencia, cabría pensar que los menores emancipados o los que hubieren obtenido el beneficio de la mayor edad necesitan de la asistencia prevenida en la ley para instar la partición de la herencia a la que sean llamados con independencia de que después la lleven a cabo por sí solos en todo cuanto no exceda de las operaciones meramente particionales que, en principio, y como suele decirse, no constituyen actos de disposición, sino solamente de administración (cfr. arts. 1052, 1058 y 1059 CC). Pero, a pesar de ello, en vista de las limitaciones que actualmente pesan sobre la capacidad de obrar de estos menores, resulta verdaderamente complicado entender que el de solicitar la partición de la herencia sea un acto de disposición que se encuentre comprendido entre los que tan taxativamente son confiados a la asistencia de sus respectivos progenitores o curadores -véanse los de tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (cfr. arts. 323 I y 323 III CC).

La ley orgánica de protección jurídica del menor nos dice justamente que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de manera restrictiva y, en nuestro caso, por tanto, semejante declaración conduciría inevitablemente a concluir que los menores emancipados o con el beneficio de la mayor edad no necesitan de sus progenitores o curadores para instar la partición de la herencia, ni mucho menos para llevarla a cabo una vez solicitada por cualquiera de los coherederos (cfr. art. 2.1 II LOPJM). De hecho, a mayor abundamiento, es éste el sentido en el que antiguamente fue interpretado por una abundante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, según se observa en muchas de las resoluciones que fueron dictadas por ella hasta bien entrado el siglo pasado, y como se aprecia incluso en la jurisprudencia, al haber abogado esta última por la citación de los propios menores cuando se encuentren en las circunstancias que ahora nos ocupan y carezcan, asimismo, de representante legal, aunque lo más deseable sería que el legislador interviniese para subsanar lo dicho por la ley de la jurisdicción voluntaria (cfr. STS 16-5-1984 [R] 1984, 2415] y RRDGRN 21-12-1929, 21-2-1923, 28-5-1917, 23-4-1917, 1-7-1916, 30-1-1911, 7-1-1907 y 4-11-1896).

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I "Desafíos del Derecho de sucesiones en el s. XXI: una reforma esperada y necesaria" (RTI2018-094855-B-I00), cuya Investigadora Principal es María Teresa Álvarez Moreno.



***POLOP DE LA
MARINA***



2

Polop de la Marina, un pueblo único y encantador. No solo por los espacios naturales, también por su patrimonio histórico que hacen del lugar un sitio maravilloso. Posee una magia turística atractiva y hoy conoceremos a fondo por qué vale la pena conocerlo. ¿Qué ver en Polop de la Marina?

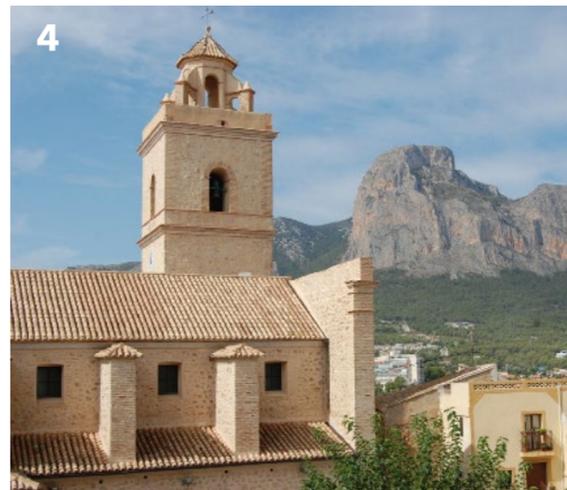
Un pueblo caracterizado por su atractivo turístico y demás lugares para visitar, conocer y experimentar momentos gratificantes. Veamos algunos de ellos:

El Castillo de Polop

Declarado como un bien de interés y valor cultural, se trata de una imponente fortaleza en la cima de una montaña. Este castillo fue construido por los musulmanes a principios del siglo XII. Desde allí se puede observar todo el municipio de Polop. Si te diriges a la zona más elevada de la colina, verás los restos de una antigua muralla medieval en la que solía estar a su vez, un cementerio.



3



4

Iglesia de San Pedro Apóstol

La Iglesia de San Pedro fue construida en 1723. Esta edificación posee una planta rectangular con dos naves laterales. Está edificada con piedras de color dorado mate. Frente a la puerta se encuentra la ermita de la Divina Aurora. El Santuario de la Divina Aurora tiene en su parte interna una representación de azulejos de la Divina Aurora. Junto a estas dos edificaciones te topará con una agradable plaza donde puedes descansar y pasar un rato agradable con tu familia y amigos.

Fuente de los Chorros

Un interesante atractivo turístico que encontrarás en el centro de la población, concretamente en la Plaza de los Chorros. En su origen, la fuente tenía 11 caños, ampliada y remodelada varias veces, en la actualidad cuenta con 221 caños, y cuentan que probablemente se trata de la fuente con mas caños de Europa. Este maravilloso lugar además de admirarse por su estructura y singular encanto, sirve también como fuente de agua pura para los transeúntes.



5



6

Casa Museo Gabriel Miró

Esta casa turística se convirtió en museo en honor al escritor Gabriel Miró. Este escritor alicantino autor del libro "Años y Leguas" fue un admirador y enamorado de la ciudad de Polop. Él mismo, durante los nueve años que veraneó en el pueblo recomendó su visita lo que contribuyó a que fuera conocido por toda España. Puedes disfrutar de este museo y admirar su interior totalmente gratis cuando visites Polop

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

▷ Sigue la jurisprudencia de familia actualizada a través de este enlace:
<http://www.icav.es/comunidad#/muro/2>

¿Te gustaría colaborar con un artículo?

¿Tienes sugerencias, ideas, opiniones para aportar?

¡Nos encantaría escucharte, por favor haz click aquí y mándanos tu mensaje!



o escribe directamente a ptrelis@icav.es

[Imagen Portada Polop de la Marina Fuente: EL turismo que queremos](#)

[Imagen 2 Fuente Alegria Real estate](#)

[Imagen 3 Castillo Polop Fuente: Informacion](#)

[Imagen 4 Iglesia Polop fuente: Turismo comunidad valenciana](#)

[Imagen 5 Fuente de los chorros fuente costa blanca pro](#)

[Imagen 6 Casa museo Gabriel Miró](#)