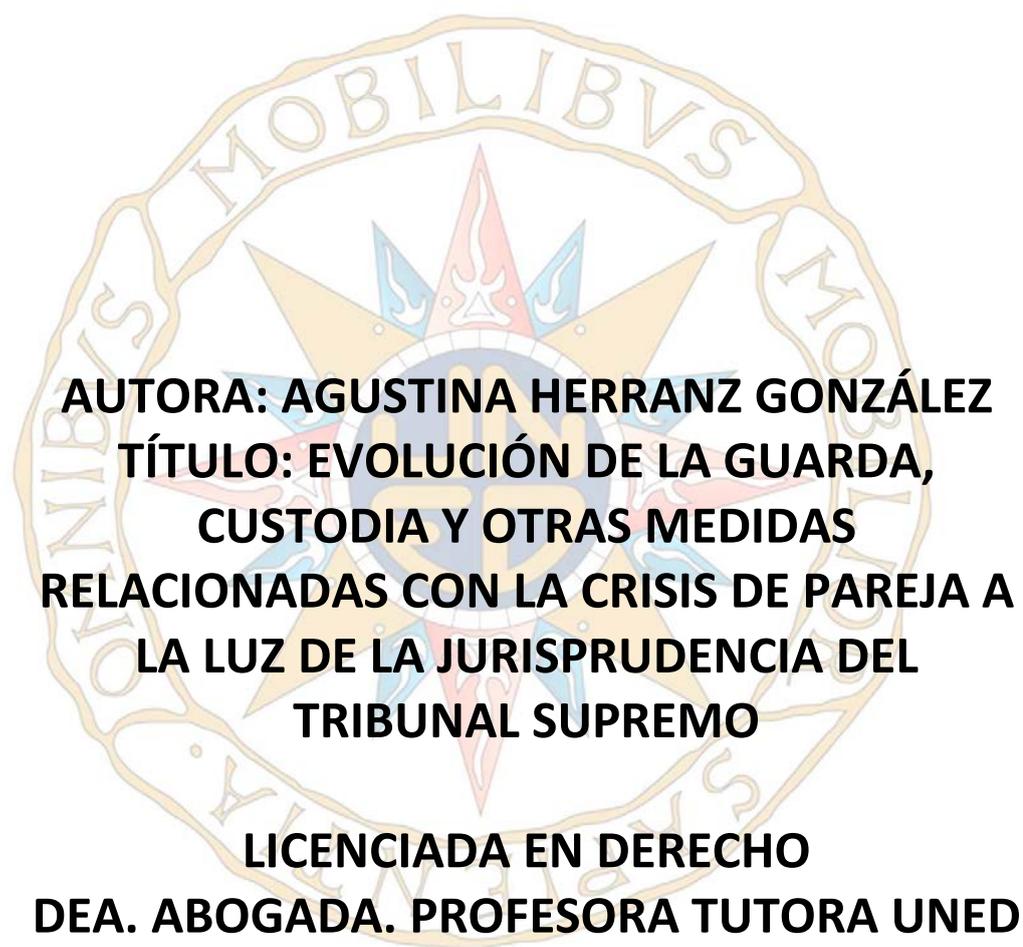


AÑO 2018

TESIS DOCTORAL



AUTORA: AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ
TÍTULO: EVOLUCIÓN DE LA GUARDA,
CUSTODIA Y OTRAS MEDIDAS
RELACIONADAS CON LA CRISIS DE PAREJA A
LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO

LICENCIADA EN DERECHO
DEA. ABOGADA. PROFESORA TUTORA UNED

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES

DIRECTORA: M^a FERNANDA MORETÓN SANZ
CODIRECTORA: M^a PAZ POUS DE LA FLOR

AÑO 2018

A mi familia, por tantas horas robadas.

TESIS POR COMPENDIO DE PUBLICACIONES

Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado.

Tesis por compendio de publicaciones “Documento aprobado por el Comité de Dirección de la EIDUNED, en su reunión de 16 de enero de 2017, y por la Comisión de Investigación y Doctorado de la UNED, con fecha 21 de febrero de 2017”.

AGRADECIMIENTOS

Tras un largo paréntesis culmina ahora la elaboración de esta tesis doctoral cuyos inicios se remontan a los albores del presente siglo. Los primeros pasos de esta andadura comenzaron en el Departamento de Derecho Procesal de la UNED, en cuyo Programa “Temas Procesales de Actualidad” obtuve la suficiencia investigadora en mayo de 2003 con la calificación de sobresaliente. Vayan mis agradecimientos por el apoyo recibido en esta primera etapa para todos los miembros del Departamento citado, en especial para el Profesor D. Manuel Díaz Martínez y su entonces Director, D. Vicente Gimeno Sendra, cargo que ostenta en la actualidad su discípula y joven Catedrática, Profesora D^a. María Sonia Calaza López.

Finalizada esta primera etapa y pese a mantener más viva si cabe la curiosidad y gusto por la investigación, la realidad cotidiana derivada del ejercicio libre e independiente de la abogacía, profesión tan apasionante como absorbente, hizo que la realización de la tesis quedara en estado de hibernación a la espera de circunstancias más favorables que permitieran retomar tan apasionante tarea.

En el año 2013, reavivado el prurito investigador y con algo más de disponibilidad de tiempo tuve la gran suerte de ser admitida en el Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED, coordinado magistralmente por la Profesora D^a Remedios Morán a la que desde estas líneas quiero enviar mi más sincero agradecimiento por la labor de asesoramiento, organización y aclaración de dudas de todo tipo que ha llevado a cabo a través del foro durante los cuatro años que ha durado esta andadura, así como el apoyo del Secretario Académico Jorge Alguacil González Auriolés.

Por su parte, dejo testimonio de mi agradecimiento por la estela universitaria seguida por el nuevo equipo de Coordinación y Secretaría Académica –además del Departamento de Derecho Civil de la UNED, en cuya línea de investigación 7 del Equipo 3 he desarrollado mi trabajo

de investigación– y la labor que cada día lleva a cabo cada uno de los miembros del equipo de la Escuela Internacional de Doctorado, como nueva institución organizadora de los Programas de esta Universidad.

Agradezco especialmente al que fuera durante casi treinta años Director del Departamento de Derecho civil, Profesor Dr. D. Carlos Lasarte Álvarez su labor como Catedrático de Derecho civil, al que sin duda impregna de su calidad humana, sencillez, humildad y, sobre todo, elevados conocimientos, que además es capaz de transmitir con asombrosa facilidad tanto en sus numerosas publicaciones como en las exposiciones que he tenido la suerte de presenciar en directo en los Congresos de IDADFE, entidad que igualmente preside y de la que me honra formar parte.

A la UNED como institución le debo gran parte de lo que soy como persona y prácticamente todos mis logros profesionales. Fue en mi querida Universidad a Distancia donde comencé mis estudios de Derecho allá por el año 1990, cuando la distancia era algo más real y tangible que en la era digital en la que ahora nos encontramos inmersos y, además, mis obligaciones familiares y la falta de recursos me impedían desplazarme para cursar estudios en la universidad presencial. En octubre de 1995 inicié mi andadura profesional como abogada, recién acabada la licenciatura en la UNED. Dos años después comenzó mi labor como profesora-tutora en el Centro Asociado de Jaén, formando parte actualmente de su Equipo Directivo.

De la etapa actual como doctoranda agradezco a la UNED, como no, el acceso de forma sencilla y en cualquier lugar y momento a bases de datos jurídicas de primera categoría y permanentemente actualizadas; bases que me han permitido, a su vez, consultar toda la legislación tanto de ámbito estatal como de las Comunidades Autónomas, Unión Europea, convenios internacionales, etc., incluyendo el *iter* legislativo, las diversas redacciones, reformas y, en general, la evolución de la norma hasta llegar a la redacción vigente. Pero, sobre todo, me ha permitido analizar la evolución de la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo, fundamental para la llevar a cabo esta investigación como fácilmente puede deducirse del título de la tesis.

Deliberadamente he dejado para el final el agradecimiento dirigido a las dos personas que, sin desmerecer al resto, más me han ayudado en la realización de esta tesis doctoral, con el fin de permitirme un breve desglose de las numerosas actuaciones que me han ayudado a culminar

con éxito esta aventura investigadora. Me refiero, claro está, a mi Directora de tesis, Doña María Fernanda Moretón Sanz y, por su parte, a la codirectora, Doña María Paz Pous de la Flor. He sido guiada magistralmente por el laberinto que para mí representaba la elaboración de una tesis, si bien es cierto que la comunicación personal y científica se ha encauzado fundamentalmente a través de María Fernanda, mi querida Fer. He de decir en honor a la verdad que desde el primer momento he encontrado en ella no solo una directora, sino también una amiga que me ha ayudado a elegir desde la materia objeto de investigación hasta el título de la tesis. A lo largo de estos años han sido muchas las correcciones y observaciones realizadas, desechando lo superfluo o erróneo, por supuesto, pero siempre con una palabra de reconocimiento a la labor realizada, valorando mi trabajo seguramente más de lo que merezco, alentándome con su actitud a continuar con la investigación a pesar de las dificultades, señalando nuevos temas sobre los que volcar mi interés y proporcionándome reseñas de buena parte de la doctrina utilizada.

Su dedicación, entrega y decidida apuesta por esta humilde doctoranda han dado como resultado la elaboración, durante el período doctoral, de un total de ocho artículos relacionados de una u otra forma con la materia objeto de estudio. Seis de ellos ya han sido publicados, mientras que los dos restantes se encuentran en proceso de impresión, lo que nos alentó a tramitar esta tesis por el sistema “compendio de publicaciones” al amparo de lo establecido en la normativa vigente.

ÍNDICE

AÑO 2017.....	1
TESIS DOCTORAL.....	1
AUTORA: AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ.....	1
TÍTULO: EVOLUCIÓN DE LA GUARDA, CUSTODIA Y OTRAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LA CRISIS DE PAREJA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	1
LICENCIADA EN DERECHO.....	1
DEA. ABOGADA. PROFESORA TUTORA UNED.....	1
DIRECTORA: M ^a FERNANDA MORETÓN SANZ.....	1
CODIRECTORA: M ^a PAZ POUS DE LA FLOR.....	1
AGRADECIMIENTOS.....	7
ÍNDICE.....	11
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO PRIMERO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS DEL MENOR. NOVEDADES EN TORNO A LA FUTURA LEY DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.....	31
I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA.....	33
II. NORMATIVA VIGENTE.....	35
1.- Orden de protección:.....	36
2.- Guarda y custodia consensuada:.....	36
3.- Guarda y custodia judicialmente determinada:.....	38
III. CRITERIOS ACTUALES Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	41
1.- Supuestos en los que resulta posible su adopción:.....	43
2.- Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo:.....	46
IV. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.....	50
V. CONCLUSIONES.....	54
CAPÍTULO SEGUNDO: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. HACIA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN.....	59
I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA.....	60

II.	APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL RECURSO DE CASACIÓN	60
III.	LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN LA LEC.....	65
IV.	EL DENOMINADO RÉGIMEN TRANSITORIO	68
	1.- Unificación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el régimen vigente:	69
	2.- Motivos de casación y resoluciones recurribles:	70
	3.- Supuestos de recurribilidad:.....	72
	4.- Recurso de casación autonómico:.....	75
V.	DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	75
VI.	CONCLUSIONES	83
CAPÍTULO TERCERO: LA GUARDA Y CUSTODIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON LEGISLACIÓN CIVIL FORAL O ESPECIAL.....		87
I.	VISIÓN DE CONJUNTO.....	89
	1.- Doctrina del Tribunal Constitucional:.....	89
	2.- Ley aplicable:	90
II.	COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.....	91
	1.- Introducción:	91
	2.- Rasgos generales:.....	92
	3.- Ejercicio del deber de crianza y educación:.....	93
	4.- Regulación consensuada:	95
	5.- Regulación judicial:.....	97
	6.- Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar:	98
	7.- Gastos ordinarios y extraordinarios:.....	99
	8.- Pensión compensatoria:.....	99
	9.- Medidas provisionales:.....	99
	10.- Autoridad familiar de otras personas:.....	99
III.	COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA.....	100
	1.- Introducción:	100
	2.- La responsabilidad parental:	101
	3.- El plan de parentalidad:	101
	4.- Ejercicio de la guarda:.....	102
	5.- Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda:.....	103
	6.- Pactos pre o post ruptura:.....	104
	7.- Otras cuestiones de interés:	104
	8.- Conclusiones:.....	108
IV.	COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.....	110

1.- Introducción:	110
2.- Guarda y custodia:	110
3.- Supresión de la guarda y custodia:	111
4.- Regulación supletoria:	112
V. PAÍS VASCO	114
1.- Introducción:	114
2.- Objeto y ámbito de aplicación:	115
3.- Pactos pre-ruptura:	115
4.- El convenio regulador:	115
VI. COMUNIDAD VALENCIANA	118
1.- Breve resumen de su vigencia:	118
VII. CONCLUSIONES	119
CAPÍTULO CUARTO: REPERCUSIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	122
I. ANTECEDENTES	125
II. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA	125
III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO	126
IV. REPERCUSIÓN DE LA REFORMA	128
V. TUTELA PENAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA	129
1.- Traslado del menor:	130
2.- Retención del menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa:	130
VI. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	131
VII. EXCUSA ABSOLUTORIA	133
VIII. ILÍCITOS SEMEJANTES A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES	134
1.- Diferencias con el quebrantamiento de los deberes de guarda y custodia:	134
2.- Diferencias con la inducción al abandono de domicilio:	135
IX. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD	135
X. SUPUESTOS CONCRETOS	136
1.- Desobediencia a la autoridad judicial:	136
2.- Vulneración del principio de legalidad penal:	137
3.- Sustracción de menores:	138
CAPÍTULO QUINTO: RESTITUCIÓN Y RETORNO DE MENORES	143
I. INTRODUCCIÓN	145
II. DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL TRASLADO O RETENCIÓN	149

III.	EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980.....	153
IV.	MARCO JURÍDICO EN LA UNIÓN EUROPEA.....	157
V.	APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA	159
	1.- Supuesto de hecho:	160
	2.- Doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:	162
	3.- Conclusiones:.....	163
VI.	PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES LOCALIZADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL.....	164
VII.	DECLARACIÓN DE ILICITUD DEL TRASLADO O RETENCIÓN DE UN MENOR CON RESIDENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL.....	172
VIII.	CONCLUSIONES	173
CAPÍTULO SEXTO: RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.....		181
I.	INTRODUCCIÓN	183
II.	LOS CONFLICTOS MÁS FRECUENTES.....	183
	1.- Elección de centro escolar:	184
	2.- Actividades extraescolares:	186
	3.- Tratamientos médicos:.....	186
	4.- Ceremonias religiosas:.....	186
	5.- Domicilio del menor:	186
III.	ACCIÓN U OMISIÓN ANTIJURÍDICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL	187
	1.- Vulneración del régimen de guarda, comunicación y estancia:.....	188
	2.- Remedios legales específicos:.....	189
IV.	DOCTRINA GENERAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO MORAL. APLICABILIDAD AL ÁMBITO FAMILIAR.....	191
	1.- SAP Asturias, Sección 5ª, de 18 mayo 2012:.....	194
	2.- SAP Madrid, Sección 12ª, de 26 marzo 2015:	195
	3.- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:.....	196
V.	CONCLUSIONES	197
CAPÍTULO SÉPTIMO: PENSIÓN COMPENSATORIA Y CORRESPONSABILIDAD ECONÓMICA		201
I.	LOS ORÍGENES.....	203
II.	ARTÍCULO 97 CC: EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.....	204
III.	ESTABLECIMIENTO Y POSIBLES VICISITUDES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA	208
	1.- Por el cese de la causa que la motivó:	209
	2.- Por contraer el acreedor nuevo matrimonio:	209

3.- Por vivir maritalmente con otra persona:	209
4.- Otras causas:	210
IV. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LOS RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO	210
V. LAS NUEVAS TENDENCIAS.....	212
VI. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	216
VII. CASUISMO	219
1.- Alteraciones estables:	219
2.- Independencia económica:	220
3.- Desequilibrio no es sinónimo de necesidad:	220
4.- Temporal o vitalicia:.....	221
5.- Revisión en casación:	221
6.- Alteración imprevista:	222
7.- Uniones de hecho:.....	222
8.- No cabe sustituir alimentos por compensación:.....	222
9.- Producción de efectos:.....	223
10.- <i>Pacta sunt servanda</i> , incluso los atípicos:.....	225
11.- Incremento patrimonial relevante y sobrevenido:	226
12.- Pasividad en la búsqueda de empleo:.....	227
13.- Separación de bienes:.....	227
14.- Alteración y pensión temporal:.....	228
15.- Trabajos antes, durante y después del matrimonio:	228
16.- Persistencia del desequilibrio tras la emancipación de los hijos:.....	228
VIII. CONCLUSIONES	229
CAPÍTULO OCTAVO: PENSIÓN COMPENSATORIA. CUESTIONES PRÁCTICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	233
I. INTRODUCCIÓN: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN ESPAÑA.....	235
II. ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	235
III. NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	239
IV. MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN: RETROACCIÓN DE EFECTOS	242
V. CONVIVENCIA <i>MORE UXORIO</i> PREVIA	243
VI. SEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL.....	245
VII. DESEQUILIBRIO SOBREVENIDO	247
VIII. ¿CUÁNDO ES PRECEPTIVA LA RECONVENCIÓN?.....	248
IX. CONCLUSIONES	249

CONCLUSIONES	251
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	253
II. CONCLUSIONES DE LOS CAPÍTULOS PRIMERO Y SEGUNDO	255
III. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO	257
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO CUARTO	258
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO QUINTO	259
VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEXTO	260
VII. CONCLUSIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS SÉPTIMO Y OCTAVO	260
VIII. CONCLUSIONES FINALES	262
BIBLIOGRAFÍA	269
ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	281
PÁGINAS WEB CITADAS	287
ANEXOS.....	289
I. ESTADÍSTICA DE NULIDADES, SEPARACIONES Y DIVORCIOS (SELECCIÓN)	291
II. CIRCULAR 6/2015 SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (CONCLUSIONES)	297
III. ACUERDO SOBRE CRITERIOS DE ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL	303
IV. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA (ART. PRIMERO)	311
V. VERSIÓN PUBLICADA DE LOS ARTÍCULOS QUE COMPONEN LA TESIS:	
1) RDUNED ISSN 1886-9912	
2) Revista bolivariana de Derecho ISSN-e 2070-8157	
3) La Ley (en prensa) ISSN: 0211-2744	
4) Actualidad jurídica iberoamericana ISSN: 2386-4567	
5) Revista Internacional jurídica y empresarial (en prensa) ISSN 0211-2744	
6) Volumen colectivo Coimbra ISBN 978-972-40-6458-1	
7) RCDI ISSN 0210-0444	
8) Volumen colectivo Tirant ISBN 978-84-9143-941-7	

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda el estudio conjunto de las diversas medidas relacionadas con la ruptura de un matrimonio o pareja de hecho, dedicando especial atención a los regímenes de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores por ser la medida que más conflicto genera habitualmente y que, además, condiciona en buena parte las demás. Desde un enfoque eminentemente práctico, nos adentramos en las diversas cuestiones de forma y de fondo que se plantean cotidianamente ante los órganos judiciales.

Este **objeto de estudio** resultó finalmente elegido frente a otros muchos igualmente interesantes en atención, fundamentalmente, a dos variables:

- La primera, la enorme repercusión que el desmembramiento de la unidad familiar produce no solo en la vida cotidiana de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho, sino también en sus familiares más cercanos. Entre esos familiares merecen sin duda especial consideración los abuelos, que en muchos casos desarrollan durante años y de forma habitual la labor de padres y, sin embargo, en ocasiones se ven privados de la relación con esos pequeños seres a los que prácticamente han dedicado los mejores años de su merecido descanso. Pero quizás la repercusión más evidente y lastimera se evidencia en los hijos menores del matrimonio o pareja de hecho, cuando existen, porque a menudo se ven inmersos en la batalla personal y judicial que libran las dos personas que desde su nacimiento han constituido su referente a todos los niveles.

- La segunda variable es el elevado número de casos presente en nuestra “realidad social”. Según el INE, durante el año 2015 se tramitaron en España más de cien mil procedimientos de nulidad, separación o divorcio, tendencia que se mantuvo en el año 2016 aunque con un ligero descenso del 0,1%. La tasa de ambos años alcanzó el 2,2 por cada 1.000 habitantes, y resulta especialmente significativa si tenemos en cuenta que no incluye las rupturas de parejas de hecho. Nos encontramos, por tanto, ante un elevado número de demandas que pululan por nuestros juzgados y tribunales buscando soluciones que los interesados son incapaces de encontrar por sí solos. Algunos de estos casos alcanzan incluso una gran repercusión

mediática generada por los elevados intereses en juego, tanto más perjudicial para los hijos cuanto más bombo y boato se les otorga.

Esta “rabiosa actualidad” supone sin duda un importante hándicap para abordar una investigación seria y fundada, basada en el poso que el transcurso de los años confiere a cualquier materia de estudio. Pero, como contrapartida, permite analizar la jurisprudencia desde el prisma de la inmediatez, bucear en las soluciones que nuestros órganos judiciales y muy especialmente el Tribunal Supremo vienen implementando cada día en la sociedad a través de las resoluciones dictadas al juzgar las diversas situaciones sometidas a su consideración. Resoluciones judiciales que, a su vez, constituyen un “precedente” en sentido amplio, dado que son utilizadas como modelo o ejemplo para abordar el estudio y resolución de casos posteriores, incluso aunque el pronunciamiento judicial no reúna los requisitos para ser considerado jurisprudencia en sentido estricto.

La materia sometida a examen es ciertamente amplia, pues son muchos los aspectos personales y patrimoniales implicados en una ruptura. Por ello, no es difícil encontrar artículos, monografías, etc. relacionados con alguna de las cuestiones tratadas en esta tesis. Sin embargo, se echa en falta una **visión global y conjunta** de las principales medidas que es preciso adoptar de forma más o menos inmediata y que, aunque varían en cada caso concreto, deben regular simultáneamente aspectos tan relevantes como la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la forma en que los progenitores se relacionarán con sus vástagos a partir de ese momento y los medios económicos para hacer frente a las cargas familiares en general. Después vendrán, quizás, los incumplimientos que pueden generar responsabilidad civil o penal, o la necesidad de aplicar las figuras jurídicas de la restitución o retorno de menores.

Precisamente teniendo en cuenta esa multiplicidad de cuestiones litigiosas, resulta cuando menos conveniente abordar su regulación de forma conjunta, teniendo en cuenta tanto la vertiente personal como la patrimonial. Piénsese que, por ejemplo, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la determinación del progenitor o progenitores que deben abonar la pensión de alimentos para los hijos o la cuantía de ésta (medidas todas ellas de carácter patrimonial) están directamente condicionadas por el régimen de guarda, comunicación y estancia que se establezca.

El **método de investigación** se basa, fundamentalmente, en el análisis de las resoluciones judiciales relacionadas con esta materia desde que

se introdujo el divorcio en nuestro país hasta nuestros días, indagando en su evolución y en los hechos sociales que la han motivado.

En definitiva, el trabajo que sigue a esta introducción pretende proporcionar al lector una **visión clara, resumida y global** de la evolución de las medidas relacionadas con la ruptura matrimonial o de pareja en España. Visión obtenida a través de la respuesta judicial, que igualmente ha evolucionado para acompasarse a los sucesivos cambios legislativos y a la realidad social del tiempo que nos ha tocado vivir. En todas y cada una de las materias que se abordan se analiza muy especialmente la doctrina emanada del Tribunal Supremo siempre que existe, sin perder de vista los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con determinadas cuestiones abordadas al resolver casos concretos.

Por otra parte, consideramos que esa faceta eminentemente práctica y cambiante presente en las medidas relacionadas con la ruptura matrimonial o de pareja puede suscitar interés no solo en el jurista ya formado o en ciernes, sino también en cualquier persona interesada en su lectura con la única finalidad de incrementar sus conocimientos sobre cuestiones que son tan actuales y cotidianas como relevantes en la vida de muchos de nosotros, bien directamente, bien por afectar a nuestros familiares, amigos o allegados.

Como resulta del encabezamiento, la tesis está compuesta por un compendio de artículos, ocho en total, que han sido publicados o están en vías de publicación en diversas revistas especializadas de ámbito jurídico. Veamos cada uno de ellos por separado:

En el **CAPÍTULO PRIMERO, publicado en el año 2014 en la Revista de Derecho UNED número 14**, se analiza la relevancia que los pronunciamientos relacionados con la guarda y custodia de los hijos menores de edad tienen en la vida de todos los miembros de la familia, incluso la extensa, dado que no solo delimita el régimen de comunicación y estancia de los hijos con sus progenitores sino que, además, tiene una importante repercusión en medidas de carácter económico, como por ejemplo la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar o la pensión de alimentos.

El artículo se hace eco del cambio social que se está produciendo en relación con la atribución de la guarda y custodia, postulando la igualdad del hombre y la mujer a estos efectos y eliminando cualquier discriminación por razón de sexo tal como impone el artículo

14 de nuestra Constitución. La sociedad española actual parece haber llegado a la conclusión de que la prole puede y debe ser atendida por ambos progenitores tanto antes como después de la ruptura, única fórmula para que los menores puedan aprehender los valores básicos de uno y otro en aras a un mejor y más completo desarrollo personal en sentido amplio. Esa demanda social ha tenido satisfacción en la normativa dictada por algunas de las Comunidades Autónomas con competencias sobre esta materia, y más tenuemente en el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental aprobado por el Gobierno de España en julio de 2013. Norma que, desgraciadamente, en el momento de escribir esta introducción continúa sin ver la luz.

En el apartado II del mismo capítulo se analiza la normativa vigente en el momento de su redacción, no incluyendo por tanto las reformas posteriores. Entre ellas cabe citar la del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que entre otras cosas atribuye competencias sobre celebración del matrimonio, separación y divorcio al Secretario Judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) y al Notario en los supuestos de mutuo acuerdo y siempre que no existan menores o discapacitados interesados en el procedimiento.

También se detallan las diversas fórmulas a través de las que pueden adoptarse medidas relacionadas con la guarda y custodia de los menores o discapacitados, desde la orden de protección que regula el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta la guarda consensuada o judicialmente determinada. El artículo continúa analizando la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la guarda y custodia compartida, que a partir de la STS 257/2013 considera el Alto Tribunal debe ser el régimen normal y deseable. También los diversos supuestos en los que resulta posible su adopción según la normativa estatal o régimen común, para finalizar con la exposición de algunas cuestiones sobre las que se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo.

El CAPÍTULO SEGUNDO, muy relacionado con el anterior, lleva por título “Guarda y custodia compartida. Hacia la unificación de criterios en el recurso de casación”. **Publicado en la Revista Boliviana de Derecho número 18 en julio de 2014**, este trabajo se propone analizar los diversos medios de los que dispone el jurista para lograr la deseada uniformidad en los pronunciamientos sobre guarda y custodia, una vez consagrado el régimen de guarda compartida como el “normal e incluso deseable” mediante la Sentencia 257/2013 dictada

por el Tribunal Supremo el 29 de abril de 2013, antes citada. Imprescindible resultaba en este caso realizar un breve estudio del recurso de casación civil, pues requisito fundamental para que pueda prosperar y lograr así la unificación es conocer y cumplir sus normas reguladoras en general y, por supuesto, los requisitos de admisión publicados por el Tribunal Supremo. Por otra parte, y al igual que ocurre en cualquier otra materia, las cuestiones de hecho no acceden a la casación al corresponder la valoración de la prueba al tribunal de instancia, por lo que la impugnación del relato fáctico ha de instrumentarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal cumpliendo, así mismo, los requisitos de forma y de fondo exigidos desde el inicio del procedimiento. En definitiva, el incumplimiento de las exigencias tanto materiales como formales vetan el acceso al Alto Tribunal e impiden la unificación, de donde se deriva la necesidad de conocerlas.

Con el CAPÍTULO TERCERO concluye el estudio de la guarda y custodia. Lleva por título “La Guarda y Custodia en las Comunidades Autónomas con Legislación Civil Foral o Especial” y en el momento de escribir esta introducción está en proceso de publicación. El artículo contiene, a modo de introducción, una visión de conjunto destinada a justificar la coexistencia de los diversos regímenes aplicables dentro de nuestro país, con un breve examen de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Seguidamente nos adentramos en el análisis por separado de la normativa vigente en las Autonomías de Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco y Valencia. Como en cualquier otro caso de concurrencia de normas, el punto de partida pasa por determinar cuándo procede aplicar la normativa común y cuándo la emanada de alguna de las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial, ley personal que viene determinada por la vecindad civil y cuya delimitación está regulada en los artículos 14 y 15 del Código Civil. Desde un punto de vista teórico, la vigencia de esta multiplicidad de normas dentro del territorio español podría generar incluso la vulneración del derecho a la igualdad, dado que situaciones sustancialmente iguales reciben respuestas diferentes por parte del órgano judicial en función del territorio en el que se produzcan los hechos y, consiguientemente, la legislación que resulte aplicable. Ello es especialmente relevante si tenemos en cuenta que, a excepción de la Comunidad Navarra, el resto de las Autonomías se decantan claramente a favor del régimen de guarda y custodia compartida, regulando además con detalle otras medidas relacionadas con el uso de la vivienda, gastos ordinarios y extraordinarios, pensión compensatoria y otras medidas directamente relacionadas con la

ruptura de pareja, mientras que el Código Civil mantiene una postura mucho más parca y conservadora.

