

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

ESTUDIO DEL SECRETO PROFESIONAL POR LO QUE RESPECTA A LAS COMUNICACIONES ENTRE LETRADOS

África de Bellmon Lorente

RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: SOBRE LA “JUSTA CAUSA” QUE PERMITE IMPEDIRLAS

José Ramón de Verda y Beamonte

■ Foro Debate. Efectos producidos por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo entre los progenitores separados o divorciados con hijos menores

■ Posibles consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio

■ Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente de hecho

SENTIDO COMÚN Y PACIENCIA

Queridos colegas: en estos tiempos de confinamiento que nos ha tocado vivir y ejercer nuestra profesión, nos encontramos ante las innumerables consultas de nuestros clientes que, en materia de familia, nos plantean incesantemente. Y nosotros nos encontramos ante una incertidumbre jurídica debido a diversos factores. Uno de ellos, la disparidad de criterios que podemos observar en los distintos pronunciamientos de los responsables de esta nuestra jurisdicción, en los distintos territorios de nuestro país. Eso sí, en todos ellos observamos que

remiten a los justiciables a aplicar el sentido común para poder sobrellevar la situación como buenamente se pueda para no perjudicar a los menores. Pero, si como dice el dicho, “el sentido común es el menos común de los sentidos”, vamos a ver muy complicado solventar los problemas, de los más variopinto, ante los que los progenitores se van a enfrentar en estos días.

Por otra parte, nos asedia la incertidumbre de cuánto va a durar esta reclusión, que inicialmente se decretó por 15 días, habiéndose decretado la prórroga durante otros 15 días más (ya son 30), sin visos reales de que vaya a quedarse en eso, sino más bien todo lo contrario, que pueda prorrogarse aún más.

No menos importante la situación económica: los ERTE a los que innumerables trabajadores han de someterse, y la paralización de la actividad económica y el descenso en caída de los ingresos de autónomos,

con lo que los obligados a abonar pensiones alimenticias se preguntan cómo van a ser capaces de poder asumir el pago de las mismas ante esta coyuntura.

Y para finalizar, la paralización de las actuaciones judiciales, salvo las urgentes, que nos hará muy difícil que cualquier medida que pudiese estar a nuestra disposición sea realmente efectiva.

Todas estas circunstancias son los ingredientes del cóctel con el que nos vamos a desayunar más de una mañana en estos días, en los que nosotros, también deberemos intentar hacer ver a nuestros clientes que lo mejor será aplicar el SENTIDO COMÚN, y nosotros, además, cargarnos de PACIENCIA.



Blanca Salinas
Vocal de la Sección de Derecho de Familia y Sucesiones ICAV

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

Nº 12 Abril 2020

[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, África de Bellmont Lorente, Ana Dobón García, Nuria Amo Castelló, Paloma Lliso Sempere, José María Carrau Carbonell, Javier Martínez Calvo, Paloma Lliso Sempere, Javier Martínez Calvo, José María Carrau Carbonell, 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

[Diseño y Maquetación] Comunicación Desarrollo www.comunicaciondesarrollo.com

E-mail: hola@comunicaciondesarrollo.com ISSN 2659-3122

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

4 Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la “justa causa” que permite impedirlos.

José Ramón de Verda y Beamonte

12 Foro Debate. Efectos producidos por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo entre los progenitores separados o divorciados con hijos menores.

22 Posibles consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio.

Javier Martínez Calvo

30 Acciones de la Agencia tributaria Valenciana sobre aplazamientos de términos y plazos en materia de tributos cedidos, con motivo de la declaración del estado de alarma.

08 Estudio del secreto profesional por lo que respecta a las comunicaciones entre letrados.

África de Bellmon Lorente

20 Nota anexa al Foro Debate Unificación de criterios y prácticas ante la situación generada por el COVID-19
Carlos Gimeno Tormos

26 Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente de hecho.

José María Carrau Carbonell

32 Life
Anna, la joya del Canal de Navarrés

RELACIONES PERSONALES ENTRE ABUELOS Y NIETOS: SOBRE LA “JUSTA CAUSA” QUE PERMITE IMPEDIRLAS



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

1. El art. 94.II CC se preocupa de favorecer el mantenimiento de los vínculos afectivos entre abuelos y nietos, “teniendo siempre presente el interés del menor”, aunque el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación con los abuelos exige el consentimiento de estos últimos (no se les puede, pues, imponer contra su voluntad).

Esta orientación es acorde con lo dispuesto en el 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, según el cual “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad”, incluyendo “Las relaciones familiares de conformidad con la Ley”.

Como recuerda la STS núm. 551/2016, de 20 de septiembre, rec. nº 2889/2015, “los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil”, siendo el cometido de los poderes públicos, “garantizar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y

jurídica de la familia”.

Por ello, el art. 160.II CC establece que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos”, habiendo precisado la STS núm. 18/2018, de 15 de enero, rec. nº 1195/2017, que el menor ha de ser oído antes de tomar una decisión, por lo que “será precisa la exploración del mismo preservando su intimidad y sin crearle conflictos de lealtades”.

2. En la práctica se ha discutido cuándo concurre esa “justa causa” de la que habla el precepto, expresión esta que, desde luego, debe interpretarse a la luz del principio del interés superior del menor.

a) Es doctrina jurisprudencial 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; y ello, siempre que no se advierta que los abuelos ejercen una influencia negativa sobre el menor, suscitando en él sentimientos de animadversión hacia sus progenitores [SSTS 20 septiembre 2002 (Tol 225538), 28 junio 2004 (Tol 483310), 27 julio 2009 (Tol 1594293) y 20 octubre 2011 (Tol 2261508)].

Un caso extremo es el resuelto por la STS núm. 532/2018, de 27 de septiembre, rec. nº 4843/2017, que denegó el régimen de comunicación entre los abuelos paternos con sus dos nietas, debido a las relaciones conflictivas entre aquellos y los dos padres, las cuales habían dado lugar a diversas actuaciones policiales y judiciales, como consecuencia de insultos (realizados por diversos medios, como correo electrónico, mensaje de voz, teléfono o redes sociales, donde la abuela había llamado “cerdo” a su hijo a través de Facebook) y lesiones, por los que recayeron sentencias de condena y orden de alejamiento. Entiende que concurre justa causa “fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno”.

b) Se ha descartado que los síntomas de ansiedad y depresión que uno de los progenitores decía experimentar tras los encuentros del menor con sus abuelos sean “justa causa” para impedir las relaciones personales entre ellos.

La STS 20 octubre 2011 (Tol 2261508) afirma que “Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el Código civil del que sólo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa 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”.

c) En cambio, sí se consideran “justa causa” las enfermedades o desequilibrios psíquicos de los abuelos, que pueden alterar emocionalmente el desarrollo de la personalidad del menor, en particular, si dichos desequilibrios son fuente de tensiones con los padres.

La STS núm. 581/2019, de 5 de noviembre, rec. nº 5477/2018, casando la sentencia recurrida, denegó el régimen de comunicación, llegando, así, a la solución dada en la sentencia de primera instancia, basada, no ya en la falta de relaciones de la menor de dos años con su abuela paterna, sino en la circunstancia de que ésta había roto relaciones con el padre y la hermana de éste (sus dos hijos), durante más de 10 años (sin tener ninguna intención de recuperarla,

padeciendo “un trastorno depresivo recurrente, que tiene un trastorno de personalidad ansiosa, lábil, sensible con tendencia a la rumiación ansiosa y ansiedad ansiosa a la precipitación”, que le llevó a intentar suicidarse varias veces, padecimiento que se considera permanente e irreversible.

d) Un factor importante es, desde luego, el de la existencia o no de una previa relación personal entre abuelos y nietos: si no la ha habido, en especial, por falta de interés de aquellos, no se suele conceder el régimen de comunicación a su favor (STS núm. 532/2018, de 27 de septiembre, rec. nº 4843/2017; STS núm. 581/2019, de 5 de noviembre, rec. nº 5477/2018).

La STS núm. 167/2015, de 18 de marzo, rec. nº 194/2014, recupera la doctrina favorable a fomentar las relaciones entre abuelos y nietos. Habla, así, de “la necesidad de que se produzca este tipo de contactos partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores”. Pero matiza que “Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor”.





Concretamente, estima fundada la solución a la que llegó la sentencia recurrida, en las consideraciones hechas en el informe psicológico en el “que se resalta la escasa relación de la actora con su nieta en los primeros años de vida de ésta, inexistente por decisión voluntaria de la recurrente, y escasa disposición para mantener la relación con su nieta de manera independiente al conflicto con sus padres”.

e) La existencia de procesos penales ha sido valorada por la jurisprudencia de manera diversa. La STS 20 febrero 2015 (Tol 4748255) denegó el régimen de comunicación solicitado por los abuelos paternos, considerando justa causa para ello, la existencia de un proceso penal abierto contra el padre de los menores por abusos sexuales en el que los abuelos habían tomado partido por el hijo acusado.

Por el contrario, la STS núm. 551/2016, de 20 de septiembre, rec. n.º 2889/2015, ha estimado procedente (contra la opinión de los progenitores) el establecimiento de un régimen de comunicación de la abuela materna con sus tres nietos, a pasar de que la misma había interpuesto una denuncia por abusos sexuales contra el padre (respecto de sus hijas), la cual dio lugar a un procedimiento penal, que finalmente sería sobreesido y archivado. Confirmó, así, la sentencia recurrida, que había establecido el derecho de la abuela a visitar a los menores los primeros sábados de cada mes, durante dos horas, en el

Punto de Encuentro Familiar, solicitándose informe transcurridos seis meses sobre la conveniencia de continuar con dicho régimen”. Para ello fue decisivo informe del Gabinete Psicosocial de la Generalitat Valenciana, suscrito por una psicóloga y una trabajadora social, que en el que se exponía lo siguiente: “es beneficioso establecer un régimen de visitas de los menores con su abuela materna por la existencia de un vínculo emocional entre ellos, la inexistencia en la abuela de sintomatología psicopatológica que pueda repercutir negativamente en la relación con los menores, y que la actuación de la misma al denunciar fue la indicada, aunque se archivara la causa penal abierta (...) frente a esas conclusiones no pueden prevalecer las del informe encargado por los demandados, que desaconseja las visitas”.

3. Respecto de la apreciación de la existencia de una “justa causa” para impedir la relación, la jurisprudencia más reciente, afirma que no es necesario que dicha causa origine un perjuicio cierto al menor, siendo suficiente con que haya un riesgo de que ello ocurra, en particular, cuando se trata del peligro de que los nietos se vean envueltos en un conflicto familiar grave entre los abuelos y sus propios padres (STS núm. 532/2018, de 27 de septiembre, rec. n.º 4843/2017; STS núm. 581/2019, de 5 de noviembre, rec. n.º 5477/2018; STS núm. 638/2019, de 25 de noviembre, rec. n.º 1487/2019).

Así, la STS núm. 581/2019, de 5 de noviembre, rec. n.º 5477/2018, que, como ya he dicho, consideró improcedente establecer un régimen de comunicación entre la abuela materna y su nieta de 2 años, a la que nunca había visto, dándose la circunstancia de haber roto las relaciones con su hijo desde hacía 10 años, sin tener ninguna intención de recuperarlas, y de padecer una grave enfermedad psíquica que le había llevado a varios intentos de suicidio, afirma que la menor “se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca”.

La STS núm. 638/2019, de 25 de noviembre, rec. n.º 1487/2019, negó la procedencia de establecer un régimen de comunicación entre el abuelo y nietos, con los que hacía 4 años que no mantenía relaciones personales, por estar muy deteriorada las relaciones con sus padres. La sentencia recurrida había confirmado la sentencia apelada, la cual había establecido un régimen de comunicación muy reducido, por entender que no existía el más mínimo riesgo ni perjuicio para los menores, por cuanto las mismas se desarrollarían tuteladas en régimen de supervisión en el Punto de Encuentro Familiar, lo que implicaba que cualquier incidencia daría lugar a la medida oportuna de inmediato. Sin embargo, el TS estima el recurso de casación, afirmando que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.

4. Un tema controvertido es el de determinar si la es necesario entender probada la existencia de “justa causa” para establecer relaciones entre los abuelos y los menores o, si, por el contrario, tal y como parece deducirse de la dicción del art. 160.II CC, la “justa causa” solo ha de concurrir para excluirlas, presupuesto que, en principio, las mismas son beneficiosas para el menor y han de ser potenciadas.

La primera posición es la que se ha impuesto en la jurisprudencia (STS núm. 666/2018, de 22 de noviembre, rec. n.º 1519/2018; STS



núm. 581/2019, de 5 de noviembre, rec. n.º 5477/2018; STS núm. 638/2019, de 25 de noviembre, rec. n.º 1487/2019).

La STS núm. 666/2018, de 22 de noviembre, rec. n.º 1519/2018, afirma, así, que es necesario concretar el interés superior del menor como criterio para establecer un determinado régimen de visitas entre abuelos y nietos, pues de lo contrario la sentencia adolecerá de falta de motivación e incongruencia. Dice, así, 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 sin valorar si existe o no obstáculo ni oposición por parte del padre de las menores para que sus padres puedan compartir con el mismo el régimen de visitas establecido a su favor y, en definitiva, si esta relación es suficiente para desestimar la demanda”. Concluye: “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”.



ESTUDIO DEL SECRETO PROFESIONAL POR LO QUE RESPECTA A LAS COMUNICACIONES ENTRE LETRADOS

Por su especial relevancia y la frecuencia de sanciones recaídas en la materia, es de especial interés el estudio del secreto profesional por lo que respecta a las comunicaciones entre letrados, materia que se ha visto modificada con la aprobación del nuevo Código Deontológico de la Abogacía, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 6 de marzo de 2019.

En numerosas ocasiones, se produce la aportación por los letrados de dichas comunicaciones en un procedimiento judicial a efectos de probar la existencia de un preacuerdo entre las partes, de un intento de negociación que se ve bloqueada por la parte contraria (con la correspondiente repercusión en las costas) o, en caso de familia, frecuentemente, para mostrar la buena disposición de una de las partes frente al contrario (en materia de custodia de menores) o de la existencia o condición de determinados enseres en la liquidación de gananciales

entre otras muchas cuestiones.

La materia de familia es especialmente sensible en este aspecto dado que en ocasiones la relación entre ex cónyuges es nula y caso de haber hijos menores es necesario mantener una comunicación continua, que es asumida por los letrados a efectos de tratar los pequeños aspectos de la vida diaria, en que la relación con el cliente desde un punto de vista fáctico toma un papel de mandante-mandatario, no viendo fin el encargo encomendado, tratándose cuestiones sin especial relevancia jurídica, referidas entre otras a la asunción de determinados gastos, fechas de reparto de periodos estivales o momentos de recogida del menor, entre otras muchas situaciones que posteriormente son objeto de controversia y cuya única prueba es la comunicación habida entre los letrados, que, a diferencia de la comunicación inter partes, se encuentra sujeta a secreto profesional.

A efectos de graduar la sanción por dicha aportación, que con carácter general tiene condición de grave (con la consiguiente sanción de suspensión del ejercicio de la abogacía con un máximo de tres meses) se tiene en cuenta el contenido de la comunicación aportada en sede judicial, que en ocasiones son mera transmisión de lo indicado por el cliente, pero debe tenerse claro que la infracción está cometida con la mera aportación.

El anterior Código Deontológico recogía la prohibición de aportación en sede judicial (o de entrega al cliente) de las cartas, comunicaciones o notas que se recibiera del letrado contrario. Atender al tenor de dicho artículo sin un análisis conjunto de la normativa deontológica conducía al error de estimar que las comunicaciones enviadas sí podían ser aportadas por el letrado emisor de la comunicación, al ser propias, argumentación que con frecuencia esgrimían en sus alegaciones, sin éxito, los letrados que se tenían que enfrentar un expediente disciplinario por dicha actuación.