Mención especial requiere sin duda el caso de la Comunidad Valenciana, cuya Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los Hijos e Hijas cuyos Progenitores no Conviven, que se decantó claramente a favor de la guarda compartida estableciendo la misma como principio general y relegando la guarda individual para los supuestos excepcionales en los que resultara más conveniente para el interés del menor, fue sometida a recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la posible vulneración de la Constitución Española por el legislador autonómico al haberse excedido éste en el ejercicio de sus competencias sobre derecho civil propio de la Comunidad. Interpuesto el recurso, se acordó inicialmente suspender la vigencia de la Ley, pero finalmente fue levantada la suspensión y, por tanto, la norma resultó plenamente aplicable en la Comunidad Valenciana durante casi cinco años, hasta que fue declarada inconstitucional y por consiguiente nula mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de noviembre.

A pesar de su derogación, los principios rectores que inspiraron la norma valenciana fueron elevados a la categoría de doctrina judicial por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia 9/2013, de 6 de septiembre, dictada al resolver un recurso de casación en materia de derecho foral. Sentencia que estableció como doctrina de la Sala que la mera entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 1 de abril, constituía un cambio de circunstancias suficiente para solicitar la modificación de las medidas adoptadas conforme a la legislación estatal, consolidando igualmente la excepcionalidad del régimen de custodia individual. Este posicionamiento, pese a la derogación, fue respaldado por el Tribunal Constitucional al declarar expresamente que la nulidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, no afecta a las situaciones jurídicas creadas y consolidadas durante su vigencia, dado que las resoluciones judiciales en las que se aplicó la norma declarada nula se dictaron en atención al “superior beneficio de los menores”, principio que en todo caso debe prevalecer “independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal o autonómico”. En consecuencia, termina afirmando el Tribunal que la Sentencia no debe conllevar necesariamente la modificación de las medidas adoptadas al amparo de la norma declarada nula.

El CAPÍTULO CUARTO lleva por título “La repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal” y fue **publicado en la revista Actualidad Jurídica Iberoamericana número 3-ter en diciembre de 2015**. En este artículo se aborda el estudio de la repercusión que tienen los incumplimientos del régimen de guarda y custodia en el ámbito punitivo, que tras la derogación del Libro III del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, quedó limitada al delito de sustracción de menores, sin perjuicio de mantener el genérico delito de desobediencia del artículo 556 del mismo Código.

El Preámbulo de la norma derogatoria justifica la despenalización de las infracciones penales de carácter leve afirmando que “Sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa. La pretensión es clara: reservar al ámbito penal el tratamiento de las conductas más graves de la sociedad, que por ello deben merecer un tratamiento acorde a su consideración”. Por lo que aquí interesa, la reforma derogó los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, “... sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La opción de política legislativa se justifica por la necesidad de reducir la elevada litigiosidad que recae sobre nuestros órganos judiciales, reservando el Derecho Penal para la solución de los conflictos más graves. Esta decisión del legislador nacional no tiene en cuenta, empero, que la despenalización de las faltas (hoy delitos leves) contra las relaciones familiares provoca un inevitable retraso de la respuesta judicial ante el incumplimiento de las resoluciones sobre guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores, dada la mayor dilación acumulada en los procesos civiles frente a la inmediatez con la que anteriormente se resolvían este tipo de incumplimientos en la mayoría de los casos. Dilación que, a nuestro entender, va en detrimento del derecho a la vida familiar que garantiza nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Continuando con esta breve introducción, el CAPÍTULO QUINTO lleva por título “Restitución y retorno de menores”, artículo que también se encuentra en proceso de publicación en el momento de escribir estas líneas.

Se trata de dos instituciones o conceptos claramente diferenciados cuya fundamental causa de conexidad deriva de la presencia del elemento internacional en la relación paterno-filial. La restitución hace referencia a la devolución de los menores que se encuentran en territorio español a otro país que así lo haya solicitado, cuando proceda por imperativo de la norma legal o convencional que resulte de aplicación. El segundo, por el contrario, se refiere a la petición de retorno de aquellos menores que han sido indebidamente trasladados desde nuestro país a otro territorio.

Ambas instituciones guardan una estrecha relación entre sí y tienen gran relevancia en la actualidad como consecuencia de los crecientes flujos de personas que se producen desde hace algún tiempo tanto por motivos laborales como por otras causas (viajes de turismo, migraciones masivas, etc.), con la consiguiente internacionalización de las relaciones personales y paterno-filiales. La particularidad de la normativa aplicable para la resolución de estos conflictos reside en la existencia de varias leyes personales que pueden resultar de aplicación al caso concreto, siendo necesario delimitar los derechos y obligaciones de cada parte sin perder de vista en ningún momento el supremo interés del menor. Los textos de mayor relevancia en esta materia son el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo, ambos del año 1980, junto con el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre. La aplicación de los citados instrumentos en nuestro país se venía realizando a través del proceso de jurisdicción voluntaria, cuya regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se revelaba totalmente anacrónica e inadecuada para una materia tan conflictiva. En la actualidad, el procedimiento judicial ha sido modificado mediante Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que introduce los artículos 778 quater a sexies en el Libro IV de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, configurando ambos procedimientos como procesos contenciosos especiales. Encuadramiento sin duda más acorde con su verdadera naturaleza.

El CAPÍTULO SEXTO se dedica al estudio de la “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”. Se encuentra **publicado en “Actas del Congreso de IDADFE AUTONOMIA E**

HETERONOMIA NO DIREITO DA FAMÍLIA E NO DIREITO DAS SUCESSÕES que se celebró en Oporto en el año 2015.

Se analizan en este trabajo las diversas posturas doctrinales existentes en relación con la posibilidad, tímidamente admitida por la jurisprudencia, de aplicar el instituto de la responsabilidad civil al ámbito familiar. El daño, que se denomina generalmente intrafamiliar, puede provenir de numerosos actos u omisiones, entre los que cabe citar la infidelidad conyugal, la ocultación de la verdadera paternidad o la declaración indebida de desamparo por las administraciones públicas. El supuesto más común en la práctica, sin embargo, es el de los daños causados por la vulneración o desconocimiento de las facultades inherentes a la patria potestad.

Las discrepancias relacionadas con la crianza y educación de los hijos pueden ser muy variadas y manifestarse tanto durante la vida en común como tras la ruptura. En ambos casos, los progenitores pueden acudir al Juez para que, al amparo del artículo 158 del Código Civil, atribuya a uno de ellos la facultad de decidir. No obstante, la intervención judicial se limita generalmente a los casos post-ruptura, al arrogarse frecuentemente el progenitor custodio facultades decisorias unilaterales que no le corresponden por el mero hecho de serlo. Y es que, con independencia del concreto régimen de comunicación y estancia que resulte de aplicación, es necesario el consenso de ambos progenitores para decidir acerca de las cuestiones más relevantes que afectan a los hijos, salvo casos de urgencia, en especial las que afectan a su educación, salud y formación integral, puesto que son facultades inherentes a la patria potestad. Los conflictos, cada vez más numerosos, se concentran fundamentalmente en la elección inicial del centro escolar y cambio de colegio por traslado de domicilio, las actividades extraescolares, tratamientos médicos, celebraciones religiosas y domicilio del menor.

La injerencia indebida en cualquiera de las facultades inherentes a la patria potestad puede generar un daño moral indemnizable. El artículo se centra en los incumplimientos del régimen de guarda, comunicación y estancia porque de alguna forma engloban todos los demás y, por tanto, son los que causan un mayor perjuicio tanto al progenitor afectado por el incumplimiento como al menor. Es difícil imaginar que una persona pueda decidir a qué colegio va a acudir su hijo o las actividades extraescolares que debe realizar cuando ni tan siquiera se le permite relacionarse con él.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene que “el disfrute de la compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar que garantiza el artículo 8 del Convenio”, aseverando que existe una auténtica obligación por parte de los Estados de garantizar el respeto efectivo de la vida familiar.

La ejecución judicial de las resoluciones sobre guarda, comunicación y estancia en nuestro país tienen como denominador común la persecución del cumplimiento de la medida en sus propios términos (cumplimiento *in natura*), y solo cuando ello no es posible entra en juego la ejecución subsidiaria, aplicando las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de condenas de hacer o no hacer en función del concreto incumplimiento.

Al margen de perseguir la ejecución de los pronunciamientos judiciales, se plantea la posibilidad de aplicar la doctrina general sobre responsabilidad civil para resarcir el daño moral causado por el incumplimiento, sin que en nuestro ordenamiento jurídico exista norma alguna que impida dicha aplicación. Pese a ello, lo cierto es que la cuestión no está exenta de polémica, mostrándose generalmente reacios nuestros juzgados y tribunales a admitir la existencia de responsabilidad civil en la esfera de las relaciones familiares por entender que no se pueden mercantilizar las mismas. Siendo muy escasas las resoluciones judiciales que reconocen la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios causados, incluyendo los morales.

Con el CAPÍTULO SÉPTIMO nos adentramos en el estudio de la pensión compensatoria, que se inicia con el artículo “Pensión compensatoria y corresponsabilidad económica: revisión de las tendencias del Tribunal Supremo y la temporalidad prevista legalmente”. **Publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 751 en septiembre-octubre de 2015**, comienza con una breve introducción sobre los orígenes de la pensión compensatoria en nuestro país, ligada indisolublemente al desequilibrio económico que la desigualdad entre géneros, fuertemente arraigada en la sociedad española de aquella época, generaba en la mujer tras la separación o divorcio.

La evolución de la pensión compensatoria en España es fiel reflejo de la evolución de su sociedad, que progresivamente se ha adaptado a partir de los años ochenta del pasado siglo a un modelo en el que los roles masculino y femenino se desdibujan sensiblemente en aras de un trato más acorde con nuestra vigente Constitución. Esa evolución es fruto, sin duda, de la legislación, pero sobre todo del sentir general, pues sabido es que el derecho va a la zaga de la sociedad, y ésta demanda

hoy una educación no sexista que proporcione formación igualitaria a ambos sexos para facilitar su incorporación al mercado laboral, lo que a su vez debe conllevar la distribución equitativa de las tareas domésticas y el cuidado de la prole. Consiguientemente, la pensión compensatoria va perdiendo buena parte de su sentido inicial, evolución que se refleja como no podía ser de otra forma en las resoluciones judiciales y en la propia legislación, restringiendo el acceso a la misma o limitando su duración.

Se describe seguidamente la regulación legal de la pensión compensatoria, analizando el concepto de desequilibrio económico, las diversas fórmulas para su establecimiento y las vicisitudes que puede atravesar hasta su extinción, sin olvidar su relación con los restantes pronunciamientos de contenido económico. Finalmente nos adentramos en las nuevas tendencias jurisprudenciales y legales sobre pensión compensatoria, analizando una muestra de la casuística judicial. A modo de conclusión, se propugna en este artículo la extensión de la corresponsabilidad parental al terreno económico, dado que las medidas de carácter patrimonial configuran la realidad tangible de los menores del mismo modo que las personales. Por consiguiente, el desequilibrio económico susceptible de generar el derecho a percibir pensión compensatoria debería evaluarse una vez que estén cubiertas las necesidades básicas o primarias de toda la familia.

Finalmente, en el CAPÍTULO OCTAVO se completa el estudio de la pensión compensatoria, en este caso desde el prisma de su relación con la pensión de viudedad. El artículo lleva por título “Pensión compensatoria. Cuestiones prácticas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Presentado en el **Congreso Internacional “Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja”** que fue convocado por IDADFE y se celebró en Jerez de la Frontera en septiembre-octubre de 2016, **ha sido publicado recientemente por la editorial Tirant lo Blanch.**

Se analizan en este artículo en primer lugar los requisitos legalmente exigidos por nuestra vigente legislación para el acceso a la pensión de viudedad, con la mirada puesta en los supuestos de separación o divorcio dado que es requisito imprescindible en ese caso que el beneficiario estuviera percibiendo una pensión compensatoria a cargo del causante que se extinga a su fallecimiento. Pero, sobre todo, el estudio se centra en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y su evolución claramente favorable al reconocimiento de la pensión de

viudedad siempre que el beneficiario estuviera recibiendo una cantidad periódica a cargo del causante en el momento de su fallecimiento, con independencia de su denominación. Cambio de criterio que el Alto Tribunal basa en que la dependencia económica existe siempre que el supérstite estuviera recibiendo una pensión del causante, con independencia de su denominación o naturaleza jurídica, y teniendo en cuenta que “Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba”. Y ello porque, según afirma en Sentencia dictada por la Sala Cuarta, de lo Social, el 12 de febrero de 2016, “...habrá que acudir a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una interpretación finalista del otorgamiento de aquélla”. Evolución jurisprudencial sin duda interesante a efectos prácticos que está basada en una interpretación claramente finalista de la norma.

Se abordan en este artículo, entre otras, la posibilidad de que la modificación de la pensión compensatoria tenga efectos retroactivos desde la interposición de la demanda en los casos de modificaciones transitorias; los efectos que cabe atribuir a la convivencia *more uxorio* inmediatamente anterior al matrimonio; o la necesidad de respetar los pactos que puedan haber establecido válidamente los cónyuges al respecto, dado que la pensión compensatoria es un derecho disponible regido por el principio de autonomía de la voluntad. Finalizando con el análisis de la doctrina jurisprudencial sobre cuándo es preceptivo formular reconvencción para que la pensión compensatoria pueda formar parte del objeto de debate.

Tras este breve avance de su contenido, se insertan a continuación los ocho artículos jurídicos que conforman la tesis doctoral. En primer lugar, con el formato o versión que podríamos denominar completa o primitiva, por considerar que de esta forma se facilita la comprensión de las instituciones analizadas. Pero también se incluyen al final de la tesis, como un anexo de la misma, respetando íntegramente la redacción con la que han sido publicados o están en vías de publicación.

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS DEL MENOR. NOVEDADES EN TORNO A LA FUTURA LEY DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

SUMARIO: I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA. II. NORMATIVA VIGENTE. 1.- Orden de protección. 2.- Guarda y custodia consensuada. 3.- Guarda y custodia judicialmente determinada. III. CRITERIOS ACTUALES Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA. 1.- Supuestos en los que resulta posible su adopción. 2.- Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo. A) Excepcionalidad. B) Relación entre los progenitores. C) Régimen normal y deseable. D) Imprescindible petición de parte. E) No basta una motivación puramente retórica. F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas. G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad. H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento en las nuevas tendencias. IV. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La seguridad jurídica en materia de guarda y custodia aconsejan establecer criterios comunes de actuación. El objetivo es la tutela del supremo interés del menor, principio rector en esta materia. La STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) ha establecido como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

ABSTRACT: Legal certainty regarding custody advise establish common performance criteria. The objective is the protection of the interests of the child, guiding principle in this matter. The STS April 29, 2013 (EDJ 2013/58481) has been established as legal doctrine that shared custody is to be regarded as the normal regime and more convenient for the child.

PALABRAS CLAVE: Indeterminado, rebelión, corresponsabilidad, novedosa, deseable, castigo, desproporcionado, constitucional, flexibilizar.

KEY WORDS: Indeterminate, rebellion, joint responsibility, new, desirable, punishment, disproportionate, constitutionality, adjust.

I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

La ordenación de las relaciones entre el menor y sus progenitores cuando se produce la desintegración familiar se efectúa, de ordinario, mediante el correspondiente pronunciamiento judicial sobre guarda y custodia¹. Medidas, por otra parte, de gran repercusión tanto en el aspecto personal como en el patrimonial², por lo que resulta una de las cuestiones más controvertidas. Así mismo, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico consagra la igualdad no solo como derecho fundamental³, sino también como valor superior⁴ que debe presidir toda actuación pública. Todo ello aconseja unificar los criterios de actuación sobre la materia, a modo de protocolo al que puedan remitirse los operadores jurídicos. Dicha seguridad o certeza legal y judicial se hace más evidente dada la coexistencia de la normativa estatal con la de nuestras Comunidades Autónomas, si bien se reclama también ante la diversidad de criterios seguidos en territorio común.

La fórmula para lograr esa deseada unificación de criterios no puede ser otra que la elaboración, consolidación y aplicación homogénea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, dado que de conformidad con lo establecido por el art 1.5 del CC, la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico y, por tanto, debe ser aplicada por todos y cada uno de los órganos judiciales con independencia de su ubicación dentro del territorio nacional.

En nuestro país con carácter general la guarda y custodia de los menores se ha venido atribuyendo a la madre, con el consabido régimen de visitas a favor del padre. Patrón que se mantiene en la actualidad según informe sobre porcentajes de atribución de la guarda y custodia publicado por el INE en relación con el año 2012, al cual haremos mención más adelante. Sin embargo, es evidente que el sustrato social en el que se fundamentaba tradicionalmente la atribución de la guarda y custodia a la madre ha variado de forma sustancial, puesto que en la actualidad tanto el hombre como la mujer trabajan fuera del hogar y, así mismo, comparten las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, con la ayuda inestimable de los abuelos. Tal vez por ello cada vez son más los varones que solicitan la atribución de la guarda y custodia de sus hijos menores, bien de forma exclusiva,

bien para compartirla con la madre. En definitiva, el hombre ya no se conforma con “visitar” a sus hijos y tenerlos esporádicamente en su compañía, sino que exige compartir sus cuidados y educación en términos de estricta igualdad. Los abundantes foros, páginas web y otros movimientos sociales activos en diversos ámbitos, son buena prueba de ello.

En resumen, la sociedad española actual está demandando un cambio radical en esta materia para que la guarda y custodia de los hijos menores de edad se reparta entre sus progenitores en términos de estricta igualdad y sin discriminación alguna por razón de sexo, tal como proclama el artículo 14 de la vigente Constitución. No podemos olvidar que, conforme establece el artículo 3.1 del Código Civil, uno de los parámetros a tener en cuenta en la interpretación y aplicación de la Ley es, precisamente, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

Aunque esa “rebelión” de los padres españoles está dando sus frutos tanto en el ámbito judicial⁵, como en el ámbito legislativo a través de las modificaciones llevadas a cabo en determinadas legislaciones autonómicas⁶, no cabe duda de que aún queda mucho camino por recorrer. Y el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental, aprobado por el Gobierno de la Nación en julio de 2013 y actualmente en trámite, podría ser un buen punto de partida para esa andadura⁷.

En cualquier caso, no cabe duda de que la regulación de la guarda y custodia de los menores es un tema candente y altamente conflictivo por la gran repercusión que su atribución a uno u otro de los progenitores conlleva en la práctica. Y ello porque no solo afecta a las relaciones personales, sino también a las patrimoniales, dado que con carácter general el progenitor que obtiene la guarda y custodia tiene derecho al uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar, así como a administrar la pensión de alimentos que el progenitor no custodio viene obligado a abonar. Y todo ello hasta tanto los hijos se independicen personal y económicamente, lo que en muchas ocasiones supone un lapso de tiempo demasiado largo. Entretanto, el otro progenitor se ve alejado de sus hijos, frecuentemente sin un lugar donde vivir y con la obligación de pagar cantidades a las que, en ocasiones, ni siquiera puede hacer frente. Impago de pensiones que, por otra parte, está tipificado como delito⁸.

II. NORMATIVA VIGENTE

Las medidas que afectan a los menores ante la ruptura de sus progenitores están contenidas básicamente en el Capítulo IX del Título I del Código Civil bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, así como en el Capítulo X del mismo Título, rubricado “De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio”. Las citadas medidas resultan aplicables tanto a los hijos matrimoniales como a los no matrimoniales, en virtud de la regla sexta del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si bien la ruptura de los progenitores en nada afecta al ejercicio de la patria potestad, que seguirá ejerciéndose conjuntamente por ambos salvo que la sentencia se pronuncie sobre la privación de la misma, la custodia de los hijos menores de edad y no emancipados sí se ve afectada por la crisis familiar, debiendo pronunciarse el Juez sobre la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía en caso de que los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo al respecto, así como cuando dicho acuerdo no sea aprobado judicialmente⁹.

De la conjunción de los artículos 92, 94 y 160 del Código Civil se colige que nos encontramos ante un derecho-deber del progenitor, puesto que, por un lado, el primero de los preceptos citados establece que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”, de donde se deduce que continúan teniendo, entre otras, la obligación de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Obligaciones todas ellas derivadas de las funciones que comprende la patria potestad¹⁰. Por otra parte, los artículos 94 y 160 del Código civil configuran el derecho de visitas como una verdadera facultad atribuida por la ley a favor del progenitor que no tiene la guarda y custodia de los menores, facultad que podrá limitar o suspender el juez si concurren circunstancias graves que así lo aconsejen, o bien cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. En cualquier caso, el régimen de visitas debe ser entendido como un mal menor tendente a permitir unas relaciones paterno-filiales estables que haga posible cubrir las necesidades afectivas tanto del menor como del progenitor que no tiene la guarda y custodia, así como las necesidades educacionales y de estabilidad de los hijos para que la separación de

los padres les afecte lo menos posible. Así se refleja en numerosas resoluciones judiciales, de entre las cuales citamos el auto de la AP de Valencia de 27-1-1994: “Debe buscarse siempre el interés y beneficio objetivo de la menor, y es evidente que para un hijo es provechoso el contacto con uno y otro progenitor para alcanzar un desarrollo pleno y armónico”.

El artículo 90 del Código Civil establece, entre los extremos a los que necesariamente habrá de referirse el convenio regulador que los cónyuges han de acompañar a la demanda de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, los referentes a la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sometidos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los menores con el progenitor que no viva con ellos. Por su parte, el artículo 103 del mismo cuerpo legal hace lo propio en relación con las medidas provisionales que habrá de acordar el juez en defecto de acuerdo de ambos cónyuges. Finalmente, el artículo 91 impone al Juez la obligación de establecer dichas medidas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, cuando no haya acuerdo entre los progenitores o bien el mismo no sea aprobado.

En la actualidad las medidas sobre guarda y custodia de los hijos menores pueden quedar fijadas de las tres formas que se exponen a continuación:

1.- Orden de protección:

Entre las diversas medidas que cabe incluir en la orden de protección que regula el artículo 544-ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el apartado 7 del citado precepto legal incluye las de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y el régimen de prestación de alimentos. Solo cabe acordarlas cuando no existan previamente y tienen una vigencia inicial de treinta días. Si durante ese plazo se incoa un procedimiento de familia ante el orden civil, la vigencia de las medidas adoptadas en el ámbito penal se amplía durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, debiendo ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez civil en ese término.

2.- Guarda y custodia consensuada:

Es la que pactan los progenitores en el convenio regulador al que se refiere el artículo 90 del Código Civil, o bien mediante el acuerdo al que pueden llegar en la comparecencia de medidas previas¹¹, medidas provisionales¹², o bien en la vista del proceso de nulidad, separación o divorcio¹³. Alcanzado el acuerdo, y previo informe no vinculante del Ministerio Fiscal, el juez debe acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia, tal como establece el artículo 92.5 del Código Civil. Ahora bien, no procederá en ningún caso la guarda conjunta en caso de que alguno de los progenitores esté incurso en un procedimiento penal por alguno de los delitos que se relacionan en el apartado 7 del mismo precepto legal, ni cuando existan indicios fundados de violencia doméstica.

La medida sobre guarda y custodia de los hijos menores viene regulada en el apartado A) del artículo 90 del Código Civil en los siguientes términos: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

Por tanto, y salvo los casos excluidos por el artículo 92.7 del Código Civil, la guarda y custodia de los menores puede distribuirse de mutuo acuerdo entre ambos progenitores como tengan por conveniente, sin perjuicio del necesario refrendo judicial cuyo objetivo es garantizar que se tutelen convenientemente los intereses de los menores implicados. Las distintas posibilidades pueden resumirse como sigue:

-Atribuir la guarda y custodia de todos los hijos menores íntegramente a uno de los progenitores.

-Atribuir la guarda y custodia de uno o varios hijos a la madre y la del resto al padre.

-Distribuir la guarda y custodia entre ambos progenitores de forma que los menores permanezcan un determinado tiempo con cada uno de ellos en sus respectivos domicilios (15 días, un mes, seis meses, etc.).

-Establecer un domicilio para los hijos en el cual se vayan alternando los padres temporalmente para ejercer la guarda y custodia.

Partiendo del modelo de guarda y custodia elegido, los progenitores habrán de pactar también los restantes extremos que atañen a los hijos menores, en particular cuál será su domicilio, el pago de los gastos ordinarios y extraordinarios y el régimen de visitas del progenitor no custodio, en su caso.

El procedimiento consensual está regulado en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la demanda junto con la propuesta de convenio regulador, y previa ratificación de los cónyuges en la petición de separación o divorcio, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos. Practicada la prueba propuesta por los cónyuges y la que el tribunal considere necesaria¹⁴, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose sobre el convenio regulador presentado. Este último pronunciamiento puede consistir en:

-Aprobar el mismo, cuando estime que tutela suficientemente el interés de los menores.

-No aprobarlo en todo o en parte. En este caso el tribunal concederá a las partes un plazo de diez días para proponer un nuevo convenio. Si el documento reformado tampoco es aprobado, el tribunal dictará auto estableciendo las medidas que considere oportunas.

La resolución judicial que apruebe en su totalidad la propuesta de convenio regulador solo podrá ser recurrida, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal. La que deniegue la separación o el divorcio, y la que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges, podrá ser recurrida en apelación. Por último, las medidas así adoptadas podrán ser modificadas bien de mutuo acuerdo, bien en proceso contencioso¹⁵.

3.- Guarda y custodia judicialmente determinada:

Cuando no existe acuerdo entre los progenitores el régimen de guarda y custodia ha de ser necesariamente establecido por el tribunal competente aplicando el artículo 92 del Código Civil que, resumidamente, establece lo siguiente:

-Que el juez puede acordar la privación de la patria potestad, así como decidir que la misma se ejerza total o parcialmente por uno de los progenitores.

-Que la guarda y custodia compartida se acordará siempre que exista acuerdo entre ambos progenitores (inicial o sobrevenido), o bien, de forma excepcional, a instancia de una de las partes y previo informe del Ministerio Fiscal.

-Que en ningún caso procederá la guarda conjunta cuando alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por alguno de los delitos relacionados en el apartado 7 del citado artículo, ni cuando existan indicios fundados de violencia doméstica.

-Que antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia el juez debe recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores, valorar las alegaciones de las partes y la prueba practicada, así como la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.

Los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la adopción de medidas son los que se exponen a continuación. En todos los casos, las medidas adoptadas son inmediatamente ejecutivas dado que, por un lado, el auto de medidas previas o provisionales no admite recurso alguno¹⁶; y, por otro lado, los recursos que puedan interponer las partes contra la sentencia que pone fin al procedimiento no suspende la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en dicha sentencia¹⁷. Por lo que se refiere a su ejecución forzosa, el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil remite a las normas generales establecidas en el Libro III de la misma Ley, con las especialidades que se detallan en el propio artículo¹⁸.

A) Medidas previas a la demanda:¹⁹

El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil, entre las cuales se encuentra la que es objeto de estudio. El procedimiento aplicable es el previsto en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, resumidamente consiste en que el Secretario judicial cita a las partes a una comparecencia dentro de los diez días siguientes; si no hay acuerdo o el mismo no se aprueba judicialmente, se oye a las partes y

se practican las pruebas que procedan. Si alguna de ellas no puede practicarse en el acto, se practicará dentro del plazo de diez días. Seguidamente el tribunal resuelve mediante auto, contra el que no cabe recurso alguno.

Las medidas así acordadas solo subsisten si se interpone la demanda de nulidad, separación o divorcio dentro de los treinta días siguientes, en cuyo caso se unirán las actuaciones sobre adopción de medidas, pudiendo el tribunal completar o modificar las mismas previa celebración de nueva comparecencia²⁰.

B) Medidas provisionales:

Una vez interpuesta y admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen por ministerio de la Ley los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil²¹ y pueden adoptarse todas o alguna de las medidas contempladas en el artículo 103 del Código Civil, a petición de parte y con carácter provisional entretanto se tramita el procedimiento principal²². En cuanto al procedimiento, el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil remite al mismo que hemos expuesto en relación con las medidas provisionalísimas.

También el demandado puede solicitar en la contestación a la demanda que se adopten medidas provisionales, cuando las mismas no hayan sido fijadas anteriormente ni se haya solicitado su adopción por la parte demandante. En este caso la petición se sustanciará en la vista principal siempre que la misma se celebre en el plazo de diez días, y si no es posible hacerlo en el breve plazo indicado se convocará igualmente a ambos cónyuges a la comparecencia antes referida.

Las medidas provisionales su vigencia hasta que sean sustituidas por las fijadas en la sentencia que ponga fin al proceso de nulidad, separación o divorcio.

C) Medidas definitivas:

Son aquellas que se adoptan en la sentencia que pone fin al proceso de nulidad, separación o divorcio. El procedimiento es el previsto en los artículos 770 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todos los casos, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores,

incapacitados o ausentes²³. Igualmente es preceptiva la intervención de abogado y procurador, si bien ambos cónyuges pueden valerse de una sola defensa y representación en los supuestos consensuados²⁴. No obstante, cuando alguna de las partes solicite la ejecución forzosa de las medidas pactadas, el Secretario requerirá a la otra parte para que designe nuevo abogado y procurador.

III. CRITERIOS ACTUALES Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

De conformidad con la normativa vigente, en esta materia el criterio que debe primar sobre cualquier otro es el supremo interés del menor. Ahora bien, lo realmente dificultoso es concretar ese principio general o concepto indeterminado en cada caso para así poder decantarse por un concreto régimen de guarda y custodia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, número 495/2013, de 19 de julio de 2013, ha interpretado el mismo de la siguiente forma:

“Es decir, se prima el interés el menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”.

A priori, pues, y salvo en determinados supuestos muy concretos en los cuales no resulte aconsejable la convivencia del menor con alguno de sus progenitores por existir una total y absoluta falta de interés hacia el niño o bien por algún otro motivo insoslayable²⁵, el supremo interés del menor debería hallarse en el mantenimiento de un *status* lo más parecido posible al que tenía antes de la ruptura de sus padres, de forma que su relación con ambos progenitores y sus respectivas familias cambie lo menos posible. Probablemente esta es la única forma de que el desarrollo físico y emocional del niño sea el adecuado. Y para lograr ese objetivo es evidente que se imponen los regímenes de guarda y custodia compartida, sin perjuicio de adecuar los pronunciamientos a las condiciones de todo tipo que concurren en cada caso concreto.

Tal como refleja en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental²⁶, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a respetar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño. Ese parece ser también el sentimiento generalizado de la población española en la actualidad, siendo muchas las personas de los ámbitos más diversos que se han pronunciado en público en este sentido. A título de ejemplo se transcriben parcialmente las manifestaciones efectuadas recientemente por el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Sr. Seijas Quintana²⁷:

“El derecho de familia debe adaptarse a la realidad. Bajo esta premisa el magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, José Antonio Seijas Quintana, defendió ayer durante una conferencia ofrecida en el Ateneo Jovellanos las bondades de la custodia compartida. "Posiblemente esto no sea la panacea de los problemas de la ruptura familiar, pero a mi juicio es muy útil y beneficia sobre todo a los menores, que son los que hay que proteger. Hay otros sistemas igual de defendibles pero debería ir imponiéndose poco a poco la custodia compartida", argumentaba el juez admitiendo que aún "se están dando los primeros pasos en este campo".

Y es que, pese a las bondades que el régimen de guarda y custodia compartida ofrece sobre el papel, la realidad es que la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales siguen atribuyendo la guarda y custodia de los menores a la madre²⁸, frente a las escasas resoluciones que optan por la guarda compartida²⁹, y las casi simbólicas que se le atribuyen al padre³⁰. En el resto de los casos se le atribuye a otros familiares o a instituciones públicas³¹. Sin embargo, como también hemos expuesto anteriormente en la actualidad no existe justificación objetiva alguna para que esos patrones se sigan perpetuando. Es más, son muchos los motivos que abogan precisamente porque la guarda y custodia se reparta entre ambos progenitores de forma más igualitaria, entre otros:

A) Es la sociedad actual la que propugna el cambio, y su demanda debe ser tenida en cuenta como criterio de interpretación de la normativa aplicable³².

B) De conformidad con nuestra vigente Constitución la igualdad es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico³³, está

absolutamente vetada la discriminación por razón de sexo³⁴ y los poderes públicos están obligados a promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva³⁵.

C) El mantenimiento del rol de cuidadora de los hijos en la mujer entorpece gravemente el proceso de igualación de sexos, impidiendo su inserción socio-laboral en condiciones de igualdad con el hombre y, consiguientemente, generar derecho a prestaciones por desempleo, incapacidad permanente o jubilación.

Podríamos continuar esbozando las razones que justifican un cambio radical en la materia, pero la realidad es que ni el legislador estatal se ha atrevido a coger al toro por los cuernos en el Anteproyecto de Ley Sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio actualmente en trámite, ni las legislaciones autonómicas más vanguardistas en la materia han conseguido un cambio sustancial de tendencia. A título de ejemplo, en el año 2012 la guarda y custodia compartida se estableció en el 21% de los casos en Cataluña y en el 19% en el caso de Aragón, mientras que su atribución a la madre alcanzó el 74% en ambas Comunidades³⁶.

1.- Supuestos en los que resulta posible su adopción:

De conformidad con la actual redacción del artículo 92 del Código Civil³⁷ la guarda y custodia compartida puede acordarse en dos supuestos: a) Cuando lo soliciten ambos progenitores³⁸; b) Cuando, a pesar de no existir acuerdo al respecto, el Juzgador considere que de esa forma se tutela más eficazmente el supremo interés del menor³⁹. Por otra parte, a partir de que el TC declarara la nulidad del inciso “favorable” contenido en el apartado 8 del art 92⁴⁰, corresponde exclusivamente al Juez valorar la conveniencia o no de acordar este régimen, con independencia del sentido en el que se pronuncie el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

La STS 28 septiembre 2009 (EDJ 2009/229007), ha dejado sentado que “...la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como ‘estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional’, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las NNUU sobre los Derechos del Niño, de

1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Así mismo SSTC 143/1990, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero”.

Pero no obstante esta supremacía del interés del menor, la complejidad de la cuestión se manifiesta, básicamente, en dos aspectos: En primer lugar, determinar cuál es el supremo interés del menor en cada caso concreto: Tarea que no resulta en absoluto sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar en la que, normalmente, se incardina. Es inevitable que cuando se produce la ruptura entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, relegando los de los menores a un segundo plano. Del estudio del derecho comparado se extrae la conclusión, asumida por el TS⁴¹, de que deben tomarse en cuenta criterios como, por ejemplo, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor; sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios; los horarios y actividades de ambos; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en general, cualquier otro que permita lograr el objetivo perseguido, esto es: Establecer un régimen de guarda y custodia que permita a los menores llevar una vida lo más normalizada posible teniendo en cuenta que la convivencia a partir de la ruptura necesariamente ha de ser más compleja.

La segunda cuestión no es menos problemática, puesto que se trata de dilucidar quién es la persona o el órgano judicial al que le corresponde la facultad de apreciar ese supremo interés. En los procedimientos consensuales prevalece el criterio de los progenitores, conforme resulta del apartado 5 del art 92 del CC⁴². Pero cuando el consenso no es posible, la cosa se complica. Como dice la STS 8 de octubre 2009 (EDJ 2009/234619), “...el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una

facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren ‘esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa’...”.

Dicho de otra forma: Dado que la “delimitación de la realidad” o fijación de hechos probados corresponde a los órganos judiciales de instancia, y el interés del menor depende de la situación material casuística, los pronunciamientos sobre medidas solo podrán ser combatidos ante el Tribunal Supremo en los casos siguientes: 1) A través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando la sentencia que se dicte incurra en alguna de las infracciones susceptibles de fundamentar este recurso conforme a las normas que le son propias. Habrá que acudir por tanto a este remedio siempre que se considere que la situación de hecho que se refleja en la resolución judicial no se corresponde con la realidad. 2) A través del recurso de casación cuando, a pesar de que la delimitación de la realidad realizada por el órgano *a quo* sea acertada, no se haya fundado la decisión en el supremo interés del menor.

Por consiguiente, en la *praxis* resulta decisivo que en el procedimiento judicial se despliegue la actividad probatoria necesaria para acreditar la situación de hecho. Y en el supuesto de que las pruebas propuestas sean inadmitidas, habrán de utilizarse cuantos recursos y demás remedios procesales sean procedentes en derecho, a fin de mantener la posibilidad de formular recurso extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se dicte.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que tanto las cuestiones formales como las materiales son susceptibles de ser revisadas por las AP a través del recurso de apelación⁴³ y, por lo tanto, será la Audiencia competente la que en la mayoría de las ocasiones dicte la resolución definitiva⁴⁴.

En suma, la determinación de cuál es el interés del menor en cada caso concreto corresponde a los progenitores⁴⁵ en los procedimientos consensuales, mientras que en los contenciosos corresponderá:

A) Al juzgado de primera instancia, cuando ambas partes se aquieten con la sentencia dictada.

B) A la audiencia provincial correspondiente, cuando alguna o ambas partes interpongan recurso de apelación.

C) Al Tribunal Supremo, siempre que proceda recurso extraordinario y las partes efectivamente lo interpongan.

2.- Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo:

La Sala Primera del TS⁴⁶ se ha pronunciado ya sobre numerosas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa. Existe, por tanto, un cuerpo de doctrina jurisprudencial que, además de permitir fundamentar en su vulneración el recurso de casación por interés casacional, es complemento del ordenamiento jurídico⁴⁷ y, como tal, ha de ser aplicada por el resto de los órganos judiciales. Sin pretensiones de exhaustividad, al día de hoy existe jurisprudencia sobre las siguientes materias⁴⁸:

A) Excepcionalidad: La STS 22 de julio 2011 (EDJ 2011/155183), interpreta el adjetivo “excepcional” del art 92.8 del CC, afirmando que este apartado hay que ponerlo en relación con el 5 y, por lo tanto, la excepcionalidad está referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas:

“El texto actualmente vigente del art 92.8 CC, redactado por Ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: ‘Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor’. La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla ‘fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor’. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la ‘excepcionalidad’, a que se refiere el art 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

B) Relación entre los progenitores: La misma Sentencia citada en el apartado anterior establece que las relaciones entre los cónyuges,

por sí mismas, no resultan relevantes para determinar cuál sea el régimen de guarda y custodia más conveniente⁴⁹:

“De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

C) Régimen normal y deseable: La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece que la guarda y custodia compartida no es excepcional, sino que debe considerarse la mejor solución porque permite al menor seguir relacionándose del modo más razonable con ambos progenitores. En efecto, tras razonar profusamente las razones en que se fundamenta, dicha sentencia establece la siguiente doctrina:

“3º Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

D) Imprescindible petición de parte: También la STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) determina la necesidad de que la guarda y custodia compartida sea solicitada, al menos, por uno de los progenitores:

“En ambos casos⁵⁰, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema

de guarda. El CC, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.

E) No basta una motivación puramente retórica: En relación con la motivación de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia, la STS 7 julio 2011 (EDJ 2011/146903), después de citar la doctrina tanto propia como del TC sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales en general, concluye afirmando la insuficiencia de una motivación puramente retórica:

“La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida...De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso”.

F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas: También de forma reiterada se ha pronunciado el Alto Tribunal sobre la materia revisable en casación:

“Así pues, de conformidad con la doctrina jurisprudencial citada tendrán acceso a la casación las cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustantiva (función nomofiláctica), pero no la apreciación de la prueba o valoración de las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Así resulta por ejemplo de la STS 323/2012, de 25 de mayo. Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio)”.

G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad: La determinación del domicilio del menor es una de las facultades inherentes a la patria potestad y, por ello, corresponde a ambos progenitores la decisión al respecto. En caso de desacuerdo,

resolverá el juez conforme establece el art 156 del CC, pero sin perder de vista el supremo interés del menor, pudiendo dar lugar a un cambio de guarda y custodia. Así resulta de la STS 26 octubre 2012 (EDJ 2012/232597):

“Es cierto que la CE, en su art 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia (...) la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (art 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte”.

H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento en las nuevas tendencias: Por último, el TS abre la puerta a la modificación de las medidas sobre guarda y custodia adoptadas con anterioridad, con fundamento en que la actual doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica supone una variación sustancial de las circunstancias a los efectos previstos en los artículos 91 CC y 775 LEC. Dice así la STS 25 noviembre 2013 (EDJ 2013/239137):

“A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del TC, de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al

informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del CC sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor”.

IV. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

La norma consta de cuatro artículos: El primero de ellos se desglosa en dieciocho apartados mediante los cuales se modifican los artículos 90 a 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 163, 170 y 1396, e introduce un nuevo artículo 92 bis, todos ellos del Código Civil; el artículo segundo se compone de once apartados que atañen a la modificación de los artículos 770, 771, 774, 775 a 777 y 807 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; los artículos tercero y cuarto del Anteproyecto afectan, respectivamente, al artículo 38 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Registro Civil, y 40 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, de Registro Civil; y, finalmente, el artículo quinto introduce modificaciones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

Si bien el Anteproyecto introduce modificaciones dignas de alabanza, como por ejemplo la necesidad de que los progenitores propongan un plan de ejercicio de la patria potestad conjunta tanto en los supuestos de mutuo acuerdo como en los contenciosos, en relación con la guarda y custodia la nueva regulación, además de no contener previsión alguna sobre los hijos no matrimoniales⁵¹, se queda poco menos que en agua de borrajas puesto que no conlleva cambios sustanciales. La redacción del artículo 92 bis del Código Civil, de nuevo cuño, es la siguiente:

“1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

La novedad estriba, pues, en que se contempla expresamente la posibilidad de que el juez establezca un régimen de guarda y custodia compartida aunque ninguno de los cónyuges la haya solicitado⁵². Posibilidad que, ciertamente, no está contemplada en la actual regulación; pero tampoco está prohibida, por lo que nada impide al juez acordarla en interés del menor.

Como es de ver, a pesar de las demandas sociales, de la apertura que las regulaciones autonómicas introducen en la materia y de las actuales tendencias jurisprudenciales, la nueva redacción ni tan siquiera establece la guarda y custodia compartida como la opción más deseable en defecto de acuerdo. De hecho, no se decanta en ningún sentido, limitándose a dejar el arbitrio judicial sometido al dificultoso e inespecífico criterio rector del interés del menor. Es más, las restantes medidas que necesariamente han de establecerse tras la ruptura parten de la hipótesis de que la guarda y custodia se ha atribuido a uno solo de los progenitores.

Se mantiene así mismo la necesidad de recabar informe⁵³ del Ministerio Fiscal antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como la exploración del menor y el dictamen de expertos, en ambos casos si se estima necesario; incluyendo el segundo párrafo del apartado 3 del nuevo artículo un largo elenco de cuestiones a las que el juez debe prestar especial atención⁵⁴. En definitiva, y al igual que en la actualidad, el juez habrá de tener en cuenta todos aquellos parámetros que le permitan identificar el supremo interés del menor para poder tutelarlos en cada caso concreto.

Pero no solo resulta criticable la nula virtualidad de la reforma para cambiar la situación actual sobre guarda y custodia. Si analizamos el apartado 5 del nuevo artículo vemos, en primer lugar, las graves consecuencias para los hijos que se derivan de que cualquiera de sus progenitores resulte condenado en sentencia firme por alguno de los ilícitos penales que se relacionan en el mismo. Y ello porque en ese caso no solo se prohíbe tajantemente al juez que atribuya al agresor la guarda y custodia individual o compartida, sino que ni tan siquiera cabe establecer un régimen de comunicación y estancia. Establece el párrafo en cuestión lo siguiente:

“No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la

libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos”.

Entendemos que la medida es absolutamente desorbitada, se plantea como un castigo para el progenitor y no tiene en cuenta el supremo interés del menor que, como antes se ha expuesto, está vinculado directamente con la convivencia o, al menos, relación con ambos progenitores. Evidentemente lo ideal sería que todos los niños tuvieran unos padres perfectos y que ningún menor tuviera que padecer las consecuencias de las agresiones que se puedan llegar a producir entre ellos. Pero el caso es que los niños viven en un mundo real, no ideal; y en ese mundo real por desgracia es frecuente que se produzcan disputas e incluso agresiones en el entorno familiar. Por tanto, si esas agresiones se producen habrá que analizar el caso concreto, tener en cuenta su gravedad, las circunstancias en las que se produzcan, la situación en la que quedaría el menor si se le priva del contacto con sus progenitores, etc. En definitiva, impedir toda relación de un niño con alguno de sus progenitores o con ambos porque, por ejemplo, han sido condenados por una falta de lesiones⁵⁵, es absolutamente desproporcionado y atenta contra el supremo interés del menor.

Tampoco resulta admisible que mediante ley ordinaria se supriman, restrinjan o modifiquen derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo concretamente a la presunción de inocencia, garantizada por el artículo 24.2 de la Constitución, derecho que resulta cercenado por el párrafo segundo del artículo 92 bis, apartado 5, del Código Civil:

“No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen

de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito”.

Privar a un progenitor de la guarda y custodia de sus hijos con fundamento en la existencia de un proceso penal en trámite en el que todavía no se ha dictado resolución firme de condena es, sencillamente, inviable. Y ello porque, además de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, va en contra de los más elementales principios generales del derecho emanados de nuestro vigente ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide. Y ello por mucho que el propio artículo prevea la revisión del régimen de guarda y custodia en caso de que se dicte sentencia absolutoria o se decrete el sobreseimiento libre⁵⁶, porque pueden transcurrir varios años entretanto y la relación paterno filial perdida durante ese tiempo no se puede recuperar de ningún modo. Para colmo de despropósitos, ni tan siquiera es preciso que exista un proceso penal en curso, sino que basta con el juez civil considere que existen indicios fundados de la comisión de tales hechos.

Esta redacción hace oídos sordos también a la doctrina jurisprudencial conforme a la cual la mala relación entre los progenitores únicamente tiene relevancia a efectos de la atribución de la guarda y custodia compartida cuando la misma afecta, perjudicándolo, el interés de los menores.⁵⁷

Y a mayor abundamiento, una vez más no se ha tenido en cuenta el supremo interés del menor, por los mismos motivos expuestos en relación con los supuestos de condena anteriormente examinados.

La exposición de motivos del Anteproyecto que comentamos pretende justificar tales medidas en el *compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género en todos los ámbitos de la sociedad*, olvidando al parecer que el bien jurídico que debe proteger esta concreta norma es el supremo interés del menor, que no tiene por qué coincidir con el interés de sus progenitores ni con los del resto de la sociedad.

De mantenerse esta redacción que criticamos abiertamente, probablemente no solo será cuestionada su constitucionalidad, sino que aumentarán de forma considerable las denuncias entre cónyuges

con el fin de “inhabilitar” a su adversario y así lograr sus objetivos personales sobre guarda y custodia. Con el riesgo de que, si las denuncias son cruzadas, los menores puedan terminar al cuidado de familiares, allegados, o incluso entidades públicas, tal como prevé el apartado 6 de la norma que comentamos.

Por si todo lo anterior no fuera lo suficientemente grave, la reforma sobre guarda y custodia es abiertamente contraria a la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo⁵⁸ que considera requisito esencial para acordar judicialmente el régimen de custodia compartida la petición de al menos uno de los cónyuges.

V. CONCLUSIONES

1ª) Los pronunciamientos judiciales sobre guarda y custodia repercuten notablemente en la vida de progenitores e hijos menores.

2ª) En aras de la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica es conveniente que se establezcan criterios comunes sobre la materia, a modo de protocolo de actuación al que puedan acudir los operadores jurídicos.

3ª) Dada la diversidad de fuentes sobre guarda y custodia, y teniendo en cuenta la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, la uniformidad únicamente puede lograrse mediante la jurisprudencia emanada del TS en cumplimiento de las funciones nomofiláctica y uniformadora que tradicionalmente tiene atribuidas.

4ª) En materia de guarda y custodia ha de prevalecer el supremo interés del menor sobre cualquier otra consideración. Para su determinación hay que escudriñar las circunstancias casuísticamente.

5ª) La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

6ª) En la actualidad existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial emanado de las sentencias contestes del Tribunal Supremo al pronunciarse sobre numerosas cuestiones concretas relacionadas con la guarda y custodia compartida. Jurisprudencia que, como complemento del ordenamiento jurídico que es, debe ser aplicada por los órganos judiciales, y en cualquier caso es apta para fundamentar el recurso de casación por interés casacional.

7ª) El cauce para el acceso a la casación de los pronunciamientos sobre guarda y custodia es el previsto en el art 477.2.3 de la LEC, es decir, por interés casacional. También cabe impugnar las infracciones procesales que puedan producirse cuando concurren los requisitos para el recurso extraordinario por infracción procesal.

8ª) Conforme a la redacción de la regla primera de la DF decimosexta, cuando la competencia para conocer del recurso de casación venga atribuida a un Tribunal Superior de Justicia es posible acumular la denuncia de los vicios procesales a la casación autonómica, o bien reservarlos para hacerlos valer mediante la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal ante el TS.

9ª) La reforma en curso no aporta modificaciones sustanciales al actual sistema de guarda y custodia, haciendo oídos sordos a las demandas de la sociedad actual, a las más recientes tendencias jurisprudenciales y a las novedades legislativas de ámbito autonómico. No obstante, el Anteproyecto amplía el abanico de posibilidades y abre las puertas a la custodia compartida a través de su reconocimiento expreso, lo que puede generar confianza e incrementar las peticiones. En todo caso, la nueva regulación cerrará las puertas a futuras decisiones judiciales denegatorias de la guarda y custodia compartida por el mero hecho de que no estar contemplada en la legislación vigente.

10ª) La nueva redacción ni tan siquiera establece la guarda y custodia compartida como la opción más deseable en defecto de acuerdo⁵⁹, a pesar de que la realidad social actual parece propugnar como más conveniente que se convierta en la regla o modelo general, sin perjuicio de que se pueda acreditar la conveniencia de atribuir la guarda y custodia a uno solo de los progenitores en el caso concreto.

11ª) La doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo número 257/2013, de 29 de abril, no perderá su vigencia aun cuando se apruebe el Anteproyecto en trámite sin modificaciones, puesto que el fundamento de la citada resolución judicial no resulta contrario a la nueva redacción. Esta es, por tanto, la tabla de náufrago a la que la sociedad española debe agarrarse para conseguir flexibilizar el régimen de guarda y custodia tradicional.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. HACIA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN

SUMARIO: I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA. II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL RECURSO DE CASACIÓN. III. LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN LA LEC. IV. EL DENOMINADO *RÉGIMEN TRANSITORIO*. 1.- Unificación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el régimen vigente. 2.- Motivos de casación y resoluciones recurribles. 3.- Supuestos de recurribilidad. 4.- Recurso de casación autonómico. V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La seguridad jurídica en materia de guarda y custodia aconsejan establecer criterios comunes de actuación. El objetivo es la tutela del supremo interés del menor, principio rector en esta materia. La STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) ha establecido como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

ABSTRACT: Legal certainty regarding custody advise establish common performance criteria. The objective is the protection of the interests of the child, guiding principle in this matter. The STS April 29, 2013 (EDJ 2013/58481) has been established as legal doctrine that shared custody is to be regarded as the normal regime and more convenient for the child.

PALABRAS CLAVE: Uniformidad. Principio rector. Doctrina jurisprudencial. Régimen normal. Compartida.

KEY WORDS: Uniformity, guiding principle, jurisprudence, normal arrangements, shared.

I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

La ordenación de las relaciones entre el menor y sus progenitores cuando se produce la desintegración familiar se efectúa, de ordinario, en el correspondiente pronunciamiento judicial sobre guarda y custodia⁶⁰. Y como las decisiones sobre esta materia tienen gran repercusión en la vida de todos ellos y, además, afecta directamente a determinadas medidas de carácter económico⁶¹, en la práctica es una de las cuestiones más debatidas en los procesos judiciales. Por otra parte, dado que en nuestro país la igualdad no solo está consagrada como derecho fundamental⁶², sino también como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico⁶³, es necesario unificar los criterios de actuación sobre esta materia, a modo de protocolo al que puedan remitirse todos los operadores jurídicos. La necesidad de generar seguridad o certeza jurídica en relación con la guarda y custodia resulta más evidente si tenemos en cuenta la coexistencia de la normativa estatal con la emanada de algunas de nuestras Comunidades Autónomas, pero está presente también en la diversidad de criterios seguidos en territorio común.

La deseada unificación de criterios solo resulta viable mediante la elaboración, consolidación y aplicación homogénea de la correspondiente doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, dado que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.5 del Código Civil la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, y por ello, ha de ser aplicada por todos y cada uno de los órganos judiciales con independencia de su ubicación dentro del territorio nacional.

El objetivo de este capítulo es analizar la situación actual desde la óptica de la doctrina jurisprudencial más reciente, no sin antes esbozar, siquiera someramente, los orígenes y las funciones del recurso de casación y su regulación en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁴.

II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL RECURSO DE CASACIÓN

La necesidad de salvaguardar los principios rectores del proceso con el fin de conseguir la realización de los fines del mismo se manifiesta ya

desde los orígenes del sistema jurídico romano. La asunción por parte del poder público de la función de impartir justicia como sustitutivo de la primitiva justicia privada exige no sólo el control de la correcta aplicación del derecho sustantivo o material, sino también que el mecanismo a través del cual se aplica el Derecho, el proceso, esté rodeado de una serie de garantías. El proceso ha de ser percibido por los ciudadanos como un sustitutivo de la justicia privada realmente eficaz, y para ello es necesario que no esté viciado por determinados defectos formales que puedan hacer ilusoria su finalidad esencial de impartir justicia, sin perjuicio de que la resolución que ponga fin al mismo sea o no ajustada a Derecho o, más ampliamente considerado, sea materialmente justa o injusta. En definitiva, lo primero que habrá de asegurar el poder político es que el proceso esté libre de vicios que determinen la invalidez o nulidad de la resolución judicial que ponga fin al mismo.

Desde los orígenes del proceso romano⁶⁵ se incorpora ya la posibilidad de dejar sin efecto la resolución judicial cuando el proceso se ha visto afectado por determinados vicios o defectos procesales, mientras que el control de la correcta aplicación de la ley material al caso concreto hace su aparición con el proceso formulario.

El primer mecanismo a través del cual se llevó a cabo el control de los vicios de procedimiento fue el instituto denominado *sententia nulla* del procedimiento de las acciones de la ley, que conllevaba la inexistencia de la sentencia dictada o, lo que es lo mismo, su total falta de validez cuando en la tramitación del proceso se habían producido determinados vicios. Dicha nulidad, si bien no era declarada formalmente por ninguna autoridad, permitía en la *manus iniecto* que el *vindex* pudiera negar la existencia de la sentencia por carecer ésta de los requisitos exigidos por el Derecho. Como contrapartida, el *vindex* corría el riesgo de ser condenado al doble de lo que se pretendía ejecutar en caso de no poder demostrar los vicios alegados.

En el procedimiento formulario se introducen ya diversos institutos que posibilitan el control de los vicios de carácter procesal, pudiendo obtenerse en esta etapa la declaración formal de nulidad de la sentencia viciada. Entre otros, podemos citar la *infitatio iudicati* u oposición a la ejecución de la sentencia por parte del condenado cuando concurrían determinados motivos; la *revocatio in duplum*, acción independiente para lograr la declaración de nulidad de la sentencia que mantiene los caracteres de posible condena al doble si

no prospera; y la *intercessio*, especie de revisión de oficio de determinados defectos procesales⁶⁶.

No obstante, estos primeros remedios para controlar los vicios procesales en el Derecho Romano no se ejercitaban a través de un recurso en sentido estricto, sino que se articulaban más bien como excepciones por parte de quien resultaba perjudicado por la sentencia.

Además de un mayor control de los vicios procesales, en el proceso formulario aparecen ya, aunque muy limitadas, determinadas instituciones que permiten llevar a cabo el control de los vicios de carácter sustantivo. Su aplicación se generaliza en el procedimiento extraordinario o cognitorio, en el cual se contempla por primera vez la *appellatio* o recurso en sentido estricto, debido a *la necesidad de corregir la injusticia y la ignorancia de los juzgadores*, en palabras de Ulpiano. Inicialmente, el emperador resolvía todas las apelaciones, pero a medida que su número fue aumentando se hizo necesario crear un cuerpo de expertos que se encargara de su conocimiento y resolución; surge así la denominada burocracia imperial, que motivó la introducción de un nuevo recurso en el sistema⁶⁷, el cual podía interponerse contra las sentencias dictadas en apelación por los juristas adscritos a la cancillería imperial y del que conocía el propio Emperador, a modo de revisión⁶⁸. Mediante ambos recursos se podía denunciar únicamente la infracción de normas sustantivas, si bien posteriormente se posibilitó también el control de determinadas cuestiones procesales.