La regulación del anterior Código Deontológico requería de la complementación del Estatuto del Ilustre

Colegio de Abogados de Valencia en cuyo artículo 37.g se recoge la obligación de los letrados de mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia "habidas" con el abogado contrario, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento, lo que abarca tanto los correos enviados como los recibidos del letrado contrario.

La forma de salvar dicha prohibición que recogía y recoge el actual Código Deontológico es la autorización del compañero para la aportación de la comunicación, algo improbable en la mayor parte de los casos dado que si la aportación en sede judicial favorece al propio cliente, obviamente perjudicará los intereses del contrario.

La opción subsidiaria para conseguir la referida aportación, de nuevo, se encuentra regulada en el Estatuto del ICAV, que en el artículo 37.g in fine recoge que "por causa grave, la Junta de Gobierno del Colegio podrá discrecionalmente autorizar su revelación o presentación en juicio sin dicho consentimiento previo".





A efectos de solicitar dicha autorización a la Junta de Gobierno, debe remitirse a Junta la comunicación concreta que pretende aportarse, dado que no se levanta el secreto de modo genérico para un asunto sino que se autoriza la aportación de un documento determinado, exponiéndose las causas que justifican la solicitud. La Junta da traslado al compañero para confirmar que no autoriza dicha aportación y a efectos de obtener una visión global de la cuestión y posteriormente es estudiada en la sesión de Junta de Gobierno. Dicha tramitación supone que no debe esperarse a última hora, por lo que respecta a los plazos procesales, para presentar la referida solicitud y debe tenerse en cuenta que se prevé dicha autorización exclusivamente para supuestos graves y previa resolución motivada, debiendo estarse por tanto al caso concreto.

A raíz del nuevo Código Deontológico, existe una tercera opción a efectos de aportación de la comunicación, en

concreto de los correos propios (enviados al compañero), consistente en hacer expresa constancia en el documento, en el momento de la remisión de la comunicación, de que el mismo no se encuentra sujeto a secreto profesional.



Dicha previsión se encuentra recogida en el actual artículo 5.3 del actual Código Deontológico, en el que se incluye además la posibilidad de solicitar la autorización de la Junta de Gobierno para aportación de las comunicaciones, se refiere tanto a las comunicaciones emitidas como a las recibidas (subsana la anterior laguna) y recoge la situación que se genera respecto a las comunicaciones en el caso de la sustitución del compañero, requiriéndose en ese caso la autorización de todos los intervinientes para su aportación.

El artículo 5 del Código Deontológico que regula el Secreto Profesional, recoge respecto a las comunicaciones entre compañeros en su punto tercero: "Cualquier tipo de comunicación entre profesionales de la Abogacía, recibida o remitida, está amparada por el secreto profesional, no pudiendo ser facilitada al cliente ni aportada a los Tribunales ni utilizada en cualquier otro ámbito, salvo autorización expresa del remitente y del destinatario, o, en su defecto, de la Junta de Gobierno, que podrá autorizarlo discrecionalmente, por causa grave y previa resolución motivada con audiencia de los interesados. En caso de sustitución, esta prohibición le estará impuesta al sustituto respecto de la correspondencia que el sustituido haya mantenido con otros profesionales de la Abogacía, requiriéndose la autorización de todos los que hayan intervenido. Se exceptúan de esta prohibición las comunicaciones en las que el remitente deje expresa constancia de que no están sujetas al secreto profesional."

Por tanto, con la actual regulación, en el momento de preparar el correo electrónico que va a ser remitido al compañero, si se indica en el mismo expresamente que no se encuentra sujeto a secreto, dicho documento puede ser aportado sin más en vía judicial, por ambas partes. No obstante puede producirse una situación de riesgo en el sentido de referirse en la comunicación, cuya confidencialidad se excluya expresamente, a correos anteriores que sí se encuentren sujetos a secreto profesional, lo que podría suponer una vulneración de la obligación de secreto y, aun cuando dicha cuestión no se encuentra expresamente regulada, podría ser constitutivo de infracción deontológica.



África de Bellmon Lorente
Abogada

*Efectos producidos por el
Real Decreto 463/2020,
de 14 de marzo entre los
progenitores separados
o divorciados con hijos
menores*



Ana Dobón García
ABOGADA

Creo que en ningún otro momento hemos tenido más clara la necesidad de consenso entre los progenitores; de consenso y sentido común, para arbitrar la mejor solución en orden a ejercer el régimen de custodia y visitas en este convulso período.

El CGPJ en sesión extraordinaria el pasado día 20, dejó en manos de los jueces la suspensión, alteración o modulación del régimen de custodia, visitas y estancias acordado en los procedimientos de familia, y establece la posibilidad de que las Juntas sectoriales de los Juzgados de Familia unifiquen criterios y establezcan pautas de actuación conjunta en orden a satisfacer las finalidades de protección a que está orientado el Real Decreto 463/2020”.

A la fecha de redactar esta opinión, y como ya mencionaba la compañera Nuria Amo, no conocemos el criterio de los Juzgados de Familia de nuestra ciudad, pero en cualquier caso, a buen seguro tampoco esos criterios

acabaran solucionando la variada y diversa casuística a la que nos enfrentamos en nuestro día a día. Frente a lo expuesto, frente al criterio que pueda fijarse en Valencia, entiendo que hemos de partir de la consigna sanitaria que a modo de mantra hemos interiorizado ya casi todos: “yo me quedo en casa”.

Se insta a la población a no salir de casa, como la medida más efectiva -junto con el lavado de manos y mantener la distancia de seguridad- para detener el avance del coronavirus, y a tal fin, el artículo 7 del R.D. 463/2020 limita la libertad de movimientos.

Compartimos plenamente la interpretación que de dicho artículo realizó el Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid, Sr. González del Pozo -a cuyas conclusiones ya ha hecho referencia la compañera Nuria Amo en su artículo de opinión, y no vamos a reiterar-, haciendo extensible la limitación

Visto lo expuesto, si jurídicamente hablando se puede sostener la imposibilidad de los menores para abandonar el domicilio del progenitor custodio, y sanitariamente hablando, la medida más efectiva es la de permanecer en casa, ¿vale la pena someter a cualquier menor a enfrentarse a este riesgo, por pequeño que sea, para poder cumplir el régimen de visitas para con el otro progenitor? ¿Y es lícito que sea el deseo del padre o de la madre que exige este cumplimiento, prevalente sobre el interés superior del menor, ese que impregna y pone en valor todo nuestro derecho de familia?

Desde mi humilde opinión, no.

Y de ahí la necesidad de consenso entre las partes con la que comenzaba este artículo de opinión, y una vez más, habrá que estar a cada caso concreto, porque podemos encontrarnos con que precisamente, el progenitor custodio pueda ser el menos “apto” en este momento para ejercer esa custodia que tiene legalmente otorgada:

-El progenitor custodio ha de continuar trabajando, frente al no custodio que puede permanecer en casa y llevar a cabo la cuarentena impuesta.

-El progenitor custodio es sanitario,

miembro de las fuerzas de seguridad, etc.... y por ello, expuesto al virus, frente a otro que no lo esté.

E incluso en igualdad de condiciones, ante una situación de custodia compartida y dos progenitores guardadores que puedan permanecer en sus domicilios, ¿es preciso que hagamos al menor salir semanalmente del domicilio en el que se encuentre?, ¿no podríamos consensuar períodos más extensos de custodia compartida para reducir los intercambios, y con ello, el riesgo?

¿No sería posible, frente a la casuística expuesta -ampliable sin mucha dificultad-, teniendo en cuenta la extrema gravedad de la situación en la que nos encontramos, que aparte de mantener la debida comunicación con el otro progenitor a diario, valiéndose de la diversidad de aplicaciones de comunicación (Skype, Zoom, Facetime...), pudiera compensarse con repartos desiguales de períodos vacacionales los tiempos de estancias o visitas perdidos en este tiempo, cuando esta pesadilla termine?