Frente a la clara distinción existente en el derecho romano entre vicios que afectaban a normas de carácter procesal y aquellos que recaían sobre normas sustantivas, el derecho de los pueblos germánicos nunca conoció tal separación, considerando que todas las infracciones que recaían sobre la sentencia debían producir las mismas consecuencias.

Por lo que se refiere al Derecho intermedio, cuando el territorio del Imperio Romano fue progresivamente conquistado por los pueblos germánicos éstos respetaron sus costumbres, cultura y derecho, lo que motivó una curiosa mezcla o combinación entre el Derecho romano preexistente y el nuevo sistema jurídico propio de los conquistadores, de la que surgieron numerosas instituciones jurídicas. Cabe destacar la denominada *querella nullitatis*, en la cual se conservó la técnica de distinción entre vicios procesales y sustantivos propia del Derecho romano, pero atribuyendo a las partes la carga de instar la revisión de

la sentencia por medio del correspondiente medio de impugnación, principio éste extraído del Derecho germánico. Mediante este recurso se podían denunciar vicios procesales tasados, y también aquéllos de carácter sustantivo que afectaran al *ius constitutionis*, no así los que afectaran al *ius litigatoris* o derechos de las partes.

Todas las figuras jurídicas hasta ahora citadas, incluida la *querella nullitatis*, no son sino antecedentes históricos del actual sistema de recursos en general y, en consecuencia, sólo lo son del recurso de casación en un sentido muy amplio. No obstante, evidencian que la necesidad de controlar los vicios *in procedendo* y *in iudicando* ha sido una constante a lo largo de los siglos.

Los antecedentes próximos del recurso de casación español hay que buscarlos en su homónimo francés, que surge a finales del siglo XVIII⁶⁹ con una función eminentemente política en su origen⁷⁰. Su conocimiento se atribuyó a la denominada Corte de Casación, órgano constituido como un ente autónomo dentro del propio poder legislativo y, por lo tanto, no integrante del poder judicial. Sin embargo, el recurso de casación francés abandonó pronto ese carácter político inicial para abordar progresivamente su judicialización.

El recurso de casación nace en el país vecino con la finalidad fundamental de controlar los vicios de naturaleza sustantiva o, dicho de otra forma, aquellos que podían suponer cierto peligro para el poder legislativo. Sin embargo, muy pronto se incorporan como motivos de casación determinados vicios procesales, consecuencia directa de la tradición histórica romanista heredada por el derecho francés a través de la *querella nullitatis*.

Con la promulgación de la Constitución Española de 1812 se inicia en España la etapa codificadora, que llevará a la aparición del recurso de casación en nuestro país bajo la influencia de la casación francesa. No obstante, desde sus orígenes han existido elementos que lo diferencian de forma importante del modelo francés. La propia Constitución de 1812 creó el Tribunal Supremo⁷¹, atribuyéndole el conocimiento del denominado *recurso de nulidad*. Este medio de impugnación fue creado por la Norma Suprema para controlar la debida observancia de las normas que rigen el proceso⁷² y supone la manifestación en nuestro país de la decidida voluntad existente a lo largo de la historia de establecer sistemas de control sobre los vicios de carácter procesal. Su conocimiento se atribuyó a la más alta instancia judicial con el fin de

proporcionar seguridad jurídica a los justiciables. La citada Constitución no contenía una lista tasada de los motivos o infracciones procesales, sino que se refería a *toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal*, posibilitando la alegación de cualquier infracción cometida en la tramitación del proceso, tanto civil como penal.

La Constitución de 1812 y el Tribunal Supremo fueron eliminados del panorama jurídico español por Fernando VII en 1814, desapareciendo así el recurso de nulidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo fue reinstaurado en 1834 aunque sin atribuirle en un principio unas competencias específicas. En 1835 se le encomendó de nuevo la resolución del recurso de nulidad, si bien este recurso quedó vacío de contenido. Posteriormente, mediante Decreto de 4 de noviembre de 1838 se dio forma al recurso de nulidad, asimilándolo ya a la posterior casación. En él tenían cabida tanto motivos formales como materiales, pero limitados a la ya tradicional lista tasada de motivos o vicios procesales alegables. En ambos casos, si el recurso era estimado se producía el reenvío de la causa al tribunal de instancia para que llevara a cabo un nuevo enjuiciamiento, fiel a la tradición francesa.

Mediante Real Decreto de 20 de junio de 1852 aparece el recurso de casación en nuestro país por primera vez con esta denominación, aunque ceñido exclusivamente al ámbito penal. Finalmente, mediante la Real Cédula de 30 de enero de 1855 surge definitivamente el recurso de casación en lo civil, ampliando los motivos tanto sustantivos como procesales y creando *ex novo* el denominado recurso de casación *en beneficio de la ley* con el fin de crear jurisprudencia. Otra novedad importante que introduce la citada norma consiste en que, cuando la sentencia recurrida en casación era anulada por motivos materiales, el propio Tribunal Supremo procedía a dictar sentencia sobre el fondo⁷³. Se incorpora así a nuestro recurso de casación el principal elemento diferenciador aún en nuestros días respecto de los recursos de casación francés e italiano, esto es, la inexistencia de reenvío en estos casos.

Este modelo de casación fue asumido sin apenas modificaciones por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, quedando desde entonces configurado el recurso de casación con las notas fundamentales y fines que, hasta ahora, ha conservado: Función nomofiláctica o de protección del ordenamiento jurídico, unificación de doctrina jurisprudencial y defensa del interés privado. Se mantiene también la casación sin

reenvío en los casos de estimación del recurso por motivos sustantivos o materiales.

Por su parte, la Ley de Casación Civil de 1878 vino a perfilar definitivamente este recurso como propio y exclusivo de nuestro país, alejándose de la regulación del francés que le sirvió de modelo en sus orígenes. Esta regulación se mantuvo prácticamente inalterada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en las posteriores reformas, hasta que mediante Ley de 6 de agosto de 1984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se modificaron una serie de elementos del recurso de casación buscando sobre todo eliminar el exceso de formalismo. También se dio una nueva redacción a los motivos tasados que permitían el acceso al recurso, introduciendo una cláusula general a través de la cual era posible fundamentar el mismo en el *quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte*⁷⁴. Finalmente, la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, lleva a cabo una nueva reforma del instituto de la casación que algunos autores⁷⁵ califican como “meros retoques”, pero en la cual se aprecia el esfuerzo del legislador español por evitar que la casación se convierta en una tercera instancia, procurando retornar la institución a sus orígenes históricos.

Sin duda esos mismos fines, junto con la necesidad imperiosa e inaplazable de descargar de trabajo a la Sala Primera del Tribunal Supremo, son la base de la regulación contenida en la vigente LEC. Y ello porque con la reforma quedan fuera de la casación los motivos procesales en su integridad, los cuales únicamente pueden fundamentar el recurso extraordinario por infracción procesal, de nueva creación.

III. LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN LA LEC

La lectura de la exposición de motivos de la LEC⁷⁶ nos facilita una aproximación general al vigente régimen de recursos extraordinarios y, en particular, al recurso de casación⁷⁷. La primera idea que se extrae de su lectura es que el recurso de casación hasta entonces vigente en España no constituía un remedio eficaz para los justiciables en general, fundamentalmente por el importante retraso acumulado en la resolución de recursos por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo como consecuencia de la ingente cantidad de asuntos que

llegan a dicha Sala. Situación que califica como *muy poco deseable, pero en absoluto fácil de resolver*. Sentada esta premisa, y dado que nuestra Constitución no exige que la función nomofiláctica de la casación se proyecte sobre toda sentencia ni sobre cualquier cuestión o materia, opta el legislador por recortar el ámbito objetivo del recurso de casación, operando para ello con tres elementos distintos:

- En primer lugar, la materia objeto del proceso.
- En segundo lugar, la cuantía.
- Y, finalmente, el interés casacional.

Además, dado que la práctica forense pone de manifiesto que una buena parte de los asuntos recurridos en casación se fundamentan en la infracción de normas procesales relacionadas con los derechos fundamentales garantizados por el artículo 24 de la Constitución Española de 1978⁷⁸, la LEC lleva a cabo lo que podríamos definir como “escisión” de los tradicionales motivos de fondo y de forma en dos recursos distintos, atribuyendo el conocimiento de los motivos referentes a la infracción de preceptos procesales a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia a través del denominado *recurso extraordinario por infracción procesal*, de nueva creación, y reservando al Tribunal Supremo únicamente la *casación circunscrita a lo sustantivo*. Y ello porque, según afirma el legislador, se ha considerado más conforme con las necesidades sociales, con el conjunto de los institutos jurídicos de nuestro Ordenamiento y con el origen mismo del instituto casacional.

Mediante el establecimiento del régimen de recursos extraordinarios expuesto se pretendió también evitar o al menos reducir las fricciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, criterio que la Exposición de Motivos de la LEC 2000 califica como *en absoluto desdeñable*, dada la necesidad de armonizar la posición general de superioridad que el artículo 123 de la Constitución Española atribuye al Tribunal Supremo con la salvedad que la propia Norma Fundamental efectúa a favor del Tribunal Constitucional respecto de las garantías constitucionales.

La decisión del legislador de distribuir los hasta entonces motivos de casación entre dos recursos, el de casación y el extraordinario por infracción procesal, con la consiguiente sustracción de la normativa procesal a la función uniformadora del Tribunal Supremo, se fundamenta en la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal

Constitucional cualquier infracción del artículo 24 de la Constitución Española⁷⁹: Dado que a la vista de los artículos 161.1.b) y 53.2 de la misma resulta inviable sustraer al Tribunal Constitucional el conocimiento de las materias incluidas en el citado artículo 24 de la Norma Suprema, a la doctrina del Tribunal Constitucional habrá que atenerse. Hay pues, según la Constitución Española, una instancia única y suprema de interpretación normativa de muchas materias procesales. Para las demás, se remodela el recurso en interés de la ley, que tiene ahora asignada esa función uniformadora y cuya competencia continúa radicada en el Tribunal Supremo. En definitiva, la función nomofiláctica y uniformadora sobre cuestiones procesales se mantiene en este último salvo cuando por estar en juego garantías constitucionales deba pronunciarse al respecto el Tribunal Constitucional. Por otra parte, la tercera función tradicionalmente desempeñada por el Tribunal Supremo consistente en la protección del *ius litigatoris* en los casos de infracciones procesales⁸⁰, no pertenece a la esencia de la casación según hemos visto en los antecedentes históricos, ni su atribución al Tribunal Supremo viene impuesta por nuestra Constitución. Así pues, no existe ningún obstáculo para que se encomiende el control de los vicios procesales bien a los Tribunales Superiores de Justicia a través del recurso extraordinario por infracción procesal cuando no se vulneren derechos fundamentales, bien al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo en caso contrario.

Como norma de cierre del sistema, se mantiene, pues, el recurso en interés de la ley⁸¹ ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, con la finalidad de conseguir *la unidad de doctrina jurisprudencial*⁸² respecto de las cuestiones procesales no atribuidas al Tribunal Constitucional. Se configura este “recurso” como un remedio para combatir las previsibles discrepancias entre las resoluciones de los distintos Tribunales Superiores de Justicia al resolver los recursos extraordinarios por infracción procesal, cumpliendo de esta forma el Alto Tribunal con sus tradicionales funciones nomofiláctica y uniformadora. Sin embargo, la legitimación para interponerlo, si bien se amplía respecto de la LEC 1881, sigue estando restringida a favor del Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y determinadas entidades jurídicas de Derecho público. En todo caso, la sentencia que se dicte al resolver el recurso en interés de ley no podrá modificar las situaciones jurídicas particulares derivadas de la sentencia recurrida, por lo que resulta evidente que entre sus fines no se encuentra la de tutelar el *ius litigatoris*.

IV. EL DENOMINADO RÉGIMEN TRANSITORIO

Tras más de una década de vigencia de la LEC, el mal denominado régimen transitorio continúa siendo aplicable en la actualidad. Ello se debe a que, de conformidad con lo establecido en el artículo 117.3 de nuestra Constitución, el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los tribunales *determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*. Esas normas vienen establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸³, y dado que en la misma no se atribuye competencia a los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal⁸⁴, no es posible que dichos Tribunales asuman competencia alguna en relación con el nuevo recurso. Además, el artículo 56 de la LOPJ atribuye a la Sala Primera del Tribunal Supremo la competencia exclusiva para conocer no sólo de los recursos de casación y revisión, sino también para el conocimiento de *otros (recursos) extraordinarios en materia civil que establezca la ley*.

Para salvar esa falta de competencia y compatibilizar el régimen de recursos extraordinarios con las normas contenidas en la LOPJ se proyectó la reforma de esta última, pero dicha reforma no superó el trámite parlamentario⁸⁵ debido a su carácter de ley orgánica. Por este motivo fue preciso introducir un régimen provisional en materia de recursos extraordinarios, hasta tanto resulte posible aplicar el previsto con carácter general en la LEC.

El *régimen transitorio* viene detallado en una muy extensa y de difícil interpretación Disposición final decimosexta. Lo primero que cabe destacar es que en realidad no se trata de un régimen transitorio, como se deduce, sin mayor argumento, de su ubicación dentro de una disposición final. Además, la citada Disposición final articula un régimen de recursos extraordinarios que, aun cuando con carácter general se remite a los preceptos correspondientes de la LEC, tiene sustantividad propia. Por citar algún ejemplo, amplía los motivos del recurso de casación autonómico a las infracciones procesales previstas en el artículo 469 LEC, consecuencia obligada de la falta de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal. Así mismo, limita el ámbito de éste a las resoluciones determinadas en el artículo 477, es decir, aquellas contra las que procede el recurso de casación, mientras

que en el régimen general son recurribles por infracción procesal tanto las sentencias como los autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia.

1.- Unificación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el régimen vigente:

Frente a la independencia en la interposición y tramitación de los citados recursos que la LEC establece con carácter general, en el régimen vigente que se deriva de la Disposición final decimosexta ambos recursos van indisolublemente unidos como consecuencia de que su conocimiento corresponde al mismo órgano judicial, salvo en los supuestos de casación autonómica⁸⁶. Ello se justifica plenamente si tenemos en cuenta que, hasta tanto se modifique la LOPJ para atribuir competencia a los Tribunales Superiores de Justicia en relación con el recurso extraordinario por infracción procesal, se van a seguir produciendo las mismas consecuencias prácticas que bajo la vigencia del régimen existente antes de la entrada en vigor de la LEC 2000, es decir, la competencia para el conocimiento y resolución de las impugnaciones extraordinarias que se produzcan tanto por motivos de forma como por motivos de fondo permanece residenciada en el Tribunal Supremo, si bien dichas impugnaciones habrán de formalizarse en un mismo escrito⁸⁷, pero a través de dos recursos distintos: El extraordinario por infracción procesal para la denuncia de infracciones formales y el de casación para las infracciones materiales o de fondo.

Por consiguiente, resultaba imprescindible arbitrar el mecanismo que permitiera la tramitación conjunta de ambos recursos en aras, fundamentalmente, de la economía procesal, pues carece de toda lógica llevar a cabo por duplicado los trámites de preparación⁸⁸, interposición, admisión y decisión respecto de los previsiblemente numerosos recurrentes que procedan a impugnar las resoluciones judiciales que les sean desfavorables por motivos formales y materiales a través de los dos recursos previstos al efecto por la vigente LEC. El sistema garantiza también la denominada “continencia de la causa”, evitando sentencias contradictorias. Así pues, las reglas tercera y cuarta de la Disposición final decimosexta ordenan que cuando un mismo litigante pretenda utilizar ambos recursos, habrá de prepararlos e interponerlos en un mismo escrito, tramitándose en un mismo procedimiento. Con la misma finalidad, si se interponen por distintos recurrentes se procederá a su acumulación.

Por tanto, y al margen de la escisión de los motivos formales y materiales a la que nos referíamos al comienzo de este trabajo, que únicamente determina la necesidad de hacer constar en los escritos de preparación e interposición qué motivos se alegan por el cauce del recurso de casación y cuáles a través del recurso extraordinario por infracción procesal⁸⁹, resulta que conforme al régimen vigente el Tribunal Supremo continúa asumiendo sus funciones tradicionales, esto es, la nomofiláctica, la uniformadora y la de tutela del *ius litigatoris*, tanto respecto de las infracciones sobre el fondo como sobre las procedimentales, variando únicamente la denominación del recurso a través del cual se han de denunciar las infracciones formales.

2.- Motivos de casación y resoluciones recurribles:

La LEC⁹⁰ establece como único motivo de casación la *infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*. De la interpretación conjunta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el artículo 1692.4º de la anterior LEC y la redacción del artículo 477 de la vigente en la actualidad, resulta que dentro del único motivo de casación establecido en el citado precepto legal queda incluida la infracción de cualquier norma, constitucional, legal o reglamentaria, que resulte de aplicación para resolver sobre el fondo, mientras que la infracción de la jurisprudencia queda relegada a posibilitar el acceso a la casación a través del ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC cuando la resolución recurrida infrinja también una norma jurídica. En cualquier caso, siempre será posible fundamentar el recurso de casación en la infracción de un precepto constitucional que resulte aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, por imperativo del artículo 5º.4 de la LOPJ y con independencia del ordinal del artículo 477.2 de la LEC a través del cual se interponga, siendo posible también fundamentar el recurso en la infracción de precepto constitucional contenido en el artículo 24 de la Norma Suprema a condición de que se haga conjuntamente con la infracción de otra u otras normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Por otra parte, si bien con carácter general el recurso de casación se fundamentará en la infracción de normas civiles o mercantiles, nada debe impedir que el control del Alto Tribunal se proyecte también sobre normas de otros órdenes jurídicos que hayan sido aplicadas para resolver las cuestiones objeto del proceso, así como las aplicadas a efectos prejudiciales *ex* artículo 42 de la LEC.

Las resoluciones recurribles según el artículo 477.2 de la LEC son las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, siempre que, además, puedan incluirse en alguno de los supuestos de recurribilidad establecidos en los tres ordinales de dicho precepto legal⁹¹. La primera consecuencia práctica que se deriva de lo anterior es que quedan fuera de la casación resoluciones que sí tenían acceso a la misma conforme a la LEC 1881, en consonancia con la tendencia limitativa del acceso a la casación que se manifiesta en la nueva LEC. Las resoluciones excluidas de recurso de casación en comparación con la normativa anterior son las siguientes: a) los autos definitivos que pongan fin a la segunda instancia; b) las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia; y c) las sentencias dictadas en primera instancia a las que se refería el artículo 1688 de la LEC de 1881, denominado comúnmente recurso de casación directo o *per saltum*.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, estableciendo que únicamente tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esa forma, en función de la recaída en la primera instancia. Incide también el Tribunal Supremo en la diferencia existente entre apelación y segunda instancia, estableciendo que no toda sentencia dictada en grado de apelación podrá considerarse dictada en segunda instancia ni, en consecuencia, tendrá acceso a la casación; en particular, no podrá considerarse sentencia de segunda instancia cuando la resolución apelada no haya puesto fin a la primera instancia (ATS de 28-12-2001). Igualmente están excluidas de la casación las cuestiones incidentales, entre otros, la sentencia que resuelve el incidente de audiencia al rebelde (ATS de 29-05-2001), o la que resuelve el recurso de anulación sobre una decisión arbitral (ATS de 28-12-2001).

Así pues, para que una resolución tenga acceso a la casación han de concurrir los siguientes requisitos: a) que la resolución que se pretende recurrir adopte la forma de sentencia; b) que haya sido dictada por una Audiencia Provincial; c) que se trate de sentencia de segunda instancia; d) que infrinja una o varias normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso; e) que se pueda incardinar en alguno de los supuestos previstos en el artículo 477.2 de la LEC. No obstante, también son recurribles en casación las

resoluciones judiciales que se dicten resolviendo recursos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, así como las resoluciones de recursos dictadas al amparo del Reglamento (CE) número 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁹².

3.- Supuestos de recurribilidad:

Los distintos supuestos contenidos en el artículo 477.2 de la LEC deben ser analizados teniendo en cuenta los criterios sobre admisión establecidos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Junta General de Magistrados celebrada el 30 de diciembre de 2011. Criterios que vinieron a sustituir a los anteriores⁹³ con motivo de la reforma llevada a cabo por la ley 37/2011, de 10 de octubre⁹⁴. Por tanto, habrá que estar a la doctrina posterior a dicho acuerdo en todo aquello que modifique a la anterior. Por su indudable interés práctico se incluye como anexo la **Enumeración de las causas de inadmisión de los recursos**, contenida en su apartado I).

Los tres supuestos de recurribilidad establecidos en el artículo 477.2 de la LEC son los siguientes:

1º.- Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución: Por el cauce de este primer ordinal son recurribles en casación las sentencias dictadas en procesos relativos a la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Entre los derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución podemos citar como posible objeto de tutela judicial civil los siguientes: derecho al honor, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la propia imagen y derecho de rectificación, así como las libertades de expresión e información. El cauce procedimental adecuado para ventilar tales derechos y libertades en primera instancia es el juicio ordinario⁹⁵, salvo el derecho de rectificación que se tramita a través del juicio verbal⁹⁶. En todo caso, si se reclama conjuntamente con el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado una indemnización por daños y perjuicios la

cuantía de ésta es irrelevante para la admisión del recurso fundado en este supuesto de recurribilidad.

El Alto Tribunal ha interpretado que no es posible el acceso a la casación por este primer ordinal por el simple hecho de que la materia litigiosa afecte, más o menos tangencialmente, a alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, siendo preciso que su tutela jurisdiccional haya constituido el específico objeto del litigio⁹⁷.

2º.- Cuando la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros: A través de este segundo supuesto tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en proceso declarativo ordinario seguido por razón de la cuantía, siempre que la misma exceda del límite señalado. Así pues, con carácter general quedan excluidos no sólo los asuntos de cuantía igual o inferior a la fijada, sino también los de cuantía indeterminada. No obstante, el Tribunal Supremo ha permitido el acceso a la casación de una sentencia dictada en la segunda instancia de un proceso tramitado por las normas del juicio de menor cuantía conforme a la anterior LEC en el que no se determinó la misma, con fundamento en que de los datos que figuraban en la demanda resultaba superior en todo caso a veinticinco millones de pesetas. También ha admitido el acceso a la casación en los supuestos en que la determinación de la cuantía no puede realizarse *ab initio* por faltar los datos precisos, quedando diferida a lo que resulte de la práctica de la prueba⁹⁸.

3º.- Cuando la resolución del recurso presente interés casacional: A través de este supuesto tendrán acceso a la casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia que, además de infringir una o varias normas sustantivas, presenten interés casacional. La definición de este concepto jurídico la efectúa la propia LEC, y lo identifica de forma resumida con la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la ausencia de la misma, o bien con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales⁹⁹. Queda incluida, por tanto, no sólo la infracción de la jurisprudencia en sentido estricto sino también los supuestos en que, o bien no exista jurisprudencia, o bien existan resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales. La intención del legislador parece haber sido, pues, la de potenciar la labor uniformadora del Tribunal Supremo, fuente de seguridad jurídica que redundará en interés general y beneficia en último término a las partes en litigio al anticipar el sentido de la resolución que

pondrá fin al mismo. A través de este apartado tienen acceso a la casación en la actualidad los pronunciamientos sobre guarda y custodia, en los términos que más adelante se exponen.

Hay que tener presente que el supuesto de recurribilidad por interés casacional, contiene tres vertientes distintas, cada una de las cuales requiere el cumplimiento de unos determinados requisitos. Son los siguientes¹⁰⁰:

- Cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En este supuesto, es preciso identificar las sentencias del Alto Tribunal¹⁰¹, necesariamente de la Sala Primera, que contengan la doctrina contradictoria, así como hacer mención de su contenido y razonar la supuesta vulneración. No basta, por tanto, una genérica afirmación de que se ha producido la vulneración, sino que es preciso indicar de un modo concreto cómo y por qué se ha producido la oposición al contenido de cada una de las sentencias que se citen como infringidas (Autos de 6 y 13 de noviembre de 2001).

- Cuando la sentencia recurrida resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Supuesto este muy controvertido al haber interpretado el Tribunal Supremo de forma estricta el precepto legal, exigiendo la mención de dos sentencias firmes de una Audiencia Provincial o Sección orgánica de la misma y otras dos sentencias de otro órgano jurisdiccional del mismo grado¹⁰². Es preciso igualmente expresar el contenido de las sentencias, su *ratio decidendi*, así como la concreta materia en que se suscita la contraposición entre ellas y de qué modo se produce. Por último, también hay que razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí. No obstante, si la discrepancia se produce entre la misma Audiencia o Sección que dictó la sentencia recurrida y otro órgano jurisdiccional, será suficiente con citar otra sentencia coincidente con la recurrida, de la misma Audiencia o Sección, y otras dos discordantes de otra Audiencia o Sección distinta (Autos de 16 de octubre y 13 de noviembre de 2001).

- Cuando la sentencia recurrida al resolver sobre el fondo del asunto aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Se exige en

este caso no sólo que la norma en cuestión resultara aplicable para resolver sobre el fondo, sino también que haya sido efectivamente aplicada por el órgano que dictó la sentencia recurrida (Auto de 6 de noviembre de 2001).

4.- Recurso de casación autonómico:

Corresponde a los respectivos Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales con sede en la propia Comunidad Autónoma cuando el recurso se fundamente, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en la infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de dicha Comunidad y el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución¹⁰³. No obstante, como ya se ha expuesto anteriormente siempre que se alegue infracción de precepto constitucional será competente para conocer del recurso de casación el Tribunal Supremo por imperativo del artículo 5.4 de la LOPJ.

A través de esta vía nos encontramos con que la casación de las resoluciones judiciales que aplican normativa sobre guarda y custodia propia de cualquiera de las Comunidades Autónomas que disponen de la misma está dando lugar a que otros tantos Tribunales Superiores de Justicia se pronuncien sobre la materia, con el consiguiente varapalo para la seguridad jurídica.

Dado que el denominado régimen transitorio que establece la LEC confiere competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal al Tribunal Supremo¹⁰⁴, en los supuestos de casación autonómica y, probablemente, con la finalidad de evitar la tramitación de dos recursos de forma independiente¹⁰⁵, la regla primera de la Disposición final decimosexta amplía los motivos del recurso de casación autonómico a los previstos en el artículo 469, es decir, a la vulneración de normas procesales o procedimentales, manteniéndose pues el *status quo* existente con anterioridad. Así pues, el justiciable puede acumular en el recurso de casación autonómico todos los vicios cometidos en la sentencia recurrida, tanto formales como materiales.

V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

De conformidad con la actual redacción del artículo 92 del Código Civil¹⁰⁶ la guarda y custodia compartida puede acordarse en dos supuestos: 1) Cuando lo soliciten ambos progenitores¹⁰⁷; y 2) Cuando, a pesar de no existir acuerdo al respecto, el Juzgador considere que de esa forma se tutela más eficazmente el supremo interés del menor¹⁰⁸. Por otra parte, a partir del Tribunal Constitucional declarara la nulidad del inciso “favorable” contenido en el apartado 8 del citado artículo¹⁰⁹, corresponde exclusivamente al Juez valorar la conveniencia o no de acordar este régimen, con independencia del sentido en el que se pronuncie el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

El Tribunal Supremo, en Sentencia 614/2009, de 28 de septiembre, ha dejado sentado que “... la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo EDJ 2000/10328, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (asimismo SSTC 143/1990 EDJ 1990/8669, 298/1993, 187/1996 EDJ 1996/7603 y 114/1997 EDJ 1997/4027, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero EDJ 2001/11577)”.

Pero no obstante ese claro posicionamiento a favor del supremo interés del menor que, por tanto, debe prevalecer sin excepción en todos los pronunciamientos sobre la materia, la complejidad de la cuestión se manifiesta, básicamente, en dos aspectos:

A) Determinar cuál es el supremo interés del menor en cada caso concreto: Tarea que no resulta en absoluto sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar en la que, normalmente, se incardina. Es inevitable que cuando se produce la ruptura entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, relegando los de los menores a un segundo plano. Del estudio del derecho comparado se extrae la conclusión, asumida por el Tribunal Supremo¹¹⁰, de que deben tomarse en cuenta criterios como, por ejemplo, la práctica anterior de los progenitores en sus

relaciones con el menor; sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios; los horarios y actividades de ambos; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en general, cualquier otro que permita lograr el objetivo perseguido, esto es: Establecer un régimen de guarda y custodia que permita a los menores llevar una vida lo más normalizada posible teniendo en cuenta que la convivencia a partir de la ruptura necesariamente ha de ser más compleja.