Los que contamos con padres mayores, la población más afectada por esta pandemia, y más precisada de atención y ayuda, hemos hecho el sacrificio de aislarlos, en un ejercicio de responsabilidad.



Nuria Amo Castelló
ABOGADA

En los últimos días estamos viviendo situaciones que jamás pudimos imaginar. El día 14 de marzo de 2020 el gobierno promulgó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Desde ese momento, la vida de los abogados de familia se ha complicado todavía más que la del resto de los españoles y ello porque es incesante el número de consultas que estamos recibiendo de nuestros clientes, habiendo llegado a convertirse el cumplimiento del régimen de visitas o del régimen de convivencia en uno de los temas estrella de los telediarios. Y ello porque las recomendaciones y los criterios orientativos que hemos conocido son contradictorios entre sí, por lo que, dependiendo del lugar de residencia del menor, se interpreta de un modo u otro cuál es su beneficio y cómo se satisface en mayor medida el mismo.

A día de hoy, no se ha establecido el criterio a seguir por los Juzgados de Familia de Valencia, aunque esperamos conocerlo en breve lo que, probablemente, convertirá en obsoletos algunos de los comentarios de este Foro Debate. Pero, mientras los mismos no sean conocidos, debemos avanzar a ciegas, sin olvidar

que sus recomendaciones se aplicarán en la ciudad pero no vincularán al resto de Juzgados de la provincia.

Por lo tanto, en la situación actual, ¿qué podemos recomendar a nuestros clientes?.

En primer lugar, que actúen con sentido común y sean generosos, valorando las circunstancias concretas de cada familia y protegiendo el interés superior del menor por encima de cualquier otro en conflicto por legítimo que éste sea. Si los progenitores son capaces de alcanzar acuerdos, tendrán hijos más protegidos y felices.

Pero los abogados de familia sabemos que, en ocasiones, el sentido común es el menos común de los sentidos, y la situación de excepcionalidad que vivimos va a dar lugar a duros enfrentamientos, y a una lucha sin cuartel entre progenitores que acabará resolviéndose, en muchas ocasiones, en los Tribunales.

Por ello, acabaremos recomendando a cada uno de nuestros clientes lo que consideremos más apropiado a sus circunstancias concretas, debiendo, no obstante, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Estamos, como el propio Decreto declara, ante una situación excepcional porque nos enfrentamos a una "crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos", por lo que las medidas establecidas son proporcionadas a la extrema gravedad de la misma.

- El Real Decreto 463/2020, limita la libertad de movimientos de las personas que sólo podrán circular por las vías de uso público para la realización de las actividades que se detallan en el artículo 7º. Estas limitaciones se aplican a todos los ciudadanos, incluidos los menores de edad.

- En esta situación, y tal y cómo expuso D. Juan Pablo González del Pozo, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid, en su brillante y aleccionador artículo sobre el COVID 19 y su incidencia en el régimen de custodia y visita de los menores: <<parece indiscutible que en caso de conflicto entre la protección de la salud pública general, que es la que pretende garantizar la declaración del estado de alarma, y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la ejecución de la sentencia en sus propios términos debe imponerse el de salvaguarda del interés público general concretado en la consecución de la salud pública. E igual cabe decir en el conflicto entre el interés superior del menor, concretado en este caso en la protección de su salud y en el derecho de éste a relacionarse y mantener contacto con ambos progenitores, y la protección del salud pública general y detención del avance de la pandemia>>.

La aplicación de tales consideraciones, a mí entender, debe llevarnos a unas conclusiones:

1. El artículo 7.1.d) del Decreto autoriza la circulación de personas por las vías o espacios de uso público para su "retorno al

lugar de residencia habitual", lo que impone que, en el caso de encontrarse los menores en régimen de custodia monoparental en compañía del progenitor no custodio el día que se declaró el estado de alarma, éstos deben volver a su domicilio, que es el del progenitor custodio.

2. El precepto invocado no permite a los menores salir de su domicilio habitual al domicilio del progenitor no custodio, por lo que el régimen de visitas, mientras dure la declaración de alarma, deberá quedar en suspenso.

3. Cuando los menores tiene un régimen de custodia compartida, los domicilios de ambos progenitores constituyen su "domicilio habitual" por lo que sí deberá seguir cumpliéndose lo establecido. Ahora bien, para el caso de existir visitas intersemanales en favor del progenitor con el que no convivan, las mismas deberán dejar de cumplirse para minimizar el riesgo que supone a un menor salir de casa y exponerse al virus, así como convertirse en vector de contagio para su familia.

4. El progenitor con el que se encuentren los menores, no sólo estará obligado a informar al otro sobre todas las incidencias en la salud de los hijos comunes, sino también a garantizar que entre ellos tenga lugar una fluida comunicación utilizando cualquier medio tecnológico.

Vivimos tiempos difíciles en los que todos estamos haciendo sacrificios, viéndonos privados de la presencia de personas a las que queremos. Y los hacemos por responsabilidad, por solidaridad, para, con el esfuerzo común, poder superar esta pandemia, evitar que siga produciéndose el escalofriante número de muertes que nos devasta cada día, y recuperar nuestra vida. No es fácil, no es cómodo, es tedioso y doloroso, pero el aislamiento es la única forma que existe de vencerla y de proteger a nuestros seres queridos.



Paloma Lliso Sempere
ABOGADA

Grandes dudas no exentas de polémica, han surgido sobre el alcance y la incidencia que dicho RD produce en el cumplimiento de los regímenes de custodia y visitas, establecidos en las resoluciones judiciales, existiendo diferentes posturas interpretativas para la resolución de los conflictos que alcanzan especial relevancia, en estos duros tiempos de emergencia sanitaria grave ocasionada por la pandemia del COVID-19, lo que dificulta e incluso imposibilita en ocasiones el cumplimiento "stricto sensu" de lo judicialmente resuelto, en lo concerniente a la alternancia de los menores con sus progenitores.

La comisión permanente del CGPJ en su sesión extraordinaria de fecha 20 de marzo de 2020, concluyó indicando que corresponde al Juez decidir en cada caso, sobre la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias acordados en los procedimientos de familia, cuando este se vea afectado por las medidas contenidas en el RD 463/2020, siempre que no haya consenso entre los progenitores, y todo ello en garantía de la finalidad tuitiva del RD y de la preservación de la salud y bienestar de los menores y progenitores y en general, de la salud pública.

Ello no es óbice, como indica dicha comisión, para la adopción de acuerdos en las juntas sectorial de los Juzgados de familia con el objeto de unificar criterios y establecer pautas de actuación conjunta, que ponderen el cumplimiento de las resoluciones judiciales y su adecuación

a la situación de alarma decretado por el meritado RD 463/2020 y medidas de salud pública.

De esta forma están surgiendo pronunciamientos diversos y contradictorios entre los Juzgados de familia de toda España. Unos prescinden del contenido del citado RD, concluyendo que los regímenes de custodia y de visitas y estancias con el progenitor no custodio, deben cumplirse en los términos establecidos en la sentencia o convenio. Ello conlleva la necesidad de no interrumpir los intercambios o entregas de los niños entre ambos progenitores, tanto los fines de semana como visitas intersemanales establecidas.

Diametralmente opuesta a dicha postura, se encuentra la que considera que el citado RD impide en los casos de custodia monoparental o exclusiva, el cumplimiento del régimen de visitas con el progenitor no custodio, remitiéndose para dicha conclusión al contenido del artículo 7, apartado d) del meritado RD, cuya interpretación permitiría concluir que los menores solo podrían trasladarse desde el domicilio o residencia habitual de un progenitor al del otro, por lo que en consecuencia queda excluido el desplazamiento del menor a un lugar que no es su residencia habitual. Para el caso de custodia compartida, la responsabilidad parental deberá ser ejercido por el progenitor que ostenta la guarda en ese momento. (Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de familia de Barcelona, Alcorcón y Tolosa)

Pronunciamientos dispares de los distintos juzgados y tribunales, que incrementan la polémica, decisiones desiguales de idénticas situaciones, existiendo además otros criterios que bien tienden a equiparar el periodo de estado de alarma a la alternancia igualitaria de estancias de los menores durante el régimen extraordinario de visitas (vacaciones escolares) y en consecuencia su distribución por mitad entre ambos progenitores, o bien contemplan como factor fundamental, la valoración de riesgo de contagio del menor, en ambos entornos (materno- paterno), y en atención a las circunstancias concurrentes, determinar que el menor deberá permanecer durante la vigencia del estado de alarma bajo la custodia de aquel progenitor con quien el menor corra menos riesgo de contagio del Covid-19.

A mi juicio, y sin perjuicio de valorar como factor preponderante y decisivo, la garantía de preservar la salud del menor, evitando riesgos en ningún miembro del entorno paterno/materno -para lo que se deberían analizar las circunstancias de cada caso, ya que no es lo mismo que el cumplimiento de la judicialmente resuelto, implique el traslado del menor a una ciudad diferente, con un largo trayecto o incluso que en esa ciudad a la que se traslada el menor, exista mayor riesgo de contagio, etc.-, debe protegerse tanto el derecho del niño a relacionarse con sus progenitores como su derecho a la salud e integridad física, por lo que solo en caso de colisión de ambos derechos debe prevalecer este último, de no ser así, debe primar el derecho fundamental de todos, incluidos padres y madres separados e hijos menores comunes, a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a que las resoluciones judiciales se cumplan en sus propios términos, atendiendo como he indicado a las circunstancias concurrentes de cada caso, si bien excepcionando únicamente las visitas intersemanales (con o sin pernocta) por cuanto suponen asunción de un riesgo

innecesario con el traslado del menor para un corto periodo de alternancia.

Dicho derecho fundamental no queda excluido en el Decreto 463/2020, que en el apartado e) de su artículo 7 admite los desplazamientos para asistencia y cuidado de menores, y en su apartado g) del citado precepto, permite que las personas o vehículos circulen por la vía pública a causa de estado de necesidad, y necesario es el cumplimiento de la sentencia que establece el régimen de alternancia de los menores con sus progenitores.

Así se ha pronunciado la Junta sectorial urgente de Jueces de familia de Pamplona, que mantiene el cumplimiento de las resoluciones judiciales, acordando la suspensión únicamente de las visitas intersemanales sin pernocta por suponer una exposición innecesaria para el menor, dada su brevedad y sin perjuicio de su compensación cuando la situación se normalice. Del mismo modo concluyen los criterios orientativos de los jueces de familia de Castellón, y Valladolid, que con idéntica salvedad a la concurrencia de circunstancias que así lo desaconsejen, abogan por el mantenimiento del cumplimiento de la alternancia establecida en el régimen de custodia compartida, si bien y con carácter general se acuerda la eliminación de los regímenes de visitas por su escasa duración, a cuyo efecto se establece que los progenitores deberán promover y facilitar la comunicación de los menores con el progenitor con el que no convivan por medios tecnológicos (skipe, teléfono, videollamada, whatsapp etc.)

Todo ello con la observancia por ambos progenitores de extremar las medidas de prevención de riesgo de propagación de la pandemia, para evitar el contagio de los menores en las transiciones o intercambios en las estancias de los menores hasta que cese la situación de alarma que atravesamos.

NOTA ANEXA AL FORO DE DEBATE

Estimados/as compañeros/as

Como habréis podido observar tras la lectura de este tan interesante Foro de Debate y que tenía por objeto analizar los efectos producidos por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, entre los progenitores separados o divorciados con hijos menores, las diferentes opiniones, valoraciones y apreciaciones de las compañeras que han esgrimido sus argumentos en el mismo, eran todas ellas redactadas con anterioridad a la publicación del Acta de la Junta Sectorial de Juzgados de Primera Instancia de Familia de Valencia, celebrada el día veinticinco de marzo de dos mil veinte y que desde la Sección os compartimos mediante email ese mismo día. Con ello, es interesante apreciar como tanto Ana, Nuria y Paloma, coincidían en sus respectivas opiniones en la falta generalizada de consenso entre muchos progenitores, traduciéndose esta ausencia de acuerdos en continuas llamadas y consultas a sus respectivos abogados, cada uno de nosotros con una opinión diferente, un criterio distinto o simplemente puntos de vista dispares ante una misma situación excepcional sin precedentes en la época moderna. No solo las compañeras redactoras del foro de debate esperaban que por parte de los Organismos Judiciales se diera una respuesta unitaria y contundente, sino que el conjunto de compañeros y compañeras que nos dedicamos a esta disciplina del Derecho anhelábamos con vehemencia esa hoja de ruta, esas recomendaciones y en definitiva esas directrices de aquellos que más tarde iban a ser los responsables de resolver todas estas cuestiones problemáticas derivadas del Estado de Alarma.

Esos criterios unitarios fueron puestos a disposición de los abogados y abogadas el pasado veinticinco de marzo de dos mil veinte con la publicación del Acta de la Junta Sectorial de Juzgados de Primera Instancia de Familia de Valencia que, junto con las demás acuerdos sectoriales de los diferentes partidos judiciales a lo largo y ancho del territorio nacional, han ido tejiendo un conjunto de razonamientos que sin duda alguna han aportado tranquilidad y sosiego a los compañeros, y por ende, al conjunto de la población separada o divorciada con descendientes comunes menores de edad. Como en todos los supuestos, habrá que

aplicar la lógica, el sentido común y la deontología para emplear tales directrices al caso concreto, y evaluar desde nuestro punto de vista jurídico la idoneidad de las mismas, teniendo en todo caso a nuestra disposición el recurso de aplicar las orientaciones emanadas por los Órganos Judiciales.

A continuación, os transcribimos el tenor literal del Acta de la Junta Sectorial de Juzgados de Primera Instancia de Familia de Valencia.



Carlos Gimeno Tormos
Vocal de la Sección de Derecho de Familia y Sucesiones ICAV

UNIFICACIÓN DE CRITERIOS Y PRÁCTICAS ANTE LA SITUACION GENERADA POR EL COVID-19.

Conforme al acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en relación con el régimen de custodia, visitas y estancias en los procedimientos de familia, ante la situación generada por la pandemia COVID-19, por los magistrados de familia se considera necesario adoptar una serie de pautas y criterios con carácter orientativo, con estricto respeto a la independencia judicial de cada uno de sus miembros en materias jurisdiccionales.

Tras el oportuno debate sobre las propuestas efectuadas, se alcanzan y adoptan los siguientes criterios, todos ellos por unanimidad:

UNO. - Mientras permanezcan cerrados los Puntos de Encuentro Familiar no se llevarán a cabo las visitas derivadas al mismo, al no ser posible su cumplimiento con las garantías acordadas.

DOS. - El periodo de limitación de libertad de circulación de las personas como consecuencia de la declaración del sistema de alarma acordado en el Real Decreto 463/2020, no se puede asimilar a vacaciones escolares de los hijos menores de edad.

TRES. - Respecto del cumplimiento de los regímenes de visitas y comunicaciones familiares, dada la gran diversidad de supuestos y contenido, de forma general, no se suspenderán los mismos, sin perjuicio de los consensos y acuerdos que puedan alcanzar las partes, en interés del menor, debiendo comunicarse entre ellas cualquier cuestión de relevancia que afecte al cumplimiento y desarrollo de las visitas. Se mantienen los sistemas de visita y comunicación, con la salvedad que a continuación se expondrá, en la actual situación de crisis sanitaria en la que nos encontramos, dado lo beneficioso que resulta para los menores, en estas circunstancias y alertas sanitarias, los encuentros presenciales con el progenitor con el que no conviven de forma ordinaria, necesitando el afecto y el apego de ambos padres.