B) La segunda cuestión no es menos problemática, puesto que se trata de establecer quién es la persona o el órgano judicial al que se le atribuye la facultad de apreciar cuál es ese supremo interés en cada caso. En los procedimientos consensuales prevalece el criterio de los progenitores, conforme resulta del apartado 5 del artículo 92 del Código Civil¹¹¹. Pero cuando el consenso no es posible la cosa se complica. Como dice la Sentencia citada en el apartado anterior "...el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa"..."

Dicho de otra forma: Dado que la "delimitación de la realidad" o fijación de hechos probados corresponde a los órganos judiciales de instancia, y el interés del menor hay que extraerlo de la situación de hecho que concurra en cada caso concreto, los pronunciamientos sobre medidas solo podrán ser combatidos ante el Tribunal Supremo en los casos siguientes:

1. A través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando la sentencia que se dicte incurra en alguna de las infracciones susceptibles de fundamentar este recurso, según lo anteriormente expuesto. Habrá que acudir por tanto a este

remedio siempre que se considere que la situación de hecho que se refleja en la resolución judicial no se corresponde con la realidad.

2. A través del recurso de casación cuando, a pesar de que la delimitación de la realidad realizada por el órgano *a quo* sea acertada, no se haya fundado la decisión en el supremo interés del menor.

Por consiguiente, en la práctica resulta decisivo que se propongan en tiempo y forma las pruebas necesarias para acreditar la situación de hecho que concurra en cada caso concreto. Y en caso de que dichas pruebas sean inadmitidas, utilizar los recursos y demás remedios procesales procedentes en derecho, con el fin de mantener abierta la puerta al recurso extraordinario por infracción procesal.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que tanto las cuestiones formales como las materiales son susceptibles de ser revisadas por las Audiencias Provinciales a través del recurso de apelación¹¹² y, por lo tanto, será la Audiencia Provincial correspondiente la que en la mayoría de las ocasiones diga la última palabra¹¹³.

En definitiva, la determinación de cuál es el interés del menor en cada caso concreto corresponde a los progenitores¹¹⁴ en los procedimientos consensuales, mientras que en los contenciosos corresponderá:

1. Al Juzgado de Primera Instancia, cuando ambas partes se aquieten con la sentencia que dicte el mismo.
2. A la Audiencia Provincial correspondiente, cuando alguna o ambas partes interpongan recurso de apelación.
3. Al Tribunal Supremo, siempre que proceda recurso extraordinario y las partes efectivamente lo interpongan.

Ahora bien, no podemos olvidar que la Sala Primera del Tribunal Supremo¹¹⁵ se ha pronunciado ya sobre numerosas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa. Existe, por tanto, un cuerpo de doctrina jurisprudencial que, además de permitir fundamentar en su vulneración el recurso de casación por interés casacional, es

complemento del ordenamiento jurídico¹¹⁶ y, como tal, ha de ser aplicada por el resto de los órganos judiciales. Sin pretensiones de exhaustividad, al día de hoy existe jurisprudencia sobre las siguientes materias¹¹⁷:

A) La Sentencia del Tribunal Supremo número 579/2011, de 22 de julio, viene a interpretar el adjetivo “excepcional” contenido en el artículo 92.8 del Código Civil, afirmando que este apartado hay que ponerlo en relación con el número 5 y, por lo tanto, la excepcionalidad viene claramente referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas:

“El texto actualmente vigente del Art. 92.8 CC, redactado por ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del ministerio fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor".

La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el Art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el Art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

B) La misma Sentencia citada en el apartado anterior viene a establecer que las relaciones entre los cónyuges, por sí mismas, no resultan relevantes para determinar cuál sea el régimen de guarda y custodia más conveniente:

“De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia

compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

Está claro que si se ha producido la ruptura es porque las relaciones entre los progenitores se han deteriorado, pero ello no debe conllevar automáticamente la exclusión del régimen de guarda y custodia compartida, puesto que si así fuera las malas relaciones podrían ser buscadas a propósito por la parte a la que no interese el régimen de guarda y custodia compartida.

C) La trascendental sentencia del Tribunal Supremo número 257/2013, de 29 de abril, viene a establecer que la guarda y custodia compartida no es excepcional, sino que debe considerarse la mejor solución porque permite al menor seguir relacionándose del modo más razonable con ambos progenitores. En efecto, tras razonar profusamente las razones en que se fundamenta, dicha sentencia establece la siguiente doctrina:

“3º Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

D) También la sentencia 257/2013 viene a establecer la necesidad de que la guarda y custodia compartida sea solicitada, al menos, por uno de los progenitores:

“En ambos casos¹¹⁸, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se

aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

E) En relación con la motivación de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia, la Sentencia del Tribunal Supremo número 496/2011, de 7 de julio, después de citar la doctrina tanto propia como del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales en general, viene a establecer que no es suficiente una motivación puramente retórica:

“La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida...

De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso”.

F) También de forma reiterada se ha pronunciado el Alto Tribunal sobre la materia revisable en casación:

“Así pues, de conformidad con la doctrina jurisprudencial citada tendrán acceso a la casación las cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustantiva (función nomofiláctica), pero no la apreciación de la prueba o valoración de las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Así resulta por ejemplo de la Sentencia número 323/2012, de 25 de mayo: Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y

154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio)”.

G) La determinación del domicilio del menor es una de las facultades inherentes a la patria potestad y, por ello, corresponde a ambos progenitores la decisión al respecto. En caso de desacuerdo, decidirá el juez conforme establece el artículo 156 del Código Civil, pero sin perder de vista el supremo interés del menor, pudiendo dar lugar a un cambio de guarda y custodia. Así resulta de la Sentencia número 642/2012, de 26 de octubre:

“Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia...

... la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte”.

H) Por último, el Tribunal Supremo abre la puerta a la modificación de las medidas sobre guarda y custodia adoptadas con anterioridad, con fundamento en que la actual doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica supone una variación sustancial de las circunstancias a los efectos previstos en los artículos 91 del Código Civil y 775 de la LEC (Sentencia número 758/2013, de 25 de noviembre):

“A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional, de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor”.

VI. CONCLUSIONES

1ª) Los pronunciamientos judiciales sobre guarda y custodia tienen una gran repercusión en la vida de los progenitores y sus hijos menores.

2ª) En aras de la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica es conveniente que se establezcan criterios comunes sobre la materia, a modo de protocolo de actuación al que puedan acudir los operadores jurídicos.

3ª) Dada la diversidad de fuentes sobre guarda y custodia, y teniendo en cuenta la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la uniformidad únicamente puede lograrse mediante la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en cumplimiento de las funciones nomofiláctica y uniformadora que tradicionalmente tiene atribuidas.

4ª) En materia de guarda y custodia ha de prevalecer el supremo interés del menor sobre cualquier otra consideración. Para su determinación hay que escudriñar las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

5ª) La trascendental Sentencia del Tribunal Supremo número 257/2013, de 29 de abril, establece como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

6ª) En la actualidad existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial emanado de las sentencias contestes del Tribunal Supremo al pronunciarse sobre numerosas cuestiones concretas relacionadas con la guarda y custodia compartida. Jurisprudencia que, como complemento del ordenamiento jurídico que es, debe ser aplicada por los órganos judiciales, y en cualquier caso es apta para fundamentar el recurso de casación por interés casacional.

7ª) El cauce para el acceso a la casación de los pronunciamientos sobre guarda y custodia es el previsto en el artículo 477.2. 3º de la LEC, es decir, por interés casacional. También cabe impugnar las infracciones procesales que puedan producirse cuando concurren los requisitos legalmente establecidos para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

8ª) Conforme a la redacción de la regla primera de la Disposición final decimosexta, cuando la competencia para conocer del recurso de casación venga atribuida a un Tribunal Superior de Justicia es posible acumular la denuncia de los vicios procesales a la casación autonómica, o bien reservar los mismos para hacerlos valer a través del recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO: LA GUARDA Y CUSTODIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON LEGISLACIÓN CIVIL FORAL O ESPECIAL

SUMARIO: I. VISIÓN DE CONJUNTO. 1.- Doctrina del Tribunal Constitucional. 2.- Ley aplicable. II. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. 1.- Introducción. 2.- Rasgos generales. 3.- Ejercicio del deber de crianza y educación. 4.- Regulación consensuada. 5.- Regulación judicial. 6.- Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. 7.- Gastos ordinarios y extraordinarios. 8.- Pensión compensatoria. 9.- Medidas provisionales. 10.- Autoridad familiar de otras personas. III. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. 1.- Introducción. 2.- La responsabilidad parental. 3.- El plan de parentalidad. 4.- Ejercicio de la guarda. 5.- Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. 6.- Pactos pre o post ruptura. 7.- Otras cuestiones de interés. 8.- Conclusiones. IV. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA. 1.- Introducción. 2.- Guarda y custodia. 3.- Supresión de la guarda y custodia. 4.- Regulación supletoria. V. PAÍS VASCO. 1.- Introducción. 2.- Objeto y ámbito de aplicación. 3.- Pactos pre ruptura. 4.- El convenio regulador. VI. COMUNIDAD VALENCIANA. 1.- Breve resumen de su vigencia. VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En materia de guarda y custodia coexisten en nuestro sistema jurídico la normativa propia del Estado con la emanada de las Comunidades Autónomas con legislación civil foral o especial, lo que genera diversidad de trato para situaciones fácticas sustancialmente iguales. Multiplicidad de normas que se contraponen más o menos abiertamente al régimen común dado que, a excepción de la Comunidad Navarra, el resto de las Autonomías se decantan claramente a favor del régimen de guarda y custodia compartida, regulando además con detalle otras medidas relacionadas con el uso de la vivienda, gastos ordinarios y extraordinarios, pensión

compensatoria y otras medidas directamente relacionadas con la ruptura de pareja. El cambio de criterio legal se justifica en las expectativas y deseos de los ciudadanos, constituyendo muy probablemente el germen de la proyectada reforma del Código Civil que se plasmó en el Anteproyecto actualmente en trámite, absolutamente necesaria para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley con independencia de la Comunidad Autónoma en la que tengan su residencia.

SUMMARY: In terms of custody coexist in our legal system the law of the State with the emanation of the Autonomous Communities with foral or special civil legislation, which generates diversity of treatment for substantially equal factual situations. Multiplicity of rules that are more or less openly opposed to the common system since, with the exception of the Community of Navarre, the rest of the Autonomies clearly favor the shared custody regime, and also regulate in detail other measures related to the use of housing, ordinary and extraordinary expenses, compensatory pension and other measures directly related to the breakup of partners. The change of legal criteria is justified in the expectations and desires of the citizens, most likely constituting the germ of the projected reform of the Civil Code which was reflected in the preliminary draft currently under way, absolutely necessary to guarantee the equality of all citizens before the Law independent of the Autonomous Community in which they have their residence.

PALABRAS CLAVE: Constitución, competencia, derecho foral o especial, coexistencia, igualdad.

KEYWORDS: Constitution, competence, regional or special law, coexistence, equality.

I. VISIÓN DE CONJUNTO

La Constitución Española de 1978¹¹⁹ reserva al Estado la competencia exclusiva sobre legislación civil, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Con base en esta previsión constitucional en la actualidad han desarrollado legislación propia en materia de relaciones paterno-filiales Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco y la Comunidad Valenciana, mientras que el resto de las Comunidades Autónomas se rigen por la normativa común contenida esencialmente en el artículo 92 del Código Civil. Coexisten en nuestro país, por tanto, varios regímenes distintos para determinar los derechos y obligaciones de los progenitores en relación con sus hijos menores.

1.- Doctrina del Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en relación con la interpretación del artículo 149.1.8ª CE, estableciendo que¹²⁰:

A) La expresión “allí donde existan” referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer la competencia legislativa *ex art. 149.1. 8ª CE* alude a la previa existencia de un Derecho civil propio al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior;

B) La remisión a los «derechos civiles forales o especiales» alcanza no solo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución;

C) La competencia se limita a la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho civil foral o especial previamente existente;

D) La garantía del artículo 149.1. 8ª CE no se extiende a las normas civiles de ámbito regional o local y de formación

consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de la entrada en vigor de la Norma Suprema;

E) La costumbre es susceptible de legislarse, de tal modo que mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el derecho consuetudinario puede pasar a ser derecho legislado.

2.- Ley aplicable:

La aplicación al caso concreto de la normativa común o de la emanada de alguna de las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial viene determinada por la vecindad civil, cuya delimitación está regulada en los artículos 14 y 15 del Código Civil. Las causas de adquisición de la vecindad civil pueden agruparse en las siguientes categorías:

A) Por filiación: El hijo adquiere la vecindad civil que tienen sus progenitores en el momento del nacimiento o adopción. Si los padres tienen distinta vecindad civil, el hijo adquiere la de aquél respecto del cual se haya determinado antes la filiación; en su defecto, la del lugar de nacimiento; y, en último término, la vecindad de derecho común.

Además, los padres de común acuerdo, o bien el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de los progenitores durante los seis meses posteriores al nacimiento o a la adopción. Y también el propio hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad posterior de los padres, no afectan a la vecindad civil de los hijos. En consecuencia, el eventual cambio de domicilio de un menor como consecuencia de la atribución de su guarda y custodia a un progenitor cuya vecindad civil sea distinta de la que ostenta dicho menor, no conlleva por sí misma la alteración de la vecindad de éste, por lo que la ley personal aplicable a las eventuales modificaciones de medidas relativas al menor que se pudieran instar permanece inalterable hasta tanto se modifique su vecindad por alguna de las causas legalmente establecidas.

B) Por matrimonio: Si bien el matrimonio por sí mismo no altera la vecindad civil, cualquiera de los cónyuges no separado legalmente o de hecho podrá optar por la vecindad civil del otro.

C) Por residencia: También se adquiere la vecindad civil por residencia continuada de dos años, siempre que el interesado manifieste de forma expresa su voluntad, o bien por residencia continuada de diez años sin que el interesado manifieste su voluntad en contra. Ambas declaraciones han de hacerse constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda, prevalece la vecindad civil correspondiente al lugar de nacimiento.

D) Por adquisición de la nacionalidad española: El extranjero ha de optar al inscribir la adquisición de la nacionalidad por la vecindad civil del lugar de residencia o de nacimiento, por la de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o, en su caso, por la del cónyuge. Si se adquiere la nacionalidad por carta de naturaleza, la vecindad civil vendrá determinada en el Real Decreto de concesión. En caso de recuperación de la nacionalidad española, la vecindad será la que ostentaba el interesado al tiempo de su pérdida.

Con estas premisas, pasamos a examinar la legislación civil foral o especial promulgada por las Comunidades Autónomas en relación con la materia que nos ocupa, así como los efectos prácticos de su aplicación a través de las resoluciones judiciales emanadas de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Constitucional.

II. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

1.- Introducción:

La norma vigente en la Comunidad aragonesa es el Código del Derecho Foral de Aragón¹²¹, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón¹²² que contiene el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En vigor desde el día 23 de abril de 2011, en su parte introductoria se refiere a las diversas normas que refunde, entre ellas a la “Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, aprobada en ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en las materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral aragonés y de Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés, reconocidas en los artículos 149.1.8.^a y 6.^a de la Constitución y 71.2 y 3 del Estatuto de Autonomía de 2007”.

El objetivo de la Ley citada es “regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, promoviendo el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y de igualdad entre el hombre y la mujer”. La pretensión de la norma es dar respuesta a una importante demanda social, generando un cambio sustancial del modelo tradicional con el fin de favorecer el interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. La custodia compartida se configura en ella como la norma general en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores, salvo que exista un pacto de relaciones familiares que establezca la custodia individual.

El modelo de custodia compartida que asume el Código aragonés pretende aunar el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores con el deber de los padres de participar en la crianza y educación de los menores. Las ventajas de la custodia compartida, se afirma, “son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos”.

El Código del Derecho Foral de Aragón dedica a esta materia el Título II del Libro I, que lleva por título “De las relaciones entre ascendientes y descendientes”, al que se incorporan los artículos procedentes de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, vigente hasta la entrada en vigor de la nueva norma.

2.- Rasgos generales:

Aragón fue la primera Comunidad Autónoma en legislar sobre esta materia, mostrándose abiertamente partidaria de la custodia compartida y estableciendo la misma como opción preferente. El artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón establece de forma clara y contundente que el Juez acordará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, dejando a salvo los supuestos en los que se acredite que la custodia individual es más

conveniente. La decisión sobre guarda y custodia de los hijos menores, sea individual o compartida, habrá de fundamentarla el Juez en el *plan de relaciones familiares* que debe presentar cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta los siguientes factores:

A) La edad de los hijos;

B) Su arraigo social y familiar;

C) Su opinión, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años. Especial relevancia se atribuye a la opinión de los mayores de catorce años, disposición coherente con los derechos de la personalidad que el propio Código del Derecho Foral de Aragón les reconoce en otros preceptos;

D) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos;

E) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; y,

F) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

El Juez está facultado para solicitar de oficio o a instancia de parte los informes médicos, sociales o psicológicos que estime convenientes para determinar cuál sea el modo de ejercicio de la autoridad familiar y el régimen de custodia más conveniente en el caso concreto, evitando la separación de los hermanos siempre que sea posible y salvo que existan circunstancias que justifiquen la separación.

La norma dispone que no será suficiente para considerar desaconsejable la custodia compartida la simple oposición de uno de los progenitores a su adopción, así como, de forma similar a la prohibición contenida en el Código Civil, que no procederá su atribución ni individual ni compartida al progenitor incurso en un proceso penal seguido por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, siempre que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

3.- Ejercicio del deber de crianza y educación:

A) Durante la convivencia familiar: Con carácter general y salvo las excepciones legalmente previstas, el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados corresponde a ambos progenitores entretanto se mantiene la convivencia familiar. Deber que se enmarca en el ejercicio de la autoridad familiar, institución que se configura como una función inexcusable que ha de ejercerse personalmente y siempre en interés del hijo. Comprende los derechos y deberes que se desglosan en el artículo 65 del CDFA:

a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas;

b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades;

c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años;

d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos;

El CDFA establece la obligación del hijo de colaborar en las tareas del hogar o negocio familiar entretanto viva con la familia, sin que por ello pueda reclamar pago o recompensa alguna. También se establece la posibilidad de que los padres destinen los productos del trabajo o industria del hijo, así como los frutos de sus bienes, a las necesidades familiares. Los progenitores han de sufragar los gastos de educación y crianza de los hijos mayores o emancipados que carezcan de recursos propios, pero “solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para aquella formación se complete”, extinguiéndose en todo caso a los veintiséis años salvo pacto o resolución judicial en contra.

El ejercicio de la autoridad familiar se ejercerá por ambos progenitores conforme a los posibles pactos reflejados en documento público o, en su defecto, según los usos sociales o familiares. Dicho ejercicio, no obstante, corresponderá en exclusiva a uno de los progenitores en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, así como en virtud de una resolución judicial que así lo establezca. En caso de divergencias entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir a la Junta de Parientes o al Juez para que resuelva “lo más favorable al interés del hijo”.

B) Tras la ruptura: Los efectos de la ruptura o fin de la convivencia de aquellos progenitores que tengan hijos a cargo se contemplan en los artículos 75 y siguientes, cuya finalidad declarada es promover unas relaciones continuadas entre padres e hijos mediante la participación responsable, compartida e igualitaria de ambos progenitores en la crianza y educación de los menores, así como que éstos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Los derechos y principios básicos que han de regir las relaciones post ruptura son los siguientes:

a) La ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar;

b) Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos;

c) En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos:

- Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.

- Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares.

- El derecho del hijo menor a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, se rige por lo dispuesto en el artículo 6.

- Los anteriores derechos se armonizarán de acuerdo con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor.

4.- Regulación consensuada:

En el artículo 77 se prevé expresamente la posibilidad de que los progenitores otorguen lo que se denomina “pacto de relaciones familiares”, que deberá concretar como mínimo los acuerdos alcanzados en relación con los siguientes extremos:

- A) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos;
- B) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas;
- C) El destino de la vivienda y el ajuar familiar;
- D) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos;
- E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial;
- F) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrá llevar a cabo en los siguientes supuestos:

- A) Por mutuo acuerdo de los padres;
- B) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares;
- C) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes;
- D) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados;
- E) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares;
- F) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

El pacto de relaciones familiares y sus posibles modificaciones posteriores únicamente producirán efectos una vez aprobado judicialmente, oído el Ministerio Fiscal. La aprobación procederá siempre que los acuerdos contenidos en el pacto no sean contrarios a normas imperativas y, además, garanticen suficientemente el interés de los hijos. En caso necesario se concederá a los progenitores un plazo para modificar los acuerdos no aprobados, resolviendo el Juez lo procedente una vez presentado el nuevo pacto o finalizado el plazo concedido. Si en el régimen de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes o allegados que finalmente se establezca se derivan derechos y/u obligaciones para estos últimos, deberán ser oídos antes de su aprobación.

La mediación familiar se contempla como posible vía para la resolución de discrepancias tanto antes de iniciarse el procedimiento judicial como una vez presentada la demanda en los términos que resultan del artículo 78. No es posible la mediación, empero, en los supuestos previstos en el artículo 80.6¹²³.

5.- Regulación judicial:

A falta de pacto, el Juez determinará el régimen aplicable y dictará las medidas necesarias para garantizar la relación de los menores con ambos progenitores, hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, así como para evitar su sustracción y las perturbaciones dañosas derivadas del cambio de titular de la potestad de guarda. A tal efecto acordará las medidas que estime necesarias, pudiendo ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. Se prevé expresamente la revisión cuando se haya establecido un régimen de guarda y custodia individual en atención a la corta edad del hijo.

La norma se posiciona abiertamente a favor de la custodia compartida, que deberá ser acordada por el Juez en interés de los hijos menores salvo cuando la custodia individual sea más conveniente. En este último caso se fijará un régimen de comunicación, estancia o visitas del menor con el progenitor no custodio que garantice el ejercicio por éste de las funciones derivadas de la autoridad familiar.

Para la determinación del régimen más conveniente en cada caso concreto el Juez tendrá en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de los progenitores, así como los siguientes parámetros:

- A) La edad de los hijos;
- B) El arraigo social y familiar de los hijos;
- C) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años;
- C) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos;
- E) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres;
- F) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Para formar su convicción acerca del régimen más conveniente el Juez podrá recabar, de oficio o a instancia de parte, informes médicos, sociales o psicológicos emitidos por especialistas cualificados e independientes, procurando no separar a los hermanos salvo que concurran circunstancias que lo justifiquen. Aunque resulta obvio, la norma prevé expresamente que la oposición de uno de los progenitores a la custodia compartida no será suficiente para considerar que no es la mejor para los menores.

6.- Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar:

El rasgo definitorio en relación con la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar es su limitación temporal, que fijará el Juez en defecto de acuerdo. También puede ordenar el Juez el destino de la vivienda, e incluso su venta, cuando la misma es propiedad de los progenitores y lo considera necesario para unas adecuadas relaciones familiares. Por lo demás, se atribuirá al progenitor custodio en los casos de guarda individual, y al que tenga más dificultad de acceso a una vivienda cuando se establezca el régimen de custodia compartida. No contempla la norma el sistema denominado “casa nido”, conforme al cual los menores permanecen en la vivienda familiar y son los progenitores los que se alternan en el uso de la misma durante sus respectivos períodos de custodia. No obstante, es posible acogerse a dicho sistema mismo mediante pacto, al no encontrarse expresamente prohibido.

7.- Gastos ordinarios y extraordinarios:

La regla general en relación con los gastos ordinarios y con los extraordinarios necesarios es la contribución de los progenitores en proporción a sus respectivos ingresos, fijando el Juez la cantidad en atención a las necesidades y recursos de los hijos y las posibilidades de los padres. Los gastos extraordinarios no necesarios serán sufragados en atención a los acuerdos de los progenitores y, en su defecto, los abonará el progenitor que haya decidido su realización.

8.- Pensión compensatoria:

Denominada por el Código aragonés “asignación compensatoria”, procede en los mismos supuestos previstos en el Código Civil. El Juez determinará su naturaleza temporal o indefinida, su cuantía y la forma de abono¹²⁴ en atención a los siguientes parámetros:

- A) Los recursos económicos de los padres.
- B) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.
- C) La edad de los hijos.
- D) La atribución del uso de la vivienda familiar.
- E) Las funciones familiares desempeñadas por los padres.
- F) La duración de la convivencia.

Al igual que las restantes medidas, podrá ser revisada cuando varíen sustancialmente las circunstancias y se extinguirá en caso de convivencia marital (con o sin matrimonio), cumplimiento del plazo o incumplimiento de su finalidad.

9.- Medidas provisionales:

Todas las medidas analizadas pueden adoptarse también con carácter provisional. Están legitimados para solicitarlas los progenitores, los hijos mayores de catorce años y el Ministerio Fiscal.

10.- Autoridad familiar de otras personas:

El CDFA atribuye el ejercicio compartido de la autoridad familiar al cónyuge de la persona que la ostenta, siempre que sea el único titular de la misma y, además, el menor conviva con ambos. Atribución que se mantendrá incluso en caso de fallecimiento del titular inicial, encargándose el cónyuge sobreviviente de la educación y crianza de los menores y asumiendo a tal fin la correspondiente autoridad familiar.

A falta de padrastro o madrastra que asuma de forma efectiva la autoridad familiar la misma pasará a los abuelos, confiriendo preferencia a los que mejor relación tengan con el nieto. Si los abuelos viven separados la preferencia corresponderá al que más se ocupe del nieto y, en última instancia, al de menor edad. En último lugar el CDFA confiere la autoridad familiar a los hermanos mayores de edad del menor huérfano.

Esta autoridad familiar comprende en el ámbito personal los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, pero no se extiende a la gestión de los bienes del menor. Puede ser objeto de privación o suspensión al igual que en el caso de los padres, e inscribirse en el Registro Civil. En caso de divergencias sobre a quién corresponde la misma, cualquier interesado puede acudir a la Junta de Parientes del menor o, en último extremo, al Juez.

III. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

1.- Introducción:

Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial en Cataluña se regulan en el capítulo III del libro segundo de su Código Civil¹²⁵, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio. Tras una primera sección dedicada a enunciar los diversos procedimientos para la adopción de medidas con escasas diferencias respecto del régimen común¹²⁶, la sección segunda entra de lleno a delimitar en qué consiste la responsabilidad parental y las cuestiones que, como mínimo, debe abordar el plan de corresponsabilidad que necesariamente han de presentar los progenitores junto con la demanda tanto si instan el procedimiento de mutuo acuerdo como en caso de que la nulidad, separación o divorcio haya de tramitarse de forma contenciosa.

Estas mismas disposiciones son aplicables a la ruptura de parejas estables, en los términos que resultan de los diversos apartados del artículo 234.

2.- La responsabilidad parental:

Constituye la institución equivalente a la patria potestad en el ámbito del derecho común y, al igual que ésta, con carácter general mantiene su carácter compartido tras la ruptura familiar, por lo que debe continuar ejerciéndose conjuntamente en la medida de lo posible. El CCC configura la potestad parental como una función inexcusable de protección de los hijos menores no emancipados que ha de ejercerse en interés del hijo y cuya finalidad es el desarrollo pleno de su personalidad. Incluye no solo la guarda y protección de la persona, sino también de los bienes, y conlleva una serie de deberes que se concretan en protección y convivencia con los hijos, alimentarles, educarles y proporcionarles una formación integral. Los padres son, además, los representantes de los hijos menores, y están legitimados para administrar sus bienes. Funciones, deberes y facultades, por tanto, coincidentes en lo sustancial con lo establecido en el Código Civil español.

Conforme establece el artículo 236-4, los progenitores y sus hijos tienen derecho a relacionarse entre sí aunque no tengan “el ejercicio de la potestad”, salvo en el caso de menores adoptados o cuando exista una resolución judicial o administrativa que establezca lo contrario. También se configura un derecho de relación recíproco entre los menores y sus abuelos, hermanos y demás personas próximas. Relación que debe ser favorecida por los padres y a la que únicamente pueden oponerse por una causa justa.

3.- El plan de parentalidad:

Su objetivo es concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales y los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Ha de regular al menos los siguientes puntos:

A) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

B) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

C) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

D) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

E) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

F) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

G) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

H) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

La propuesta de plan parental puede prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar en caso de que surjan controversias en su aplicación, así como futuras modificaciones para adaptarlo a las necesidades de los hijos en sus diferentes etapas evolutivas.