En todo caso, dada la casuística en este ámbito, se valorará en cada procedimiento judicial cualquier tipo de circunstancia relevante, que pudiera impedir o dificultar el ejercicio de las visitas.

En cambio, como excepción, se suspenderán las visitas de corta duración intersemanales, sin pernocta, para evitar este tipo de desplazamiento en esta situación de riesgo y contagio. Ahora bien, deberá garantizarse por la persona a cuya guarda se encuentre el menor, una comunicación con el progenitor o familiar con derecho a la visita, durante ese periodo de visita presencial suspendida,

preferentemente por vía telemática que permita la visualización de otro progenitor o familiar (WhatsApp, Facetime, Skype...) y, de no ser posible, por vía telefónica.

CUATRO. - En cuanto a las medidas cautelares urgentes del artículo 158 del Código Civil, según la Disposición adicional segunda, apartado 3 d) del Real Decreto 463/2020, quedan exceptuadas de la suspensión e interrupción de los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. Se caracterizan por su carácter apremiante y necesario ante situaciones puntuales de excepcionalidad por la posibilidad de que se incurra en circunstancias de peligro o perjudiciales para el menor, lo que determina que la utilización de esta vía deba reservarse para casos de necesidad y urgencia, esto es, para asuntos que no puedan ser resueltos por otra vía. Y todo ello, en principio no puede predicarse de una situación de confinamiento con uno de los progenitores o de la interrupción del régimen ordinario de comunicaciones y estancias por mor del citado Real Decreto. Consecuentemente, su admisión a trámite requerirá inexcusablemente la justificación de dicho perjuicio, peligro para el menor, urgente y absolutamente inaplazable, previa valoración de todo ello.

CINCO. - Por lo que se refiere a los procedimientos de ejecución que pudieran presentarse, una vez se alce la interrupción de los plazos previstos de las leyes procesales, se le dará el trámite ordinario, valorando el incumplimiento alegado, de conformidad con los criterios expuestos anteriormente.

Para finalizar, en cualquier caso, los anteriores criterios quedan supeditados a las órdenes y medidas que se puedan dictar para preservar la salud pública por la autoridad competente, en lo que afecte a la posibilidad de cumplimiento del régimen de comunicación, visitas y estancias.

POSIBLES CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS POR PARTE DEL PROGENITOR CUSTODIO



JAVIER MARTÍNEZ CALVO,
DOCTOR EN DERECHO CIVIL
POR LA UNIVERSIDAD DE
ZARAGOZA.

Nuestro Código Civil no dice nada respecto a las consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor que tiene atribuido el ejercicio de la guarda y custodia. Sí lo hace, en cambio, la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 776.3 prevé la posibilidad de que el régimen de guarda y custodia sea modificado como consecuencia de dicho incumplimiento.

El requisito que exige el art.776.3 LEC para que pueda proceder la modificación es que se trate de un incumplimiento reiterado, y, ante la falta de previsión legal, parece que por incumplimiento reiterado cabe entender todo aquel que haya sucedido en más de una ocasión, por lo que se requieren al menos dos incumplimientos de esta obligación por parte del progenitor custodio.

Ahora bien, el precepto establece la modificación del régimen de guarda y custodia como una posibilidad y no

como una obligación. Para adoptar la decisión, cabe entender que el juez tendrá en cuenta diversos aspectos, como la reiteración, la gravedad del incumplimiento, la causa objetiva de dicho incumplimiento, si se trata de un incumplimiento total -por ejemplo, el progenitor custodio no entrega al menor para que se desarrollen las visitas- o parcial -retrasos en las entregas, llevarlas a cabo en otro lugar distinto del establecido, etc.- o si es el propio menor el que se niega a relacionarse con el progenitor no custodio. Ahora bien, en este último caso habrá que contemplar la posibilidad de que el menor esté siendo víctima de la denominada alienación parental.

En todo caso, parece que la decisión que adopte el juez dependerá sobre todo de si el interés superior del menor aconseja o no la modificación del régimen de guarda y custodia, pues como sabemos, es el principal criterio al que debe atender en la adopción de cualquier decisión en la que pueda resultar afectado un menor de edad.

Además, la solicitud de modificación del régimen de guarda y custodia no es la única posibilidad que se le abre al progenitor no custodio ante el incumplimiento del régimen de visitas por parte del custodio, ya que puede recurrir también a otras vías:

Por ejemplo, podría promover un procedimiento de ejecución forzosa -arts. 517 y ss. LEC- ante el mismo tribunal que dictó las medidas definitivas -arts. 61 y 545.1 LEC- y así obtener el cumplimiento forzoso de la obligación. No obstante, creo que la ejecución forzosa debería reservarse para supuestos extremos, ya que es dudoso que dicha opción pueda resultar compatible con el interés superior del menor.

Una posibilidad para evitar aplicar una medida tan gravosa podría ser acudir al régimen previsto en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las obligaciones de carácter personalísimo, pues, a mi modo de ver, no hay por qué descartar que el deber que atañe al progenitor custodio de entregar al menor en el lugar, día y hora fijado en la resolución judicial o en el convenio judicialmente aprobado pueda ser calificado como una obligación de carácter personalísimo. Ahora bien, para estos supuestos, el artículo 776.2 de dicho texto legal establece que no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709. Sí cabe, sin embargo, la posibilidad de establecer multas coercitivas mensuales, que además podrán mantenerse más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto -art. 776.2 LEC.





Así mismo, cabe pensar en la posibilidad de recurrir al régimen general de responsabilidad civil extracontractual para reclamar al otro progenitor por los daños y perjuicios que le haya ocasionado -art. 1902 CC-. Téngase en cuenta que, como consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas, se pueden causar daños tanto patrimoniales –gastos derivados del traslado al lugar donde vive el menor, viajes pagados que no se pueden llevar a cabo, etc.- como morales- frustración y sufrimiento como consecuencia de la privación de la posibilidad de estar en compañía del menor-. Al respecto, nuestra jurisprudencia menor había sido tradicionalmente contradictoria. Sin embargo, el debate quedó zanjado gracias a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490), en la que se concede al reclamante una indemnización de 60.000 € por los daños morales sufridos como consecuencia de la obstaculización de su relación con el

menor por parte del otro progenitor -en este caso no se hace referencia a posibles daños patrimoniales porque no habían sido reclamados por el recurrente.

Incluso cabría pensar en la posibilidad de que el progenitor cumplidor exija, como representante legal del menor -art. 154.3.2 CC-, la correspondiente responsabilidad civil extracontractual por el daño causado al propio hijo como consecuencia del incumplimiento.



En cualquier caso, lo lógico será que tanto la imposición de multas coercitivas como la eventual indemnización sean complementarias al establecimiento de otras medidas que tengan por objeto el restablecimiento del derecho de relación entre el menor y su progenitor, pues en caso contrario el incumplidor podría pagar y seguir incumpliendo.

Otra posibilidad sería promover un procedimiento para la privación de la patria potestad al progenitor incumplidor -art. 170 CC-. No obstante, sería difícil que dicha pretensión prosperase, puesto que se trata

de una medida muy severa y que en no pocas ocasiones puede resultar contraria al interés del menor.

Por último, también se podría acudir a la vía penal, aunque las posibilidades en este ámbito se han reducido notablemente tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Con anterioridad a la citada reforma, el progenitor que veía impedido su derecho de visitas podía acudir al delito de sustracción de menores -art. 225 bis CP- o al de desobediencia grave -art. 556 CP-, cuando se trataba de incumplimientos que revistieran cierta entidad; o bien a las faltas previstas en los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, en caso de incumplimientos leves. Incluso podría haber recurrido al artículo 224.2 del Código Penal, cuando el progenitor custodio indujera al menor para que incumpliese el régimen. No obstante, la Ley Orgánica 1/2015 ha derogado los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, lo que ha supuesto la total despenalización de los incumplimientos leves en esta materia. Por tanto, de acuerdo al régimen actual, únicamente podrá acudirse al delito de sustracción de menores -art. 225 bis CP-, al de desobediencia grave -art. 556 CP-, o bien al previsto en el artículo 224.2 CP, si es que el progenitor custodio ha inducido al menor para que incumpla el régimen.





CÓMO BENEFICIAR TESTAMENTARIAMENTE AL CONVIVIENTE DE HECHO

JOSÉ M^a CARRAU CARBONELL,
NOTARIO DE VALL DE UXÓ.

1. La sucesión forzosa o legitimaria obliga a reservar una determinada porción del caudal hereditario en favor de determinados herederos forzosos; porción del caudal que es indisponible, su destino está prefijado legalmente, sin otra excepción que la posibilidad de desheredación.

Nuestro Código Civil considera como herederos forzosos a los hijos y descendientes, a falta de ellos a los padres y ascendientes, y en todo caso al cónyuge viudo.

La regulación de este tipo de sucesión en el Código Civil, contenida en los arts. 806 y siguientes, es prácticamente la misma desde su entrada en vigor a finales del siglo XIX.

No cabe duda de que el modelo familiar predominante, o más bien único, desde dicho tiempo hasta finales del siglo siguiente es el que hoy conocemos como de "familia tradicional"; y es cierto que el sistema previsto en el Código Civil, que supone una cortapisa a la libertad del testador, ha sido una eficaz medida de protección jurídico-económica de los parientes más vulnerables.

Sin embargo: la admisión de la separación y el divorcio en 1981 y la total supresión de las causas para obtenerlo en 2005; la prolongación de la esperanza de vida; la igualdad laboral entre hombres y mujeres; la libertad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo desde 2005; la regulación de las uniones de hecho; la tardanza en la incorporación al mundo laboral de los jóvenes; todos ellos son factores que han acabado con el total predominio de la familia tradicional y que han dado lugar a nuevos modelos familiares o, mejor dicho, nuevos modelos convivenciales: matrimonios sin hijos, padres y madres solteros, parejas con hijos no comunes provenientes de relaciones matrimoniales anteriores, y una multiplicidad de situaciones más.

Ello ha supuesto una evolución en la sociedad que, sin embargo, no se ha visto acompañada, en la materia que nos ocupa, de una evolución legislativa. El sistema de la sucesión forzosa sigue siendo el mismo, lo que origina graves fricciones cuando se trata de ordenar la sucesión mortis causa por vía testamentaria.

2. Respecto de las uniones de hecho, tema que nos ocupa, su dificultad deriva de la multiplicidad de ordenamientos que las regulan, uno por cada comunidad autónoma. Algunas, como la catalana, equiparan al conviviente al viudo atribuyéndole los mismos derechos sucesorios; pero no es éste el caso de la legislación valenciana, tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 5/2012 por STC de 9 de junio de 2016.

Así, en nuestro caso, los testadores que conviven en uniones de hecho, a los efectos que aquí interesan, se encuentran en los mismos casos que los testadores que tienen cualquier relación personal no formalizada; y, por tanto, para ordenar testamentariamente su sucesión lo primero que debe tenerse en cuenta es si el testador conviviente de hecho tiene herederos forzosos o si no los tiene.

2.1. Si el testador, conviviente en una unión de hecho, tiene hijos o descendientes, sólo podrá disponer a favor de su conviviente dentro del tercio de libre disposición, bien instituyéndole heredero en una tercera parte de la herencia, o bien ordenando a su favor legados que, tras la computación e imputación, no resulten inoficiosos por perjudicar las legítimas de dichos descendientes.

Para favorecer al conviviente, respetando las normas de la sucesión forzosa, cabrían dos posibilidades: la primera es la del testamento con "cautela socini"; y la segunda la de ordenar un testamento por legados.

2.1.1. Respecto del testamento con "cautela socini", consistiría en legar al conviviente el usufructo universal de la herencia e instituir herederos a los hijos por partes iguales.

Evidentemente, el legado del usufructo universal de la herencia supone un gravamen de la legítima de los descendientes que, a priori, estaría prohibido por el art. 813 CC. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia admiten esta cláusula en base al art. 820, párrafo tercero, que señala que "si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior

a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador."

De este modo, se permite dicho gravamen sobre la legítima de los descendientes porque a la vez se aumenta la cuantía de la atribución a éstos, y se les permite optar por recibir en su lugar su legítima estricta sin ningún tipo de gravamen.

La redacción estándar de la cláusula testamentaria quedaría así: "Legar a su pareja el usufructo universal y vitalicio de su herencia."

Ruega a sus herederos forzosos que acepten esta disposición, de manera que, si alguno no la aceptare, quedará reducida su porción a su legítima estricta, acreciendo su parte en los tercios de mejora y libre disposición a los que sí estuvieren conformes, sobre cuyas porciones hereditarias recaerá el usufructo legado. Y si todos se opusieran, lega a su pareja el tercio de libre disposición en pleno dominio.



En los casos anteriores, faculta a su pareja para que, por si sola tome posesión de lo legado; quedando asimismo en relación con el usufructo, dispensada de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza.

Faculta a su pareja asimismo para que, en lugar del legado de usufructo universal, opte por adjudicarse como legado el pleno dominio del tercio de libre disposición.”

Ante este clausulado, caben dos posibles escenarios al fallecimiento del testador:

– Que los descendientes y la pareja del testador tengan una buena relación. En tal caso, los descendientes respetarán el deseo del testador de atribuir a la pareja el usufructo universal, que éste se adjudicará sobre todos los bienes de la herencia.

– Que los descendientes y la pareja del testador no tengan una buena relación. En tal caso, los descendientes que reclamen su legítima sin gravamen alguno la percibirán, pero verán reducida su atribución a la legítima estricta que les corresponda; y la pareja del testador percibirá el usufructo del resto de la herencia o, como mínimo, el pleno dominio del tercio de libre disposición.

2.1.2. Además de este testamento tradicional, cabe destacar otra opción, que ya adelantamos sólo es recomendable en casos extremos: se trataría de otorgar un testamento integrado por legados, que comprendería una cláusula para cada uno de los bienes inmuebles de la herencia y otra para el metálico, en las que, respecto de cada bien, se legaría a la pareja del testador una tercera parte en

pleno dominio imputándola al tercio de libre disposición; dejando el pleno dominio de las dos terceras partes restantes a los herederos.

Esta opción supone ordenar testamentariamente la constitución de condominios sobre todos y cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario y, como decíamos, si bien permite a la pareja sobreviviente disfrutar inmediatamente de una tercera parte del metálico, la realidad es que crea una potencial situación litigiosa para cada uno de los bienes inmuebles, ya que existirán una pluralidad de condominios, que se resolverán extinguiéndolos, ya sea notarialmente, o judicialmente mediante la acción de división de cosa común. Este inconveniente, en caso de que los previsibles herederos de la pareja del testador no coincidan con los del testador, puede solucionarse con una sustitución fideicomisaria sobre los tercios legados a la pareja, que a su fallecimiento pasarían a los hijos del testador.

La solución del testamento por legados supone, por tanto, una posibilidad, pero no es aconsejable en la gran mayoría de los casos, siendo así preferente la solución del testamento con “cautela socini”.

2.2. Si los herederos forzosos del testador son sus padres o ascendientes, la solución testamentaria será la misma que posteriormente veremos para los casos de testadores sin herederos forzosos, añadiendo la cláusula del legado a los ascendientes de lo que por legítima le corresponda, en la creencia, si no certeza, de que al fallecer el testador dicha legítima será inoperante por premoriencia de dichos ascendientes.

2.3. Vista ya la situación del testador, conviviente de una unión de hecho, que tiene herederos forzosos, podemos pasar a ver la del que no los tiene: esto es, el testador soltero, sin descendientes ni ascendientes, que convive en una unión formalizada con otra persona.