4.- Ejercicio de la guarda:

Cuando el plan de parentalidad se inserta en un procedimiento consensuado, con independencia del momento en el que se haya alcanzado el acuerdo y de que haya existido o no mediación familiar el juez deberá aprobar el mismo siempre que no perjudique el interés de los menores afectados. A falta de acuerdo, “la autoridad judicial debe adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos el deber de alimentos y, si procede, el régimen de relaciones personales con abuelos y hermanos”. También se pronunciará, a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan, sobre los alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados hasta tanto los mismos “tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos”. Así mismo, previa petición de parte el juez adoptará “las medidas pertinentes respecto al uso de la vivienda familiar y su ajuar, la prestación compensatoria, la compensación económica por razón del trabajo si el régimen económico es el de

separación de bienes, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes comunes o en comunidad ordinaria indivisa”.

Ciñéndonos a las medidas relacionadas con la guarda de los hijos menores, el artículo 233-8 del Código Civil catalán parte de la base de que las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos mantienen su carácter compartido tras la ruptura, por lo que deben continuar ejerciéndose conjuntamente en la medida de lo posible. Consecuentemente, el artículo 233-10 2 establece que, a falta de acuerdo entre los progenitores o si el mismo no es aprobado, la autoridad judicial debe determinar la forma de ejercer la guarda “ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales”. No obstante, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

En definitiva, el CCC muestra su preferencia por la guarda compartida salvo cuando se acredite que resulta más conveniente para el menor la guarda individual. Por otra parte, se contempla también la posibilidad excepcional de que se encomiende la guarda a los abuelos, otros parientes, personas próximas o, en defecto de todos ellos, a una institución idónea, confiriéndoles “funciones tutelares con suspensión de la potestad parental”.

5.- Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda:

De conformidad con el artículo 233-11 habrán de ponderarse las propuestas contenidas en el plan de parentalidad con los siguientes criterios y circunstancias:

A) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.

B) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

C) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

D) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

E) La opinión expresada por los hijos.

F) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.

G) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

En todo caso se ha de procurar no separar a los hermanos, salvo que concurren circunstancias que lo justifiquen. Además, y con el fin de tutelar el interés de los hijos, no se atribuirá la guarda al progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme por actos de violencia familiar o de género, ni tampoco cuando existan indicios fundados de que ha incurrido en tal conducta, siempre que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

6.- Pactos pre o post ruptura:

El artículo 233-5 del CCC regula la validez y relevancia de los posibles acuerdos de los progenitores no incluidos en el convenio regulador. Pactos que pueden haber sido adoptados tanto antes de la ruptura y en previsión de la misma, como con posterioridad. La regla general es que vinculan a los cónyuges y, por tanto, puede exigirse su cumplimiento de forma acumulada junto con la acción de nulidad, separación o divorcio, así como en la solicitud de medidas provisionales. No obstante, los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada¹²⁷ son anulables a instancia de cualquiera de los cónyuges durante los tres meses siguientes a su adopción, salvo que se haya producido la contestación a la demanda del procedimiento matrimonial en el que se pretendan hacer valer.

En cualquier caso, los acuerdos de los progenitores únicamente serán eficaces si son conformes con el interés de los menores cuando estén relacionados con la guarda, relaciones personales o alimentos de los hijos. Además, para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda sobre los hijos menores, el pacto únicamente será un criterio más a ponderar conjuntamente con el resto¹²⁸.

7.- Otras cuestiones de interés:

Tanto la atribución del uso de la vivienda como la prestación compensatoria guardan en el CCC una relación directa con la forma de ejercer la guarda sobre los menores y alimentos:

A) La prestación compensatoria: Puede solicitarla el cónyuge más perjudicado por la ruptura, petición que debe llevarse a cabo, de forma análoga a lo establecido en el derecho común, “en el primer proceso matrimonial”. La prestación está sometida a un doble límite, ya que no podrá exceder del nivel de vida del que gozaba el solicitante durante la vigencia del matrimonio, ni del nivel que pueda mantener el cónyuge obligado a su pago una vez computados, en su caso, los alimentos de los hijos, que son prioritarios¹²⁹.

La cuantía de la prestación compensatoria puede ser establecida mediante pacto pre o post ruptura y, en su defecto, por resolución judicial. En caso de que uno o los dos cónyuges renuncien a la prestación mediante pactos no incorporados a una propuesta de convenio regulador, dicha renuncia no será efectiva en tanto en cuanto esos pactos “comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor”. En caso de determinación judicial de la prestación el juez tendrá en cuenta para fijar su cuantía y duración especialmente las siguientes variables:

a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial.

b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos.

c) Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes.

d) La duración de la convivencia.

e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.

En cuanto al pago, puede establecerse en forma de capital (bienes o dinero) o en forma de pensión. En caso de desacuerdo, la autoridad judicial debe emitir una resolución sobre la modalidad de pago atendiendo a las circunstancias del caso y, especialmente, a la

composición del patrimonio y a los recursos económicos del cónyuge deudor.

Si se establece el pago en forma de capital la autoridad judicial puede, previa petición del cónyuge deudor, “aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y con devengo del interés legal a contar del reconocimiento”. Si, por el contrario, se establece en forma de pensión, tendrá carácter limitado en el tiempo salvo excepciones, debiendo ser abonada en dinero y por mensualidades anticipadas. A instancia de parte pueden adoptarse medidas tendentes a garantizar el pago, así como fórmulas de actualización.

La modificación de la prestación compensatoria fijada en forma de pensión solamente puede llevarse a cabo para disminuir su importe en caso de que mejore la situación económica de que la percibe o empeore la de quien la paga. Deben tenerse en cuenta para determinar la capacidad económica del deudor sus nuevos gastos familiares, así como el derecho de alimentos de todos sus hijos dado su carácter prioritario.

El derecho a prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por cambios en la fortuna del acreedor o deudor que la justifiquen; por contraer nuevo matrimonio, convivir maritalmente con otra persona o fallecer el acreedor; y por vencimiento del plazo establecido. Por el contrario, no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, si bien “el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital”.

B) La vivienda familiar: El CC de Cataluña regula de forma mucho más detallada que el Código Civil español todo lo relacionado con la atribución y/o distribución de la vivienda y ajuar familiar tras la ruptura, lo que siempre resulta clarificador y es fuente de seguridad jurídica. El apartado 20 del artículo 233 contempla la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares a uno de ellos para satisfacer “en la parte que proceda” los alimentos de los hijos comunes. La medida posibilita la distribución consensuada de la carga económica tras la ruptura, teniendo en cuenta su evidente su contenido patrimonial. También pueden acordar los progenitores distribuir el uso de la vivienda entre ellos por períodos determinados, manteniendo en ella permanentemente los hijos¹³⁰, o no. En cualquier caso “no son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio

regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso”.

A falta de acuerdo o en caso de que el mismo no sea aprobado, la autoridad judicial atribuirá el uso de los referidos bienes preferentemente “al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta”¹³¹, debiendo ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge. Vemos que también se valora la atribución del uso de la vivienda a falta de acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior, el uso de la vivienda familiar corresponderá al cónyuge más necesitado cuando se establezca un régimen de guarda compartida o bien no existan hijos menores o incapacitados. También cuando, correspondiendo a uno de los cónyuges el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos, sea previsible que dicho cónyuge la siga necesitando después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

En el caso de que existan hijos menores solo con carácter excepcional podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador “si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”.

La atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado “debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

En todos los casos la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos. Además, a instancia de uno de los cónyuges puede excluir su atribución si el cónyuge guardador tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y la de los hijos, así como cuando el que lo solicita garantiza la pensión de alimentos y, en su caso, la prestación compensatoria, en cuantía suficiente para cubrir las necesidades de vivienda.

Si los cónyuges no son propietarios de la vivienda, la atribución del uso queda limitada a la extinción del derecho que tengan sobre la misma o

a la petición de restitución del propietario en caso de precario. La sentencia puede prever la adecuación de las prestaciones de alimentos o compensatoria si se produce esa eventualidad, siendo igualmente posible acudir al procedimiento de modificación de medidas en caso de que no se hubiera contemplado.

El derecho de uso puede ser anotado o inscrito en el Registro de la Propiedad. Posibilidad que también existe en el derecho común por aplicación de la Ley Hipotecaria, si bien el Código Civil español no la contempla expresamente. También se concreta la distribución de los gastos de la vivienda, de forma que “las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución”, mientras que “los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso”. Lógicamente si el uso se distribuye proporcionalmente entre ambos, esa misma proporción determinará la contribución de cada uno de ellos.

Por último, el artículo 233-24 detalla las causas por las que se extingue el derecho de uso, en concreto:

- A) Por las causas pactadas entre los cónyuges;
- B) Si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.
- C) Si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:
 - a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.
 - b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.
 - c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.
 - d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

8.- Conclusiones:

1ª) La legislación catalana establece una cierta preferencia por el régimen de guarda compartida según se deduce de la consideración de las responsabilidades de los progenitores para con sus hijos con ese mismo carácter tanto antes como después de la ruptura, y en especial de la previsión expresa de que dichas responsabilidades deben ejercitarse conjuntamente en la medida de lo posible.

2ª) Sin perjuicio de lo anterior, el juez puede establecer que la guarda se ejerza de forma individual si considera la misma más beneficiosa para el hijo.

3ª) El plan de parentalidad debe acompañar a toda demanda o contestación que se presente en un procedimiento sobre nulidad, separación, divorcio o medidas sobre menor no matrimonial, tanto si el procedimiento es consensuado como si es contencioso. En dicho documento los progenitores han de concretar la forma en que pretenden ejercer los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental.

4ª) A falta de acuerdo entre los progenitores, el juez determinará el régimen de guarda más conveniente o beneficioso para el hijo teniendo en cuenta los criterios que expresamente se establecen.

5ª) El uso de la vivienda y ajuar familiares se atribuirá con carácter general al progenitor guardador, o bien se distribuirá entre ambos progenitores en caso de que se establezca un régimen de guarda compartida. No obstante, se prevé la posibilidad de atribuir su uso al cónyuge más necesitado, o bien no atribuirlo a ninguno de ellos, cuando concurran las circunstancias específicamente previstas.

6ª) Todos los pronunciamientos de contenido económico (pensión de alimentos, uso de la vivienda, gastos, prestación compensatoria) están directamente relacionados entre sí y con el ejercicio de la responsabilidad parental, debiendo ponderarse todos ellos en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

7ª) No procederá la atribución de la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista, ni tampoco cuando haya indicios fundados de haberlos cometido, siempre que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas de dichos delitos.

8ª) Se prevé de forma expresa el establecimiento de un régimen de relaciones personales de los menores con sus abuelos, parientes y

allegados, previa audiencia de los interesados y con su consentimiento, quedando facultados todos ellos para reclamar su ejecución.

IV. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

1.- Introducción:

La Comunidad Foral de Navarra se rige en la materia que analizamos por la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, norma que entró en vigor el día veintiocho de junio siguiente. Tras remitirse a las normas nacionales e internacionales relacionadas con la protección de la familia y de la infancia, apuesta “porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores”.

La norma foral, de tan solo tres artículos, contiene una regulación parca y poco definida, encomendando al Gobierno Navarro que lleve a cabo en el plazo de un año un proyecto de Ley Foral de modificación del Fuero Nuevo de Navarra en materia de Derecho de Familia, “sede natural de una reforma de este tipo, integrándose con el resto de instituciones con las que debe conformar un sistema coherente”.

2.- Guarda y custodia:

Entretanto se produce la modificación planificada, la norma vigente no se decanta por uno u otro régimen de guarda y custodia, residenciando en el Juez la facultad de decidir en cada caso concreto en atención a los intereses de los hijos. El sistema se articula con carácter preferente a través del denominado “pacto de relaciones familiares”, que habrán de alcanzar los progenitores por sí solos o a través de la mediación familiar.

En defecto de pacto, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o bien atribuirla de forma individual a cualquiera de los progenitores “cuando así convenga a los intereses de los hijos”. Para decidir sobre la modalidad de custodia más conveniente en cada caso el Juez tendrá en cuenta, además de lo solicitado por cada uno de los padres, los siguientes factores:

A) La edad de los hijos.

B) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.

C) El arraigo social y familiar de los hijos.

D) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

E) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.

F) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

G) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.

H) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

La decisión deberá orientarse a “conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos”. Si se opta por la custodia compartida, el Juez fijará el régimen de convivencia. Si, por el contrario, atribuye la custodia a uno de los progenitores, “fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra”. En todo caso y salvo que concurran circunstancias concretas que lo justifiquen, no se debe separar a los hermanos.

3.- Supresión de la guarda y custodia:

Al igual que las restantes normas que regulan la atribución de la guarda y custodia, la Ley 3/2011 establece de forma expresa que no procederá la atribución de la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando concurran determinadas circunstancias relacionadas con la violencia doméstica o de género. Sin embargo, contiene al menos dos especificaciones dignas de resaltar:

A) En primer lugar, el requisito de estar incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, ha de concurrir conjuntamente con el requisito de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Esta “doble incriminación” exige, por tanto, una resolución judicial en la que de forma expresa se hagan constar los concretos indicios racionales de criminalidad que concurren. A título de ejemplo esa fundamentación la podemos encontrar en la resolución judicial por la que se adoptan medidas cautelares, en la orden de protección y, en último extremo, en el auto de apertura de juicio oral. La doble exigencia conlleva un plus garantista, no siendo suficiente que exista un proceso penal en trámite para privar a uno o ambos progenitores de la guarda y custodia de sus hijos menores.

Sin embargo, la norma foral también incorpora la prohibición de atribuir la guarda y custodia “cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género”. Hemos de entender que en este caso los indicios se ponen de manifiesto en el procedo civil, es decir, ante el Juez competente para la adopción de las medidas, y conlleva igualmente la prohibición de atribuir al autor de esos indicios la guarda y custodia aún cuando no existe ningún proceso penal en curso y, por supuesto, sin necesidad de que exista una resolución judicial motivada en la que se reflejen esos indicios. Vemos por tanto que en este segundo caso se ha prescindido de cualquier garantía, resultando a nuestro juicio contradictorios ambos pasajes.

B) Como corolario de lo anterior, se establece de forma expresa que “la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos”.

4.- Regulación supletoria:

Fiel a su título, la Ley Foral 3/2011 omite cualquier mención a las restantes medidas que es necesario abordar cuando se produce la ruptura, limitándose a regular lo relacionado con la guarda y custodia. Es preciso, por tanto, acudir al sistema de fuentes para complementar la norma foral, a fin de proveer lo necesario en relación con la

atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución de los progenitores a los alimentos de los menores y, en definitiva, sobre las cuestiones que resulte necesario regular en cada caso concreto. A tal efecto resulta de aplicación, en primer lugar, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, en especial la Ley 63 que regula los derechos y deberes inherentes a la patria potestad en términos muy similares al Código Civil:

“La patria potestad sobre los hijos menores no emancipados y sobre los incapacitados corresponde conjuntamente al padre y a la madre, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación.
2. Representarlos en cuantos actos les conciernan y no puedan legalmente realizar por sí mismos, salvo que guarden relación con bienes cuya administración no corresponda a los padres y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 64.
3. Administrar y disponer de sus bienes en las condiciones que establece la Ley 65, y usufructuarlos dando a los frutos percibidos las aplicaciones que demanden el interés de los hijos a quienes pertenezcan los bienes y el de la familia a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada.

Corresponde también a los padres la defensa de los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos e incluso de los no concebidos.

Los hijos, por su parte, deben obedecer a los padres en tanto permanezcan bajo su potestad, respetarlos siempre y contribuir al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella”.

El ejercicio de la patria potestad tampoco difiere sustancialmente del régimen común:

“Las funciones inherentes a la patria potestad se ejercerán por el padre y la madre según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente. Serán, sin embargo, válidos los actos que cualquiera de ellos realice por si solo para atender a las necesidades ordinarias de los hijos, según las circunstancias familiares y el uso del lugar, o en situaciones que exijan una urgente solución.

En los casos de declaración de ausencia o de incapacitación de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro; en el de imposibilidad de uno de los padres, podrá el otro recabar del Juez la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad.

Si hubiera desacuerdo, los Parientes Mayores, a solicitud conjunta de ambos padres, y el Juez, a petición de cualquiera de éstos, resolverán su discrepancia, después de oír a los interesados e intentar la conciliación, atribuyendo sin ulterior recurso la facultad de decidir, en el caso concreto sometido a su conocimiento, al padre o a la madre. Cuando las circunstancias lo aconsejen podrá también el Juez, por un plazo que no exceda de dos años, distribuir entre ellos las funciones de la patria potestad o atribuir ésta a uno de los dos”.

Así mismo, la Ley 72 establece que el padre y la madre, aun cuando no sean titulares de la patria potestad o no les corresponda su ejercicio, están obligados a velar por sus hijos menores o incapacitados y prestarles alimentos.

Por último, y siguiendo con el sistema de fuentes, procederá la aplicación supletoria del Código Civil y demás legislación común en todo aquello que no se encuentre previsto en la normativa foral.

V. PAÍS VASCO

1.- Introducción:

La norma aplicable en esta Comunidad Autónoma es la Ley 7/2015, de 30 de junio, que entró en vigor el 10 de octubre de 2015. Fruto de una iniciativa legislativa popular cuya andadura comenzó en el año 2011 avalada por más de 85.000 firmas, es fiel reflejo de la demanda de la ciudadanía vasca para la implantación de la guarda y custodia compartida, régimen que se considera el más adecuado como punto de partida. No obstante, debe prevalecer en todo caso el interés superior del menor, al cual deberá oírse en relación con las medidas que le afecten a partir de los doce años de edad. El objetivo de la norma es conjugar la corresponsabilidad parental y el derecho de los menores a la custodia compartida y a relacionarse con ambos progenitores de la forma más igualitaria posible. En sus seis capítulos se definen y regulan los derechos y deberes de los interesados desde la óptica de la Convención de los Derechos del Niño, abogando por los pactos pre-ruptura como medio de disminuir la litigiosidad llegado el momento y destacando la conveniencia de acudir a la mediación familiar cuando se produce la crisis.

2.- Objeto y ámbito de aplicación:

La norma vasca resulta de expresa aplicación, además de a los procesos de nulidad, separación y divorcio, a los de extinción de las parejas de hecho, los de modificación de las medidas adoptadas en cualquiera de ellos, los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia y los que versen sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos comunes. El objeto declarado de la Ley que analizamos es garantizar, salvo circunstancias excepcionales, las relaciones continuadas de los menores no solo con sus progenitores, sino también con sus hermanos, abuelos, parientes y allegados.

Para determinar cuándo resulta aplicable, la Ley se remite en primer lugar al elemento personal, siendo de obligada aplicación cuando la persona o personas con autoridad parental sobre el menor tengan la vecindad civil vasca o hayan elegido dicha vecindad en documento público auténtico antes de contraer matrimonio o constituir la pareja de hecho. También será de aplicación cuando el lugar de residencia común del matrimonio en el momento de presentar la demanda, o la residencia inmediatamente anterior a la ruptura en el caso de las parejas de hecho, estuviera situado en el País Vasco.

3.- Pactos pre-ruptura:

El artículo 4 contempla la posibilidad de regular las consecuencias de la ruptura con carácter anticipado, ya sea antes del inicio de la convivencia o durante la misma. Su contenido podrá extenderse a todas las materias previstas para el convenio regulador, o bien limitarse a alguna o algunas de ellas. También pueden incluir el compromiso de someter el conflicto a mediación antes de acudir a la vía judicial. En cuanto a su forma, se exige la escritura pública para su validez, quedando sin efecto si en el plazo de un año no se contrae matrimonio o comienza la convivencia.

4.- El convenio regulador:

Al contrario de lo establecido por el Código Civil, en el régimen vasco es obligado presentar al Juez una propuesta de convenio regulador junto con la demanda de separación, divorcio, nulidad del matrimonio o medidas paterno filiales tanto si el procedimiento es de mutuo acuerdo como si se tramita de forma contenciosa a instancia de cualquiera de los progenitores. El documento debe contemplar, en

primer lugar, cómo va a llevarse a cabo lo que denomina “ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos o hijas, como corresponsabilidad parental”, incluyendo las medidas que se estimen convenientes sobre las siguientes materias:

“1) La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores.

2) El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, su cuidado y educación y su ocio.

3) Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos.

4) Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

5) Las reglas de recogida y entrega de los y las menores en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas”.

Así mismo habrá de regular el convenio los aspectos económicos globalmente considerados, teniendo en cuenta aspectos tan relevantes como la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares o la capacidad económica de ambos progenitores:

“b) La contribución, si procediera, a las cargas familiares y a los alimentos, respecto a las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, a su tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores, a la capacidad económica de estos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes”.

Deberá contemplar igualmente el preceptivo convenio regulador la atribución y/o distribución de uso no solo de la vivienda y ajuar

familiar, sino también de otras posibles residencias que pertenezcan a alguno de los progenitores siempre que hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar y no se les haya dado “un destino definitivo”. También habrá de prever la duración del uso y su repercusión sobre otras medidas económicas, en concreto sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

En relación con la pensión compensatoria, su regulación se remite a lo establecido en el artículo 97 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco.

La propuesta de convenio podrá remitir a la mediación familiar, con carácter previo a la vía judicial, para “resolver mediante el diálogo aquellos problemas que puedan surgir con motivo de la interpretación o cumplimiento del propio convenio regulador”. Además, podrá contener “el inventario y liquidación del régimen económico del matrimonio, o del establecido en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco, y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera”.

En caso de existir pactos pre-ruptura serán de obligada aplicación, complementando los mismos con lo dispuesto en la norma foral en todo aquello que no haya sido expresamente previsto.

El convenio regulador podrá modificarse en los siguientes supuestos:

- A) Por mutuo acuerdo de las partes.
- B) En virtud de las causas que consten en el propio convenio regulador.
- C) A instancia de una de las partes o del Ministerio Fiscal, cuando hubiera sobrevenido una alteración sustancial de circunstancias.
- D) Por incumplimiento grave o reiterado, de manera injustificada, de las obligaciones establecidas en el ejercicio conjunto de la patria potestad.

El convenio regulador será aprobado por el Juez salvo cuando sea dañoso para los hijos, resulte gravemente perjudicial para una de las partes o sea contrario a normas imperativas. La resolución que deniegue la aprobación será motivada y concederá a las partes un plazo de veinte días para presentar una nueva propuesta en relación

con los aspectos no aprobados. Si tampoco esta segunda propuesta es aprobada, el Juez resolverá lo procedente, completando o sustituyendo las propuestas de los progenitores.

Las medidas aprobadas podrán ser modificadas por el mismo procedimiento cuando así lo aconsejen las necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los progenitores. Tanto el convenio regulador como sus posibles modificaciones o la extinción del mismo “producirán efectos cuando sean aprobados judicialmente, oído el Ministerio Fiscal y, en su caso, los hijos e hijas menores”.

VI. COMUNIDAD VALENCIANA

1.- Breve resumen de su vigencia:

Siguiendo la tónica general examinada anteriormente en relación con otras Autonomías, la Comunidad Valenciana dictó su propia norma reguladora en la materia que nos ocupa. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, se decantó claramente a favor de la guarda compartida, estableciendo la misma como principio general y relegando la guarda individual para los supuestos excepcionales en los que resultara más conveniente para el interés del menor.

La norma valenciana fue sometida a recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la posible vulneración de la Constitución Española por el legislador autonómico, al excederse en el ejercicio de sus competencias sobre derecho civil. Interpuesto el recurso, se acordó inicialmente suspender la vigencia de la Ley, si bien finalmente fue levantada dicha suspensión mediante Auto 161/2011, de 22 de noviembre.

En consecuencia, la norma resultó plenamente aplicable en la Comunidad Valenciana durante casi cinco años, hasta que fue declarada inconstitucional y por consiguiente nula mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de noviembre.

Entretanto, los principios rectores que inspiran la citada norma fueron elevados a la categoría de doctrina judicial por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia 9/2013, de 6 de septiembre, dictada al resolver un recurso de casación en materia de derecho foral. Sentencia que estableció como doctrina de la Sala que la mera entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 1 de abril, constituía un cambio de circunstancias suficiente para solicitar la modificación de las

medidas adoptadas conforme a la legislación estatal, consolidando igualmente la excepcionalidad del régimen de custodia individual.

El Tribunal Constitucional, por su parte, fundamenta la declaración de inconstitucionalidad en la falta de acreditación de que a la fecha de entrada en vigor de la Constitución Española pervivieran en la Comunidad Valenciana reglas consuetudinarias en materia de relaciones paterno-filiales o, en su caso, alguna institución conexas que justifique su desarrollo legislativo.

No obstante, y al contrario de lo que establecía la propia Ley derogada¹³², el Tribunal Constitucional declara expresamente que la nulidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, no afecta a las situaciones jurídicas creadas y consolidadas durante su vigencia, por considerar que las resoluciones judiciales en las que se aplicó la norma declarada nula se dictaron en atención al “superior beneficio de los menores”, principio que en todo caso debe prevalecer “independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal o autonómico”. En consecuencia, termina afirmando el Tribunal que la Sentencia no debe conllevar necesariamente la modificación de las medidas adoptadas al amparo de la norma declarada nula.

VII. CONCLUSIONES

A la vista de la normativa examinada podemos afirmar que, salvo la Comunidad Navarra, el resto de las Autonomías se decantan claramente a favor del régimen de guarda y custodia compartida, regulando además con detalle otras medidas relacionadas con el uso de la vivienda, gastos ordinarios y extraordinarios, pensión compensatoria, etc. El cambio de criterio legal se justifica en las expectativas y deseos de los ciudadanos, constituyendo muy probablemente el germen de la proyectada reforma del Código Civil plasmada en el Anteproyecto actualmente en trámite, absolutamente necesaria para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley con independencia de la Comunidad Autónoma en la que tengan su residencia. Dato éste que, además, puede variar a lo largo de su vida.

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO: REPERCUSIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

I. ANTECEDENTES. II. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA. III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. IV. REPERCUSIÓN DE LA REFORMA. V. TUTELA PENAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA. 1.- Traslado del menor. 2.- Retención del menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa. VI. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VII. EXCUSA ABSOLUTORIA. VIII. ILÍCITOS SEMEJANTES A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES. 1.- Diferencias con el quebrantamiento de los deberes de guarda y custodia. 2.- Diferencias con la inducción al abandono de domicilio. IX. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD. X. SUPUESTOS CONCRETOS. 1.- Desobediencia a la autoridad judicial. 2.- Vulneración del principio de legalidad penal. 3.- Sustracción de menores.

RESUMEN: Tras la derogación del Libro III del Código Penal¹³³ la repercusión en el ámbito punitivo de los incumplimientos relacionados con el régimen de guarda y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores queda limitada al delito de sustracción de menores, sin perjuicio del genérico delito de desobediencia grave tipificado por el artículo 556 CP.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, justifica la despenalización de las infracciones penales de carácter leve afirmando que “Sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa. La pretensión es clara: reservar al ámbito penal el

tratamiento de las conductas más graves de la sociedad, que por ello deben merecer un tratamiento acorde a su consideración”.

La reforma deroga, pues, los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, “... sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³⁴”.

La opción de política legislativa se justifica por la necesidad de primar “...la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad¹³⁵”. La previsible consecuencia de la despenalización de las faltas contra las relaciones familiares es el inevitable retraso de la respuesta judicial ante el incumplimiento, en detrimento del derecho a la vida familiar que garantiza nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

SUMMARY: Following repeal of Book III of the Penal Code in penal matters impact of defaults related to care and stay regime of minor children with their parents it is limited to the crime of child abduction, notwithstanding the generic crime gross disobedience typified by Article 556 CP.

The Preamble to the Organic Law 1/2015, of March 30, justifies the decriminalization of criminal offenses mild stating that "Only those offenses carrying punitive enough reproach as for inclusion in the list of crimes are maintained, configured in mostly as misdemeanors punishable by fine. The aim is clear: criminal law book to treat the most serious conduct of society, which is why they deserved a treatment according to their consideration."

Repealing reform therefore Articles 618.2 and 622 of the Penal Code, "... not including new criminal sanctions for the most serious breach of conduct of family duties are already criminalized in Articles 226 et seq. And the serious breaches of agreements or statements can result in

liability for disobedience. Cases of pure obstruction, defective compliance or noncompliance without sufficient gravity have a penalty system in Article 776 of the Code of Civil Procedure ".

The choice of legislative policy is justified by the need to prioritize "... the rational use of public justice, to reduce the high litigation that falls on courts, with measures to promote an efficient and agile judicial response to conflicts that may arise. At the time, the criminal law should be reserved for the settlement of disputes particularly serious ". The predictable consequence of the decriminalization of offenses against family relations is the inevitable delay of the judicial response to the breach, to the detriment of the right to family life as guaranteed in our Constitution and the European Convention on Human Rights.

PALABRAS CLAVE: Reforma, despenalización, incumplimiento, sustracción de menores, desobediencia.

KEYWORDS: Reform, legalization, compliance, minor theft, disobedience.