Como señala el art. 763 CC, no teniendo herederos forzosos, gozan de libertad testamentaria.

Pero en estos casos sería un error que cada uno de los convivientes otorgasen un testamento en el que simplemente instituyeran heredero al otro, puesto que cuando falleciere el último, que además de su patrimonio tendría el heredado del conviviente premuerto, todo el patrimonio de uno y otro acabaría en los parientes más próximos del sobreviviente vía sucesión intestada, dada la inexistencia de una sucesión troncal en el Derecho Común, más allá de los casos de reservas o reversiones.

Es aconsejable así que las parejas sin herederos forzosos otorguen testamentos en los que, tras instituir cada uno heredero al otro, ordenen dos sustituciones, cada uno en favor de sus respectivos parientes, amigos, o entidades que desearía que heredasen de no existir su pareja:

– De un lado, una sustitución vulgar para el caso de premoriencia de la pareja nombrada heredera, que evita tener que abrir la sucesión intestada cuando muera el miembro de la pareja que más tiempo viva, que al fallecer habiendo premuerto su pareja, ya estaría predeterminado quién le va a suceder.

– Y de otro, y esto es lo importante, una sustitución fideicomisaria de residuo, para que el miembro sobreviviente, tras heredar al premuerto, pueda disponer en vida de lo heredado, pero lo que quede cuando fallezca y que provenga del premuerto, haga tránsito a los parientes o favorecidos designados por el mismo; de modo que, tras morir ambos, el patrimonio remanente de cada uno de los miembros de la pareja

pase a sus respectivos parientes o personas favorecidas. Esta cláusula podría redactarse como sustitución fideicomisaria tradicional, en la que la pareja sobreviviente no pudiera transmitir ni disponer de lo heredado, o bien de residuo, permitiéndole disponer por actos “inter vivos” a título oneroso, pero no a título gratuito.

3. Para concluir con la exposición, no debemos olvidar que, en los sistemas convivenciales, cuanto mayor sea el formalismo exigido en su constitución, mayor facilidad va a haber en la prueba de su extinción.

En los matrimonios, la prueba de la separación judicial o divorcio es sencilla.

En las uniones de hecho, regula esa extinción el art. 5 de la ley valenciana, pudiendo ser probada mediante el Registro correspondiente, pero esto exige una diligencia para solicitar la cancelación de dicho registro, diligencia que en muchos casos no se tiene.

Por esta falta de formalización, las disposiciones testamentarias voluntarias en favor del conviviente mantienen su eficacia tras la ruptura, de modo que, si no se modifica el testamento, pueden dar lugar a que herede el conviviente, tras la ruptura del vínculo, incluso muchos años después.



Sobre ello, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 28 de septiembre de 2018 han propiciado una novedosa doctrina: acuden al art. 767 CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, señalan que “cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.”

Según la citada jurisprudencia, la expresión “su pareja” no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, sino que revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento, y probada esa ruptura, lo que es realmente complejo, la disposición testamentaria no puede ser eficaz.

Aclara el Tribunal Supremo que la disposición es ineficaz, pero que no lo es por una revocación tácita (la revocación, por definición es posterior al otorgamiento del testamento y debe hacerse con las solemnidades necesarias para testar); ni tampoco por incumplimiento de condiciones.

La nueva doctrina del Tribunal Supremo viene a dotar de rango jurisprudencial, en el Derecho Común, a una cuestión que ya se encuentra regulada en el derecho aragonés, navarro y gallego, respecto del vínculo matrimonial, y en el catalán, incluso respecto de las parejas de hecho.

La línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo merece, en mi opinión, una crítica negativa pues pone en riesgo que efectivamente sea la verdadera

voluntad del testador la que rija su sucesión. Existen dos elementos que, en mi opinión, determinan que acudir en estos casos al art. 767 CC ponga en peligro el cumplimiento de la regla del art. 675 CC.

De un lado, la esencial revocabilidad de todo testamento, conforme a los arts. 737 y siguientes CC. Si el testador se separa de su pareja, es libre de otorgar un nuevo testamento que revoque el anterior.

De otro lado, el testamento no es un negocio jurídico rígido, pétreo, que esté dotado únicamente de fórmulas sacramentales. El testador, tras una disposición en favor de su pareja, si su voluntad es que sólo se mantenga en tanto se mantenga la relación afectiva, puede simple y llanamente decirlo así en el testamento, condicionando las disposiciones testamentarias a la subsistencia de la unión de hecho, aunque en este caso deberá ser diligente para facilitar la prueba de su extinción.

Ciertamente, el art. 767, párrafo primero, CC tiene un ámbito de aplicación diferente al que le ha dado el Tribunal Supremo: la institución o legado causal, en la que el testador manifiesta el motivo o razón de la misma, y cuya falsedad se omite salvo que pueda apreciarse que fue determinativa de la institución.

En conclusión, observamos que la falta de equiparación en el Derecho Sucesorio entre el matrimonio y las uniones de hecho, junto con la pluralidad de ordenamientos que las regulan, origina dificultades para la redacción de este tipo de testamentos, que tan sólo pueden resolverse mediante el adecuado asesoramiento por el Notario para que el testamento, expresando la verdadera voluntad del testador, sea susceptible de una pacífica ejecución tras su fallecimiento.

Por ser de interés os informamos de las siguientes **acciones de la Agencia tributaria Valenciana sobre aplazamientos de términos y plazos en materia de tributos cedidos**, con motivo de la declaración del estado de alarma.

[Haz click en este enlace para verlo](#)



***ANNA, LA JOYA DEL
CANAL DE NAVARRÉS***



La Canal de Navarrés es una de las comarcas de la provincia de Valencia más bonitas, donde pueblos como Quesa, Bicorp, Bolbaite, Millares, Chella, Enguera o Navarrés pertenecen a ella. Pero de entre todos ellos, quizás, destaque uno por encima de todos, quizás por ser uno de los más visitados en primavera y verano, tanto por su patrimonio paisajístico y medioambiental como por su patrimonio.

Hablamos de Anna, una pequeña población de cerca de 3000 habitantes con unos encantos muy especiales y cuyo topónimo deriva del árabe "Al-yanna", que significa "Ojos de agua", (por la gran cantidad de fuentes, manantiales, saltos y gorgos que hay en su término municipal). cultural ubicado en la población, digno de visita.

El Gorgo Catalán: PhotoPixel Valencia (<https://www.facebook.com/javiertb59/>)



Albufera de Ana: PhotoPixel Valencia (<https://www.facebook.com/javiertb59/>)

Quienes la visitan o la conocen, saben muy bien de su preciosa ruta del agua. Destaca, sobre todo, el Gorgo de la Escalera de Anna, un bello paraje natural cerca del tan conocido y visitado Lago de Anna. Este gorgo es un gran cañón que dispone de una escalera de 136 escalones que baja hacia unas aguas heladas, y aunque su entrada no es gratuita (2€ por persona), es muy visitado y un lugar perfecto para pasar el día y disfrutar de un baño en plena naturaleza. Antiguamente este gorgo daba vida a una pequeña central hidroeléctrica de la población.



Lavadero La Balsa: PhotoPixel Valencia (<https://www.facebook.com/javiertb59/>)

También hay que hablar de otro de los lugares a tener en cuenta, que es el Lago de Anna, donde en su Albufera no está permitido el baño, pero sí en una zona que es una piscina de agua natural de manantial. Este entorno está dotado de todo tipo de comodidades, desde aseos, 2 restaurantes, zonas de picnic, 3 chiringuitos, paseos en barca para cuatro personas durante 30 minutos por 5



Fuente: nuncatevasadormirsinaprenderalgonuevo.files.wordpress.com



Glorieta del jardín del "Surtidor" de Anna. PhotoPixel Valencia (<https://www.facebook.com/javiertb59/>)

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

Imágenes:

Imágenes de Freepik

Imagen portada Lago de Anna: PhotoPixel Valencia (<https://www.facebook.com/javiertb59/>)