I. ANTECEDENTES

Desde su incorporación mediante Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, el artículo 225 bis CP ha constituido la respuesta más enérgica de nuestro Ordenamiento frente a los incumplimientos de las resoluciones judiciales o administrativas sobre guarda y custodia de los hijos menores de edad o discapacitados. Encuadrado en el capítulo III, Título XII, Libro I bajo la rúbrica “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, el delito de sustracción de menores forma parte de un variado elenco de figuras delictivas destinadas a castigar desde el impago de pensiones hasta la sustracción internacional.

Los artículos 618.2 y 622 CP, por su parte, se ocupaban hasta ahora de los incumplimientos leves relacionados con el régimen de visitas y custodia, respectivamente, aplicando para su enjuiciamiento el expeditivo juicio de faltas. Este procedimiento, carente de fase instructora, proporcionaba al justiciable una respuesta judicial rápida, especialmente en los juicios tramitados como “inmediatos” ex artículo 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹³⁶.

Por último, las conductas claramente renuentes al cumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de custodia y visitas quedaban bajo la tutela del artículo 556 del mismo cuerpo legal, que tipifica de forma genérica el delito de desobediencia a la autoridad.

Este sencillo y eficaz esquema ha quedado desmembrado tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

II. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Según resulta del Preámbulo de la LO 1/2015, “La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

La norma citada deroga íntegramente el Libro III del Código Penal¹³⁷, y si bien es cierto que algunos de los ilícitos anteriormente calificados como falta se han transformado en la nueva regulación en delitos

leves¹³⁸, no ocurre lo mismo en el ámbito de los incumplimientos del régimen de custodia y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores, anteriormente castigados por los artículos 618.2 y 622 CP. El ámbito de aplicación de cada uno de los preceptos penales citados lo resume a la perfección la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, 1/2015, 7 enero 2015, “El art. 622 del CP castiga el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa por la que se atribuye la guarda y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar y el art. 618 CP los incumplimientos de obligaciones familiares impuestas en convenio o resolución judicial, no sólo de tipo económico sino de cualquier otra clase, encajando en este último precepto los incumplimientos relativos al régimen de visitas”.

En la práctica, estos tipos penales daban cobertura al amplio abanico de incumplimientos que, de ordinario, se producen en el desarrollo de la relación paterno-filial. Su derogación conlleva la total despenalización del incumplimiento leve en esta materia, quedando limitada la vía penal a la sustracción de menores tipificada por el artículo 225 bis CP y la desobediencia grave del artículo 556 del mismo cuerpo legal, cuyo enjuiciamiento ha de llevarse a cabo a través del proceso penal común¹³⁹, con la consiguiente e inevitable demora en la respuesta judicial. Lo que a su vez repercutirá, previsiblemente de forma negativa, en la tutela del derecho a la vida familiar.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Alto Tribunal ya venía remitiendo la solución de los conflictos surgidos en torno al régimen de estancia de los menores con sus progenitores a las normas de carácter civil o administrativo¹⁴⁰, en especial el artículo 776.3 LEC. Así por ejemplo en S. 823/2012, 31 enero 2013, afirma: “Esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador”.

Sin duda esta vía posibilita la tutela del derecho a la vida familiar tanto del progenitor como, en su caso, de los menores que sufran de forma reiterada los incumplimientos. Pero presenta varios escollos importantes:

El primero es que, por definición, no cabe acudir a este remedio ante el primer incumplimiento, puesto que ha de ser reiterado.

No existe tampoco una pauta definida de lo que debe considerarse “reiteración”, debiendo por ello delimitarse caso por caso.

El cambio de régimen hay que llevarlo a cabo a través de un procedimiento de modificación de medidas, con la consiguiente demora en la consecución del objetivo.

Finalmente, la tutela del orden jurídico perturbado no queda garantizada a través de esta vía, porque como dice la STS antes citada los incumplimientos solo se tienen en cuenta como “...una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio...”.

La resolución judicial únicamente se pronunciará sobre el régimen futuro, pero no acarreará sanción alguna para los incumplimientos previos, con la consiguiente impunidad para el infractor.

Consciente de que este remedio no da respuesta a todos los supuestos que en la práctica se producen¹⁴¹, en la misma sentencia el Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de acudir a la vía coercitiva para lograr el cumplimiento, bien sea a través de la imposición de las multas previstas en el artículo 776.2 LEC¹⁴², o bien mediante la exigencia de responsabilidad penal “...al haberse incumplido una resolución judicial clara y terminante acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, según resulta de los artículos 556 y 622 del CP”. Remite también al Convenio de la Haya de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en relación con el “... efecto disuasorio que puede producir en aquellos padres que se sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se pudieran cometer con motivo del derecho de visitas”. Recordemos que el citado Convenio tiene por objeto “velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

La norma de cierre del sistema punitivo en el ámbito de la guarda y custodia de menores la conforma el artículo 225 bis CP, que castiga la sustracción de menores en los términos que más adelante se analizan.

IV. REPERCUSIÓN DE LA REFORMA

Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia comentada llegamos a la conclusión de que, siempre que sea posible, los conflictos relacionados con el régimen de guarda y custodia deben resolverse mediante la aplicación de los remedios establecidos en la misma normativa utilizada para su establecimiento. Corolario lógico del principio de intervención mínima del derecho penal, cuya aplicación debe limitarse a aquellos supuestos en los que el resto del ordenamiento jurídico no resulta suficiente para tutelar los intereses en juego. Solo cuando la norma civil o administrativa se revela inoperante se debe acudir a la vía penal para restaurar el orden jurídico perturbado por el incumplimiento.

Conviene, no obstante, tener presente que el aforismo “justicia retardada, justicia denegada” tiene una especial relevancia en esta materia, porque el daño generado por la vulneración del derecho a la vida familiar se multiplica exponencialmente cuando el reencuentro o el disfrute de la compañía mutua entre el menor y su progenitor se demora durante meses o incluso años, a la espera de largos, complicados y a veces excesivamente garantistas procedimientos judiciales. En ocasiones incluso resulta imposible retomar la relación paterno-filial perdida, porque el transcurso del tiempo se ha encargado de romper todos los lazos afectivos entre el menor y su progenitor. En este sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, 720/2002, 9 julio 2002: “El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar”. Y es ahí donde la derogación de los artículos 618.2 y 622 CP va a tener una incidencia claramente negativa, porque mientras que hasta ahora la sanción al incumplidor y el desvalor asociado a la misma se implementaba en brevísimos plazos, a partir de la reforma solamente tendrán acceso al orden penal las conductas más graves y, además, la respuesta judicial sufrirá la inevitable demora inherente a la tramitación procesal ordinaria. Los incumplimientos leves, por el contrario, quedan

despenalizados, si bien podrán ser objeto de ejecución en vía civil o, en su caso, servir de base a un procedimiento de modificación de medidas.

V. TUTELA PENAL DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

El único tipo penal específicamente relacionado con el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores vigente en la actualidad es el delito de sustracción de menores. Tipificado en el artículo 225 bis CP, por imperativo del principio de última ratio del derecho penal su aplicación ha de limitarse a los incumplimientos más graves del régimen de guarda y custodia, siempre que concurren todos y cada uno de los elementos del tipo. Su redacción es la siguiente:

“1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas”.

Si bien el tenor literal de este precepto legal abarca, a priori, cualquier supuesto de traslado forzoso de un menor de su lugar de residencia, así como el quebrantamiento del régimen de custodia al que esté sometido por imperativo de una resolución judicial o administrativa, su aplicación práctica resulta ciertamente dificultosa. Incluye el desplazamiento dentro o fuera del territorio nacional y el sujeto activo del delito puede ser uno o ambos progenitores, pero también los ascendientes del menor (abuelos, bisabuelos) y los parientes del progenitor sustractor por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado (hijos, hermanos, cuñados).

El elemento material del tipo lo constituye el hecho de sustraer al menor, concepto jurídico que el propio precepto delimita, configurando las siguientes variantes:

1.- Traslado del menor:

La “sustracción” en este caso se concreta, según el apartado 2.1º del artículo 225 bis CP, en trasladar al menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor o guardador con el que habitualmente conviva. El delito se perfecciona por el mero desplazamiento inconsciente del menor. La dificultad probatoria gira en torno al “consentimiento”, correspondiendo su carga al sustractor siempre que el guardador niegue haberlo prestado.

2.- Retención del menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa:

El elemento material del tipo en este caso consiste en retener al menor más allá de lo autorizado por la resolución judicial o administrativa, cuya existencia constituye requisito *sine qua non* para que pueda incurrirse en este ilícito penal. La esencia del tipo, en este caso, es la no devolución del menor a su legítimo guardador al término del período de estancia con el sustractor.

VI. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para el análisis de las ya anunciadas dificultades de aplicación del artículo 225 bis CP vamos a partir de la STC 196/2013, 2 diciembre 2013. Esta resolución se pronuncia sobre un supuesto de hecho que se resume en el traslado de un menor al extranjero por su padre sin consentimiento de la madre. Retención que se mantiene de forma ininterrumpida durante más de ocho años, sin que la progenitora tenga conocimiento del lugar donde se encuentra el menor durante todo este tiempo. La demanda de amparo se interpone contra la Sentencia 212/2012, de 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén, que condenó al padre del menor como autor de un delito previsto y penado por el artículo 225 bis 1 y 3 CP a las penas de tres años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante siete años, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante tres años, pago de las costas procesales e indemnización a la madre del menor en la cuantía de 600.000 euros. Dicha Sentencia fue confirmada por la número 182/2012, 17 julio 2012, dictada por la Sección 1ª de la AP de Jaén, a la cual también alcanza el recurso.

La demanda de amparo se fundamenta en la infracción del principio de legalidad, dado que cuando el progenitor trasladó al menor en el año 1998 no se encontraba vigente el precepto penal aplicado. También se invoca el error invencible que conlleva el desconocimiento de la tipificación del delito de sustracción de menores con posterioridad al traslado del menor, así como la falta de notificación al sustractor de las resoluciones judiciales que otorgaron la guarda y custodia a la madre, al haber sido dictadas con posterioridad a su traslado al extranjero. Error o desconocimiento que impide la aplicación del tipo penal por faltar el dolo o intencionalidad de incumplir las mismas.

El TC, analizando los motivos someramente esbozados, comienza por convalidar la calificación efectuada por los órganos judiciales de este ilícito penal como “delito permanente”, lo que determina que hasta que no se restablece el orden jurídico quebrantado sigue cometiéndose el mismo. Por ello, es absolutamente consecuente distinguir entre el traslado del menor, que en este caso se produjo antes de la entrada en vigor del precepto aplicado y, por ello, no puede ser sancionado en virtud del principio de legalidad, y la retención del mismo, que se mantuvo con posterioridad a la entrada en vigor del tipo penal que analizamos. Sin embargo, pese a considerar probado el elemento

material de la retención, el TC otorga el amparo con fundamento en la falta de prueba sobre el elemento intencional, esto es, la voluntad de quebrantar las resoluciones judiciales objetivamente infringidas, dado que los órganos judiciales omitieron “cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor”. Por ello, “la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis 2. 2 no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

La doctrina emanada de esta Sentencia debe tenerse muy presente, por tanto, en relación con el delito que analizamos, puesto que resulta imprescindible que concurren y se declaren probados ambos elementos -el material y el intencional- para que sea constitucionalmente viable la condena por el delito de sustracción de menores en su vertiente de retención en contra de una resolución judicial o administrativa. Téngase en cuenta que, al contrario de lo que ocurre con los delitos patrimoniales -en los cuales se presume el ánimo de lucro-, en este caso no cabe presumir la voluntad de incumplir la resolución judicial, debiendo ser probada en el correspondiente proceso penal y declararse como tal en la resolución condenatoria. La inevitable consecuencia de la falta de notificación -sea por imposibilidad real o por picaresca de su destinatario- es que el progenitor sustractor quedará exento de pena, al faltar el elemento volitivo o voluntad consciente de incumplir la resolución que establece el régimen de guarda. Dicho de otra forma, no cabe apreciar voluntad incumplidora -elemento intencional- cuando falta el previo conocimiento de lo que se debe cumplir.

Así pues, a falta de notificación el único ilícito posible sería el tipificado en el apartado primero del artículo 225 bis 2 CP, esto es, el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento de:

A) El progenitor con quien conviva habitualmente, enunciado limitado a los supuestos en los que el menor convive únicamente con uno de sus progenitores. Se castiga en este caso al progenitor, ascendiente o familiar que lo sustrae o aparta del custodio sin su consentimiento. No concurren los elementos del tipo, por el contrario, cuando el menor convive con ambos progenitores y uno de ellos traslada o autoriza el traslado del menor, porque en ese caso si concurre el consentimiento requerido.

B) De las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia: Aunque en este caso no se exige el quebrantamiento de una resolución judicial o administrativa, la expresión “confiada su guarda o custodia” implica que el sustractor ha de apartar al menor de una guarda de hecho previamente autorizada por quien tenga potestad sobre el mismo. A título de ejemplo podemos pensar en los abuelos, familiares o personal contratado que cuidan del menor mientras el progenitor guardador no puede ocuparse de él, en los responsables del centro educativo, guardería, ludoteca, etc. En todos estos casos el sustractor incurriría en delito. No lo hará, por el contrario, cuando el menor sea “rescatado” de una situación de abandono de hecho, por encontrarse sin vigilancia en su propio domicilio, o en la calle, o acompañado por personas ebrias, etc., etc.

Los supuestos de justificación que podemos imaginar son casi ilimitados, y la presunción de inocencia resulta, como es lógico, un límite infranqueable.

VII. EXCUSA ABSOLUTORIA

Otra cuestión que dificulta enormemente la aplicación del artículo 225 bis CP es la exclusión de responsabilidad que prevé el apartado 1º, que se proyecta tanto sobre la sustracción en sí misma como sobre la retención del menor: “El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”.

Al contrario de lo que ocurre con el concepto “sustracción”, que el propio precepto legal se encarga de delimitar, no existe definición alguna de lo que haya de considerarse “causa justificada”. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser apreciado judicialmente caso por caso, con la consiguiente posibilidad de que causas iguales o similares sean consideradas suficientes o insuficientes para justificar la sustracción, dependiendo del tribunal que juzgue los hechos. La indefinición permite, en cualquier caso, imaginar y alegar en defensa del sustractor las más variadas causas de justificación, con claro detrimento de la seguridad jurídica. A título de ejemplo podemos citar la enfermedad grave del hijo que haga necesario su traslado para recibir tratamiento en otro país, influencia altamente perniciosa del progenitor custodio, ambiente inapropiado y dañino para el menor, ingreso en prisión, alcoholismo o toxicomanía del otro progenitor y, en general, cualquier circunstancia que pueda

resultar dañosa. Aun cuando la analogía está prohibida en materia penal, no resultaría descabellado remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las causas de suspensión del régimen de visitas, que, “sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor” (STS 30 abril 1991, 22 mayo 1992, 19 octubre 1992 y 21 julio 1993).

En definitiva, siempre que la conducta del sustractor pueda fundamentarse en el supremo interés del menor y exista un mínimo acervo probatorio sobre la causa alegada, la excusa absolutoria puede y debe prosperar por imperativo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de inexcusable aplicación en el ámbito penal. Corresponderá al presunto sustractor, eso sí, alegar y probar la causa de justificación, quedando al arbitrio del tribunal la apreciación de si la misma es o no suficiente en el caso concreto, sin perjuicio del posterior control de constitucionalidad.

VIII. ILÍCITOS SEMEJANTES A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

El tipo penal que venimos analizando puede interactuar en algún caso con el supuesto de hecho tipificado en los artículos 223 y 224 CP, respecto de los cuales presenta sin embargo diferencias sustanciales:

1.- Diferencias con el quebrantamiento de los deberes de guarda y custodia:

El artículo 223 CP impone pena de prisión de seis meses a dos años¹⁴³ a la persona que, teniendo a su cargo a un menor o incapaz, no lo presente a sus padres o guardadores cuando sea requerido a tal efecto.

De la interpretación jurisprudencial de este precepto resulta que “...el sujeto activo de este delito son aquellas personas, distintas a los padres, que ostentan la custodia de un menor o incapaz y no lo presentan a los padres o guardadores sin justificación para ello”¹⁴⁴. Queda claro, pues, que los progenitores no pueden ser sujeto activo de este delito.

Es necesario, además, que se produzca un traslado del menor de su lugar de residencia (AP Vizcaya, Sección 2ª, Auto 135/2006 de 20 febrero): “La negativa de la abuela materna y de la tía materna a entregar al menor a su padre cuando éste pretende ejercer el derecho de visitas reconocido por resolución judicial no puede incardinarse en el art. 225 bis 2. 2º y 5º ni en el art. 223 ya que para que pueda darse

cualquiera de estos delitos tiene que, como actividad delictiva, sustraerse al menor injustificadamente desde su lugar de residencia, sin el consentimiento de quien ostenta la guarda y custodia, personal o institucionalmente (obviamente mediante resolución judicial o administrativa) trasladándole a otro lugar, o retenerlo, claro está fuera de su residencia, con incumplimiento grave de resolución judicial, lo que no sucede en este caso”.

2.- Diferencias con la inducción al abandono de domicilio:

El artículo 224 CP, por su parte, impone la misma pena a cualquier persona que induzca a un menor de edad o discapacitado a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida, incluyendo un segundo párrafo que castiga específicamente al progenitor que induzca al menor a incumplir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa. La diferencia en este caso estriba en que es el hijo el que abandona por sí mismo su domicilio, sin mediar sustracción o retención del progenitor.

IX. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD

La norma de cierre de los incumplimientos que analizamos la conforma el artículo 556 CP, que castiga de forma genérica la resistencia y/o desobediencia grave no incluida en el delito de atentado que tipifica el artículo 550 del mismo cuerpo legal. La diferencia entre el atentado y la desobediencia queda meridianamente clara en el siguiente pasaje de la STS, Sala 2ª, 580/2014 de 21 de julio: “La figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal...queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave”.

Incorre, por tanto, en desobediencia a la autoridad el que incumple una resolución judicial de cualquier clase, incluyendo las dictadas en el ámbito de las relaciones paterno-filiales según resulta –entre otras- de la STS, Sala 1ª, 823/2012, 31 enero 2013: “En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia

de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

Ahora bien, la aplicación del artículo 556 CP queda supeditada a la concurrencia y acreditación de todos y cada uno de los requisitos del tipo penal de desobediencia a la autoridad que, de conformidad con la STS, Sala 2ª, 1615/2003, 1 diciembre 2003, son los siguientes:

A) La preexistencia de una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento.

B) El conocimiento de esta orden por el destinatario.

C) La conducta omisiva de éste, que la desatiende y no la cumple (SSTS 17 de febrero y 14 de octubre 1992, 16 de marzo 1993 y 21 de enero de 2003). Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

Lo que castiga el artículo 556 CP es “...una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente”. Como contrapartida, se exige “la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada” con el fin de tener la seguridad de que el desobediente conocía el mandato incumplido y, por ello, su propósito de incumplirlo (STS, Sala 2ª, 1095/2009, 6 noviembre 2009). Lo que nos lleva, inevitablemente, a la misma conclusión alcanzada en relación con el delito de sustracción de menores, puesto que se precisa la concurrencia y prueba tanto del elemento material -el incumplimiento en sí mismo- como del elemento intencional -la voluntad rebelde-. Y dado que, de conformidad con la doctrina del TC antes citada, no puede existir una voluntad rebelde a cumplir algo que no se conoce, la constitucionalidad de la condena por desobediencia queda supeditada a la previa notificación de la resolución judicial, debiendo incluso ser requerido de cumplimiento su destinatario.

X. SUPUESTOS CONCRETOS

Algunos pronunciamientos judiciales al respecto son los siguientes:

1.- Desobediencia a la autoridad judicial:

La STS 1615/2003, Sala 2ª, 1 diciembre 2003, aplica el artículo 556 CP en un supuesto de incumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de guarda y custodia:

“En el presente caso, como señala el Ministerio Fiscal, se evidencia con arreglo a los hechos probados que el acusado incumplió la obligación que le impuso la autoridad judicial, en procedimiento civil de su competencia, relativo a las medidas por las que se regulaba el ejercicio de la guarda y custodia de los menores y del régimen de visitas, obligación que el propio recurrente conocía ya que inicio el trámite para su impugnación, abandonando el recurso y la actuación en el ámbito del proceso para, consciente y voluntariamente, situarse al margen del mismo, ocultando su domicilio, evitando cualquier contacto de los menores con su madre, situándose en la posición de impedir cualquier contacto con la administración de justicia, precisamente porque venía obligado al cumplimiento de aquellas medidas que no estando dispuesto a cumplir, solo podía hacerlo mediante su desaparición y la de los menores de forma que con ello las incumplía íntegramente con el traslado de los hijos a otra provincia, que imposibilitó el cumplimiento de aquellas medidas con su incumplimiento, se hizo con la "guarda y custodia" de sus hijos, que la misma autoridad judicial había confiado a su esposa”.

2.- Vulneración del principio de legalidad penal:

La STC, Sala 2ª, 196/2013, 2 diciembre 2013, otorga el amparo demandado por el progenitor que fue condenado por sustracción de menores, al haberse vulnerado el principio de legalidad penal:

“En atención a lo expuesto cabe afirmar que la exégesis del precepto penal realizada por los órganos judiciales soslaya un aspecto crucial sobre el alcance de la infracción penal: el abarcamiento por el dolo del autor de los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil...

En el presente caso, para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa a la existencia de conciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la

interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante. Ante esa tesitura, este Tribunal queda facultado para revisar las operaciones interpretativas realizadas por aquellos órganos, máxime cuando en el presente caso está comprometido el art. 17.1 CE, pues al demandante le fue impuesta una pena privativa de libertad. Por tanto, hemos de colegir que la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis.2.2 CP no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

3.- Sustracción de menores:

No existe en un caso de divorcio de mutuo acuerdo en el que se supeditaba el traslado del menor al extranjero al consentimiento del otro progenitor. En este caso lo que se produce es desobediencia a la autoridad judicial (Auto AP Tarragona, Sección 4ª, 369/2012, 26 julio 2012).

Tampoco cuando el traslado se efectúa para la tutela del menor (SAP Barcelona, Sección 7ª, 501/2011, 5 julio 2011).

La STS, Sala 2ª, 1066/2010, 21 enero 2011, considera que no hay sustracción en un caso en el que la familia del padre del menor (fallecido) expulsa a la madre del domicilio y retiene al menor contra la voluntad de la progenitora:

“Por otra parte, en el escrito de formalización del recurso la representación de la recurrente ha considerado la tipicidad de la conducta de los acusados desde el punto de vista del art. 225 bis, 2º CP. Pero, ante la evidencia de que esa disposición, de alcance mucho más limitado que el previsto en los derechos europeos antes referidos, condiciona la tipicidad al incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, y ante la manifiesta imposibilidad de subsumir el hecho en los restantes apartados del artículo citado, dicha representación admite expresamente que "mientras no [se] cuente con la correspondiente resolución no se dará ese tipo" (el del art. 225.bis 2º CP) y que "los hechos ocurridos nunca podrían considerarse como sustracción de menores" ...

Esa separación antijurídica del niño de su madre por sí sola...no es subsumible bajo el tipo del art. 225 bis CP... La aplicación de cualquiera de estas dos disposiciones al presente caso, infringiría el art. 25.1 CE (exigencia de *lex stricta* del principio de legalidad), pues sólo sería

posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él”.

CAPÍTULO QUINTO

CAPÍTULO QUINTO: RESTITUCIÓN Y RETORNO DE MENORES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL TRASLADO O RETENCIÓN. III. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980. IV. MARCO JURÍDICO EN LA UNIÓN EUROPEA. V. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA. 1.- Supuesto de hecho. 2.- Doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3.- Conclusiones. VI. PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES LOCALIZADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL. VII. DECLARACIÓN DE ILICITUD DEL TRASLADO O RETENCIÓN DE UN MENOR CON RESIDENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL. VIII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La creciente internacionalización de las relaciones paterno-filiales ha conllevado la necesaria adaptación y desarrollo de la normativa sustantiva y procesal aplicable para la resolución de los inevitables conflictos. Los textos de mayor relevancia en esta materia son el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo, ambos del año 1980, junto con el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre. El procedimiento judicial para la aplicación en España de los citados instrumentos ha sido modificado mediante Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que introduce los artículos 778 quater a sexies en la LEC. Preceptos que, aunque formalmente procesales, inciden en la normativa interna sobre el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores, al tener que pronunciarse nuestros órganos judiciales sobre la aplicabilidad o no de la norma o convenio internacional alegados en cada caso para justificar la petición de restitución o retorno, sobre la concurrencia de las excepciones convencional o normativamente previstas o, en su caso, sobre la procedencia de dictar la resolución que

servirá de base a la petición de restitución o retorno a España de un menor indebidamente trasladado o retenido en un país extranjero.

SUMMARY: The growing internationalization of paternal-filial relations has led to the necessary adaptation and development of the substantive and procedural rules applicable to the resolution of the inevitable conflicts. The most relevant texts in this area are the Hague Convention and the Luxembourg Convention, both of 1980, together with Regulation (EC) 2201/2003 of 27 November. The judicial procedure for the application in Spain of the said instruments has been modified by Law 15/2015, of July 2, of the Voluntary Jurisdiction, which introduces articles 778 quater to sexies in the LEC. Precepts that, although formally procedural, affect the internal rules on the custody, communication and stay of minors with their parents, when our Judges have to decide on the applicability or not of the international norm or agreement alleged in each case to justify the request for restitution or return, on the concurrence of the exceptions conventionally or normatively envisaged or, as the case may be, on the source of the decision that will serve as the basis for the request for restituti or return to Spain of a minor improperly transferred or retained in a foreign country.

PALABRAS CLAVE: Internacionalización, restitución, retorno, excepciones.

KEYWORDS: Internationalization, restitution, return, exceptions.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la promulgación de la vigente Ley de la Jurisdicción Voluntaria el procedimiento aplicable para sustanciar las reclamaciones de restitución o retorno de menores procedentes de terceros países se ubicaba en la Sección Segunda, Título IV, Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁴⁵, bajo la denominación “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” (arts. 1.901 a 1.909). Preceptos que conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴⁶, debía mantenerse en vigor hasta el dictado de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. La Disposición Final Decimoctava de la LEC preveía que en el plazo de un año a contar desde la fecha de su entrada en vigor el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, previsión que dio lugar al Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 (121/000109) *de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil*, que no llegó a ser aprobado. Ya durante la vigencia de los artículos 1901 y siguientes de la LEC 1881, y a pesar de que el procedimiento se ubicaba formalmente en la normativa sobre jurisdicción voluntaria, se reconocía de facto su naturaleza contenciosa siempre que hubiera oposición, lo que ocurre en la práctica generalidad de los supuestos. En este sentido, *vid* Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 10^a) 236/2002, de 29 de noviembre.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce en el Título I del Libro IV de la LEC un capítulo IV bis denominado “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”. En palabras de su Preámbulo la modificación tiene por objeto “actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos. Se revisa así la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, al ser procedimientos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria. Por este motivo se aborda ahora su regulación como un proceso especial y con sustantividad propia, a continuación de los

procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Aunque estos preceptos deban catalogarse formalmente como normas procesales, su aplicación al caso concreto incide en el plano sustantivo, en la normativa nacional sobre el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores, al tener que pronunciarse nuestros órganos judiciales sobre la aplicabilidad o no de la norma o convenio internacional alegados en cada caso para justificar la petición de restitución o retorno de los menores que se encuentren en territorio español, sobre la concurrencia de las excepciones convencional o normativamente previstas o, en su caso, sobre la procedencia de dictar la resolución que servirá de base a la petición de restitución o retorno a España de un menor indebidamente trasladado o retenido en un país extranjero.

El nuevo capítulo se estructura en tres artículos¹⁴⁷. El primero de ellos tiene por objeto delimitar su ámbito de aplicación, que se concreta en posibilitar la restitución o retorno del menor a su lugar de origen cuando se encuentre en España tras un traslado o retención ilícitos, siempre que proceda de un Estado de la Unión Europea o de otro Estado que sea parte de algún convenio internacional suscrito por España. El objetivo es llevar a cabo la restitución o retorno con la mayor brevedad posible, garantizando entretanto la seguridad del menor y los derechos de comunicación y estancia del peticionario siempre que ello resulte compatible con el supremo interés del primero.

El artículo siguiente detalla en un total de trece apartados el procedimiento a seguir, que pretende ser extraordinariamente rápido en aras de lograr el objetivo que se persigue desde el Convenio de la Haya de 1980. La cognición está limitada a la determinación de si el traslado o la retención han sido ilícitos, para lo cual resulta imprescindible dilucidar cuál es el derecho sustantivo aplicable a la concreta relación de guarda, comunicación y estancia del menor con el solicitante y/o con la persona que lo ha trasladado. Igualmente habrá que probar los hechos que conformen el supuesto fáctico de la norma o convenio en que se fundamente la pretensión de restitución.

Por último, el artículo 778 sexies regula el procedimiento para la declaración de ilicitud del traslado o retención de un menor con residencia habitual en España, a cuyo efecto cualquier persona interesada podrá dirigirse a la autoridad judicial española competente, que lo será el último órgano judicial que haya conocido en España de

cualquier proceso sobre responsabilidad parental, y en su defecto el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. El procedimiento aplicable es el establecido para la adopción de medidas en los procesos de nulidad, separación o divorcio, o bien a través del artículo 158 del CC.

En relación con el nuevo procedimiento la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, de 25 de noviembre de 2015, lleva a cabo un análisis general de las distintas fuentes que pueden resultar de aplicación a los concretos supuestos de hecho, cuyo objetivo último es unificar la actuación de los Fiscales intervinientes en estos procedimientos especiales. A modo de introducción la Circular hace referencia a las “graves repercusiones psicopatológicas tanto en el menor como en el progenitor privado de las relaciones con el hijo” que estos secuestros producen, por lo que “la Fiscalía General del Estado ha considerado conveniente dar pautas de actuación unificadas para las Fiscalías provinciales, en una materia ciertamente compleja que además da lugar a procedimientos en los que el interés superior del menor, en su vertiente sustantiva y la celeridad, en su dimensión procesal, deben ser absolutamente prioritarias”.

Así mismo, analiza la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁸ en relación con esta materia y, más concretamente, la vinculación existente entre la sustracción internacional de menores y la vulneración de derechos fundamentales, en especial el que garantiza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁹ de 4 de noviembre de 1950. Nos referimos al derecho al respeto a la vida privada y familiar, en relación con el cual el TEDH ha creado una amplia doctrina que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1º) El artículo 8 CEDH tiene por objeto la protección del individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, generando obligaciones positivas que son inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En el caso de los secuestros internacionales de menores, ello “comprende el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas”¹⁵⁰.

2º) Las obligaciones positivas que impone el artículo 8 CEDH en lo que se refiere a reunir a un progenitor con su hijo deben interpretarse a la luz de la Convención de Derechos del Niño y el Convenio de La Haya de 1980¹⁵¹.

3º) El principio de celeridad es fundamental: La adecuación de una medida debe ser juzgada por la rapidez de su implementación, en tanto el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre los niños y el padre que no vive con ellos¹⁵². En este ámbito los procedimientos ineficaces o incursos en dilaciones pueden generar la violación del artículo 8 CEDH¹⁵³. La jurisprudencia del TEDH ha llegado a acuñar el denominado principio de diligencia excepcional, con el que subraya la obligación de los Estados de resolver los procedimientos sobre menores con celeridad teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede derivar en una resolución de facto de la cuestión¹⁵⁴.

4º) El concepto del superior interés del menor debe ser primordial en los procedimientos que establece el Convenio de La Haya. Generalmente el interés superior del menor se identifica con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres¹⁵⁵.

5º) Aunque el objetivo primario del artículo 8 es la protección individual frente a acciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas, hay además obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En ambos contextos, debe darse consideración a un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad como un todo¹⁵⁶.

6º) Debe partirse de que el derecho a relacionarse con los hijos, y el derecho de visitas en caso de no convivir se integra en el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 CEDH. El disfrute mutuo de la compañía de padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar.

7º) La no ejecución de la orden de retorno del menor secuestrado puede determinar la condena del Estado responsable, por violación del artículo 8 CEDH¹⁵⁷. En los casos concernientes a la ejecución de decisiones en la esfera del Derecho de Familia, el Tribunal ha resuelto repetidamente que lo decisivo es si las autoridades nacionales han adoptado los pasos necesarios para facilitar la ejecución como puede ser requerido razonablemente en las circunstancias especiales de cada caso¹⁵⁸. La STEDH de 8 de enero de 2003 (PP contra Polonia), condena a ésta por violación del derecho del demandante al respeto a su vida familiar por no haberse adoptado sin dilación todas las medidas que cabía razonablemente esperar para ejecutar la orden de retorno de las niñas y ejecutar el derecho de visita del demandante. Para el TEDH el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el hijo y el padre que no vive con el niño.

8º) El restablecimiento del contacto con un niño en estas circunstancias delicadas requiere esfuerzos a largo plazo para todas las partes implicadas, incluido el demandante¹⁵⁹.

9º) Aunque las medidas coercitivas no son deseables en esta área tan sensible, el uso de sanciones no debe ser descartado frente a comportamientos antijurídicos por el progenitor con el que los niños viven¹⁶⁰.

10º) Es necesario evitar a los menores el denominado “conflicto de lealtades”¹⁶¹.

Dada la ubicación de las normas que regulan el procedimiento de restitución o retorno, resultan aplicables las peculiaridades procesales propias de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, entre ellas las señaladas en el art. 752 LEC sobre la inexistencia de preclusión para la alegación e introducción de hechos en el procedimiento, la investigación de oficio de la verdad material y la plenitud de efectos del principio de libre valoración de la prueba¹⁶².

II. DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL TRASLADO O RETENCIÓN

La petición de restitución o retorno de un menor que se encuentre en territorio español puede hacerse valer por el interesado bien directamente mediante la presentación de la correspondiente demanda ante el órgano judicial competente de conformidad con las reglas de determinación de la competencia que más adelante se analizan, bien a través de la Autoridad central española, en cuyo caso la demanda se formulará por el Abogado del Estado¹⁶³.

Una vez incoado el procedimiento por cualquiera de las dos vías expuestas, la primera cuestión a resolver por el juez nacional es la determinación de la norma o convenio aplicable al caso concreto, lo que a su vez va a determinar las posibles excepciones a la restitución o retorno. Recordemos que el artículo 96.1 de la Constitución Española establece que “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por su parte, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales¹⁶⁴, desarrolla el precepto constitucional bajo el marco de referencia de la Convención de Viena de 23 de mayo de

1969 sobre el Derecho de los Tratados, y su homónima de 21 de marzo de 1986, que aún no ha entrado en vigor. Los artículos 28 y siguientes de la Ley de Tratados recalcan su eficacia y necesaria observancia, así como la aplicabilidad directa salvo que su texto la condicione a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias. En todo caso, el Gobierno español ha de remitir a las Cortes Generales los proyectos de ley que sean necesarios para su efectividad y, junto con las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla en las materias propias de su competencia, adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales en los que España sea parte.

La prevalencia de los tratados y convenios internacionales se refleja de forma expresa en el artículo 31 de la norma que comentamos: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. Así mismo, la disposición adicional segunda recuerda el sometimiento de España al Derecho de la Unión Europea, debiendo tenerse en cuenta especialmente las disposiciones del Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que regulan la acción exterior de la Unión.

En definitiva, España resulta obligada no sólo por los tratados y convenios bilaterales o multilaterales suscritos a título individual, sino también por la normativa emanada de la Unión Europea y por los instrumentos de todo tipo suscritos por ésta con terceros países. Ciertamente, la determinación del derecho aplicable al caso concreto puede resultar compleja, rigiendo el principio *iura novit curia* al formar parte del derecho interno según se acaba de exponer.

A título enunciativo y sin ánimo de exhaustividad, en relación con la materia que nos ocupa resultan de aplicación actualmente en nuestro país los siguientes instrumentos:

A) El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por España el 7 de febrero de 1986 y que rige entre nuestro país y todos aquellos Estados respecto de los cuales tenemos aceptada formalmente su adhesión.

B) En el marco del Consejo de Europa es de aplicación el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre

Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha Custodia¹⁶⁵.

C) También en el marco del Consejo de Europa, España ha firmado el 9 de octubre de 2015 el Convenio Sobre las Relaciones Personales del menor. Hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003¹⁶⁶, su objetivo es “establecer un marco europeo y mundial que reconozca la necesidad de los menores de mantener relaciones personales, no solo con sus padres, sino también con otras personas relacionadas con ellos por vínculos familiares...”¹⁶⁷.

D) En el ámbito comunitario, por su parte, rige el Reglamento (CE) 2201/2003, que es de aplicación preferente tanto al Convenio de la Haya como al de Luxemburgo en las materias reguladas por el mismo y entre los países que forman parte de la UE, excepto Dinamarca.

E) Como tratado internacional en esta materia específica rige en España el Convenio Bilateral con el Reino de Marruecos de 1997 sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de Derecho de Custodia, Derecho de Visita y Devolución de Menores. No obstante, su importancia práctica es menor desde que en el año 2010 Marruecos pasó a formar parte del Convenio de la Haya de 1980.

F) En el plano general sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, España tiene suscritos los siguientes convenios bilaterales, aplicables también al ámbito del derecho de familia:

- Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992
- Convenio entre el Reino de España y la Federación Rusa sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 28 de octubre de 1990.
- Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001.

- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina democrática y popular y el Reino de España hecho en 24 de febrero de 2005
- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania hecho en Madrid el 12 de septiembre de 2006.

Por último, en relación con los Estados no incluidos en el ámbito de aplicación de ninguno de los instrumentos relacionados, debe aplicarse el procedimiento general sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, comúnmente conocido como exequátur, no siendo por tanto de aplicación el procedimiento establecido en los artículos 778 *quater* a 778 *sexies*. El exequátur está regulado actualmente por la Ley 29/2015, de 30 de julio¹⁶⁸, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Hasta su entrada en vigor, la ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras en España se regía por los artículos 951 a 958 de la LEC 1881. El objetivo de la nueva Ley es adaptar el proceso del exequátur¹⁶⁹ a la actual sociedad española, teniendo en cuenta que las relaciones personales internacionales “han dejado de ser un fenómeno minoritario y excepcional”.

La Ley 29/2015 se aplica solamente a las resoluciones originarias de países respecto de los cuales no existe ninguna norma de origen convencional (tratados o convenios, normas procedentes de la Unión Europea, etc.), reconociendo la propia norma su carácter subsidiario. Por otra parte, aunque se prohíbe la revisión sobre el fondo de la resolución extranjera -artículo 48-, sí es posible la modificación de las medidas contenidas en la misma por los tribunales españoles a través del procedimiento correspondiente, una vez reconocida su eficacia. Entre las medidas modificables se citan a título de ejemplo las prestaciones de alimentos, las medidas relacionadas con la guarda, comunicación y estancia de los menores o las relacionadas con la protección de menores e incapaces.

Las causas por las que puede denegarse el exequátur están expresamente tasadas (resolución contraria al orden público español, infracción de los derechos de defensa, etc.). En general, la nueva regulación simplifica el procedimiento, pudiendo solicitar acumuladamente el reconocimiento de la resolución y su ejecución, así como la adopción de medidas cautelares. Los documentos que deben presentarse junto con la demanda son, básicamente, los siguientes: Original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizada o apostillada; el documento que acredite la firmeza de la

misma en caso de que no conste en la propia resolución; y la traducción que, conforme establece el artículo 144.2 LEC, podrá ser privada, sin perjuicio de que la contraparte pueda impugnarla si lo estima oportuno. Las causas de oposición también están estrictamente tasadas. En los procedimientos de exequátur es siempre parte el Ministerio Fiscal. Contra la resolución que se dicte podrá interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente y, en su caso, recurso por infracción procesal y de casación conforme a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De lo expuesto hasta el momento resulta evidente la enorme complejidad de la labor de subsunción del caso en la concreta norma o convenio aplicable. Tarea que necesariamente habrá de llevar a cabo el Juez nacional ante una determinada pretensión de restitución o retorno. Pudiendo darse el caso, además, de que se hayan dictado resoluciones contradictorias relacionadas con la guarda, custodia y régimen de comunicación y estancia del menor con sus progenitores tanto en nuestro país como en otro u otros países, en cuyo caso es necesario dilucidar cuál de ellas es la que debe prevalecer.

Se analizan a continuación los rasgos más relevantes del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento (CE) 2201/2003, dada la importancia cuantitativa de los asuntos a los que resultan de aplicación en España.

III. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Es el instrumento de referencia en el ámbito internacional sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En vigor desde el 1 de diciembre de 1983¹⁷⁰, en la actualidad reúne ya a casi un centenar de Estados contratantes. Al contrario que el Reglamento (CE) 2201/03, el Convenio de la Haya no define lo que debe entenderse por traslado o retención ilícitos, como tampoco en qué consiste la custodia¹⁷¹. Basado en los principios de tutela del interés del menor, celeridad y prohibición de decisión sobre el fondo, en su artículo tercero se relacionan los supuestos en que el traslado o la retención del menor se consideran ilícitos:

“a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.”

Por su parte, el artículo 27 del Convenio señala que una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas o que la solicitud carece de fundamento.

La localización de los menores trasladados o retenidos ilícitamente se lleva a cabo en España a través de INTERPOL¹⁷². Aunque los resultados son generalmente positivos, en ocasiones la localización se demora debido a que estos asuntos no tienen en el tratamiento de prioritarios al no estar relacionados con la seguridad pública o nacional. Además, al actuar como colaborador de la Autoridad Central española, no puede realizar ciertas investigaciones sin una orden judicial previa. Orden que habrá de dictar el Juez competente, para cuya determinación habrá de esperar conocer el domicilio exacto de los menores.

Toda persona que presente una solicitud ante la Autoridad Central Española puede obtener asistencia jurídica inmediata a través de la Abogacía del Estado y sin necesidad de que demuestre que carece de recursos económicos¹⁷³. El Abogado del Estado de la provincia en la que resida el menor presentará ante el juzgado la correspondiente solicitud de restitución o visitas, en nombre y representación de la Autoridad Central Española (Ministerio de Justicia), solicitando la aplicación del convenio o instrumento internacional que corresponda. No obstante, el interesado puede contratar los servicios de un abogado particular si lo desea. Además, el artículo 29 del Convenio permite que el solicitante reclame directamente ante las autoridades judiciales, sin intervención de la Autoridad Central, que en ese caso declina toda responsabilidad y se limita a proporcionar asesoramiento.

Extraordinariamente complejo resulta en ocasiones la interpretación del derecho extranjero, especialmente en relación con aquellos países cuyo ordenamiento jurídico no tiene una base romanista. Los principales problemas surgen con Alemania y Holanda, que confunden frecuentemente la institución de la patria potestad con la guarda y

custodia, o no comprenden que el ejercicio de la patria potestad sea compartido entre ambos progenitores aun cuando no estén casados.

La Constitución española en su artículo 39 garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, en su doble faceta de derecho y garantía institucional. La Norma Suprema no prejuzga ni describe el modelo familiar constitucionalmente protegido, dado que familia y matrimonio no son dos realidades coincidentes, siendo la familia una institución más amplia. Dicho de otro modo, la familia matrimonial no es la única reconocida y protegida por nuestro sistema jurídico, tal como ha reiterado el Tribunal Constitucional como lógica derivación de otros preceptos constitucionales garantes de la libertad personal y la no discriminación. Así, el artículo 10.1 proclama la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social; y el artículo 14, por su parte, garantiza el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley.

El Convenio de la Haya, al igual que el Reglamento (CE) 2201/03, establece que el órgano jurisdiccional actuará con urgencia, debiendo dictar su resolución como máximo en un plazo de seis semanas después de la interposición de la demanda. Se consagra así el principio de celeridad, imprescindible si se tiene en cuenta la naturaleza de los intereses en juego. El artículo 7. c) del Convenio, por su parte, establece que las Autoridades Centrales deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.

La Conferencia de La Haya exige que los Estados no se limiten simplemente a ordenar el retorno, sino que éste se lleve a efecto y que se haga en un tiempo razonable. Sin embargo, las órdenes de retorno en España no son directamente ejecutivas, puesto que es necesario esperar el plazo general de 20 días hábiles para que pueda llevarse a cabo el cumplimiento voluntario. Solamente en el caso de que no se cumpla la resolución judicial en el indicado plazo podrá iniciarse la ejecución forzosa o procedimiento ejecutivo, en el cual puede formular oposición el demandado por los motivos legalmente previstos. La Autoridad Central española carece de competencias en la fase de ejecución, salvo para solicitarla a través del Abogado del Estado y actuar como parte ante el Juzgado en el juicio ejecutivo.

De conformidad con la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, ha de partirse de la presunción legal de que “el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible una vez comprobado que

concurren todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable. Esta regla general admite derogaciones a través del sistema de excepciones a la restitución que los propios Convenios suscritos por España contienen. La apreciación de excepciones debe hacerse siguiendo pautas interpretativas restrictivas”.

El artículo 12 del Convenio de la Haya establece que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, y en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. Pasado el plazo del año, el juez ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que se acredite que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. Se trata de un plazo de caducidad cuyo *dies a quo* comienza en la fecha que tuvo lugar el traslado, o bien desde que debió reintegrarse al menor. El *dies ad quem* es el de la interposición de la demanda.

El artículo 13.b) del Convenio de la Haya, por su parte, dispone que no hay obligación de ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. El Ministerio Fiscal tiene legitimación para plantear *per se* las excepciones al retorno contenidas tanto en este artículo como en el 20. Ahora bien, el artículo 10.4 del Reglamento (CE) 2201/2003 establece que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

A modo de resumen, cabe resaltar las deficiencias del Convenio de la Haya para hacer frente con efectividad al gran número de casos que se producen en la actualidad con motivo de la globalización de las relaciones personales, así como la defectuosa regulación de los derechos de visita y la falta de concreción sobre lo que debe considerarse derecho de custodia en cada entorno geográfico. Además, a raíz de algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha agudizado el debate sobre si es conveniente mantener la restitución o retorno del menor cuasi automática, sin tener en cuenta las circunstancias subyacentes o cuestiones de fondo que

puedan concurrir en cada caso concreto para garantizar en todo caso el supremo interés del menor.

IV. MARCO JURÍDICO EN LA UNIÓN EUROPEA

El marco legal en el ámbito de los países integrantes de la Unión Europea lo constituye el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en lo sucesivo, el Reglamento CE)¹⁷⁴. Establece una detallada regulación sobre competencia de los Estados miembros en los diversos supuestos que contempla, siempre orientada al superior interés del menor y otorgando especial relevancia al criterio de proximidad, de forma que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual tenga el menor su residencia habitual los competentes con carácter general. Si se produce un traslado o retención ilícitos, el objetivo prioritario es que la restitución se lleve a cabo sin demora, eliminando el exequátur, dado que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales de otro Estado miembro debe de estar basado en el principio de confianza mutua, salvo determinadas excepciones.

El considerando número 23 del Reglamento establece textualmente: “El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares “se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución”. Por ello, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. Las modalidades de ejecución de estas resoluciones siguen rigiéndose por el Derecho nacional”.

El artículo 2 del Reglamento CE considera que el traslado o retención son ilícitos cuando:

a) Se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y

b) Este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

Por otra parte, el artículo 8 determina que la competencia en cuanto al fondo en materia de responsabilidad parental corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que tuviera su residencia habitual el menor en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Competencia que se mantiene hasta tanto el menor adquiriera la residencia habitual en otro Estado miembro, siempre que además haya dado su conformidad al traslado o la retención el titular del derecho de custodia, o bien el menor se encuentre integrado en su nuevo entorno y haya residido en el nuevo Estado durante un año como mínimo con conocimiento del titular de la potestad de guarda. Se requiere, además, que durante ese plazo de un año el titular del derecho de custodia no haya presentado demanda de restitución, o bien que haya desistido de la misma o se haya archivado.

El Reglamento CE prevé también que la respuesta jurisdiccional utilice los procedimientos más expeditivos de que disponga su legislación nacional, así como que se dé audiencia al menor. Como ya hemos expuesto anteriormente, no cabe denegar la restitución con base en el artículo 13 b) del Convenio de la Haya de 1980¹⁷⁵ si se acredita que se han adoptado medidas para la protección del menor tras la restitución, ni tampoco sin dar posibilidad al solicitante de ser oído.

Conforme al artículo 23 habrá de denegarse el reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental en los siguientes casos:

- a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor;
- b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido;
- c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación

para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución;

d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona;

e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido;

f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido;

g) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56.

El procedimiento para la restitución del menor, cuando proceda, viene detallado en el artículo 42 del Reglamento CE. Básicamente, la restitución o retorno proceden siempre que exista una resolución judicial sobre responsabilidad parental que así lo establezca, con el único requisito de que la misma tenga fuerza ejecutiva o bien declare así el órgano que la dictó. El documento necesario para la ejecución es el certificado que ha de dictar, de oficio, el juez de origen que dictó la resolución sobre responsabilidad parental. En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad hubiera adoptado alguna medida para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

V. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA

Como ya anticipábamos, la respuesta de los tribunales españoles ante una petición de restitución o retorno de menores ubicados en territorio español no puede ser ni mucho menos automática. Como Estado requerido habrá de analizar:

- Por un lado, si el menor procede de la Unión Europea o de otro país con el que España tenga suscrito algún convenio sobre la materia, en cuyo caso resultará aplicable el nuevo procedimiento regulado en la

LEC. Si, por el contrario, procede de terceros países no vinculados convencionalmente con España, será de aplicación el exequátur.

- En el caso de que resulte aplicable una norma convencional o emanada de la Unión Europea, el órgano judicial deberá analizar si el traslado o retención ha infringido la concreta norma que resulte de aplicación dependiendo del país de residencia del menor (que no siempre será el de procedencia) y, en su caso, si concurre alguna de las excepciones legal o convencionalmente previstas para denegar el retorno o la restitución. En el ámbito de la Unión Europea el primer extremo relevante, a salvo las cuestiones procesales, es si el derecho de custodia que se pretende hacer valer está válidamente constituido y era efectivamente ejercitado con anterioridad al traslado o retención, en los términos que resultan del artículo 2 del Reglamento CE; e igualmente, la posible concurrencia de alguna de las excepciones que obligan al Estado requerido a denegar el retorno o restitución conforme al artículo 23. Además, como ya se ha expuesto anteriormente puede darse el caso de que ambos Estados (requerente y requerido) hayan dictado resoluciones sobre responsabilidad parental del menor que resulten contradictorias o incompatibles entre sí, en cuyo caso habrá de determinar cuál de ellas debe prevalecer en el caso concreto.

Pero la complejidad de los procedimientos sobre restitución o retorno de menores no se agota en la norma legal o convencional. Fundamental resulta, como en otros muchos ámbitos, la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar dicha normativa. Veamos un asunto concreto¹⁷⁶ como base para el análisis de algunas de las cuestiones más comunes en la práctica:

1.- Supuesto de hecho:

Se trata de un menor no matrimonial nacido en Italia en 2006, de padre italiano y madre austriaca que fue trasladado a Austria por la madre contra la voluntad del progenitor. En el marco de un procedimiento destinado a determinar el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto al menor, un órgano jurisdiccional italiano ordenó su restitución a Italia. Tras oponerse la madre a la restitución, el Tribunal Supremo austriaco planteó al TJUE una serie de cuestiones con carácter previo a resolver, exponiendo los motivos por los que entendía que la ejecución de la orden de retorno podría ser denegada:

“a) ¿Debe entenderse por “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” en el sentido del artículo 10,

letra b), inciso iv), del Reglamento n° 2201/2003 (Reglamento Bruselas II *bis*), también una medida provisional por la que la “facultad decisoria parental” se atribuye en particular, en lo relativo al derecho a decidir sobre el lugar de residencia, al progenitor sustractor hasta que se adopte una resolución definitiva sobre el derecho de custodia?

b) ¿Está comprendida una orden de restitución dentro del ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis* únicamente si el órgano jurisdiccional ordena la restitución sobre la base de una resolución definitiva sobre el derecho de custodia dictada por él mismo?

En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera o segunda:

a) ¿Puede invocarse la incompetencia del órgano jurisdiccional de origen (primera cuestión) o la inaplicabilidad del artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis* (segunda cuestión) en contra de la ejecución en el Estado de acogida de una resolución para la que el órgano jurisdiccional de origen ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *bis*?

b) ¿O tiene que solicitar la parte que se opone en tal supuesto la anulación del certificado en el Estado de origen, pudiendo suspenderse la ejecución en el Estado de ejecución hasta que recaiga la resolución en el Estado de origen?

En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda, o a la tercera, letra a):

a) ¿Se opone, según el artículo 47, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *bis*, una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional del Estado de acogida y considerada ejecutiva conforme a su ordenamiento jurídico, por la que se atribuye la custodia provisional al progenitor sustractor, a la ejecución de una orden de restitución del Estado de origen adoptada previamente con arreglo al artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis*, aunque no obstaculice la ejecución de una orden de restitución adoptada en el Estado de ejecución en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores [...]?

En caso respuesta negativa también a la cuarta cuestión:

a) ¿Puede denegarse en el Estado de acogida la ejecución de una resolución para la que el órgano jurisdiccional de origen ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento

Bruselas II *bis*, si, desde su adopción, las circunstancias han cambiado de tal manera que la ejecución en ese momento pondría en grave peligro el interés superior del menor?

b) ¿O la parte que se opone tiene que alegar dichas circunstancias en el Estado de origen, pudiéndose suspender la ejecución en el Estado de ejecución hasta que recaiga resolución en el Estado de origen?”.

2.- Doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

A la vista de las cuestiones planteadas el TJUE, previo el oportuno dictamen de la Abogada General designada al efecto¹⁷⁷, el 1 de julio de 2010 dictó Sentencia declarando lo siguiente:

“1) El artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que una medida provisional no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», a efectos de la citada disposición, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente”.

Vemos cómo en este primer apartado el TJUE viene a establecer que aunque la resolución sobre responsabilidad parental del Estado de origen del menor sea provisional¹⁷⁸, ello no determina que se transfiera la competencia al Estado al cual ha sido trasladado ilícitamente.

“2) El artículo 11, apartado 8, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor”

En este apartado el TJUE incide en la necesidad de dar cumplimiento a la orden de restitución aun cuando no exista una resolución definitiva previa sobre responsabilidad parental dictada por el Estado de origen. Es el caso, por ejemplo, de los menores sometidos únicamente a

medidas previas o provisionales, a medidas urgentes adoptadas ex artículo 158 de nuestro Código Civil, o en el seno de una orden de protección dictada en el ámbito de la violencia de género. Pero también de aquellos cuya ley nacional atribuye la patria potestad y consiguiente facultad de decidir sobre el domicilio del menor a ambos progenitores, como es el caso de España¹⁷⁹.

“3) El artículo 47, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor”.

En este concreto párrafo el TJUE declara la prevalencia de la resolución certificada dictada con anterioridad por el Estado requirente, sea provisional o definitiva, frente a la resolución provisional dictada por el Estado requerido. Cabe preguntarse si la respuesta sería la misma ante la confrontación de dos resoluciones definitivas.

“4) La ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución”.

Se reafirma aquí la competencia del Estado de origen del menor, al remitir al mismo la decisión sobre los posibles hechos nuevos posteriores a la resolución cuya ejecución se solicita.

3.- Conclusiones:

La interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza del Reglamento CE potencia el mantenimiento de la competencia del Estado de residencia inicial del menor, atribuyendo a los órganos judiciales del mismo la determinación de los derechos parentales tanto provisionales como definitivos, incluso aunque hayan variado sustancialmente las circunstancias existentes antes del

traslado o retención y se considere que puede haber grave riesgo para el interés superior del menor si se ordena la restitución.

Resulta comprensible que desde el Tribunal se abogue por la Institución que lo crea (la Unión Europea), pues la confianza mutua entre los Estados que forman esta alianza es imprescindible para su mantenimiento y desarrollo. Apriorísticamente no existe ningún motivo para que el Estado requerido cuestione la decisión adoptada en materia de custodia por el Estado requirente, y por ello debe limitarse con carácter general a ordenar la restitución en el entendimiento de que el Estado de origen velará por los intereses del menor retornado. Sin embargo, no podemos perder de vista que el objetivo perseguido ha de ser en todo momento y en cualquier tipo de procedimiento el supremo interés del menor. Interés que, a día de hoy, no se define y protege del mismo modo en todo el territorio de la Unión Europea. Cabe preguntarse si es posible extrapolar a los abundantes traslados o retenciones actuales una norma (el Reglamento CE) dictada en el año 2003 en el seno de la Europa de los doce¹⁸⁰, socios sin duda más afines desde un punto de vista jurídico, político y cultural que los que la forman actualmente¹⁸¹. Y ello porque las patentes diferencias jurídicas, políticas y sociales que existen entre los países que actualmente integran la Unión Europea son sin duda relevantes y afectan a múltiples ámbitos, incluido el económico, con la consiguiente e inevitable repercusión en la garantía de bienestar general del menor.

VI. PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES LOCALIZADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL

Podemos definir la restitución como la entrega del menor a la persona a la que le corresponde tenerla en su compañía de conformidad con la resolución relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, mientras que el retorno se refiere al regreso del menor a su país de residencia habitual. En ambos casos, el procedimiento aplicable en nuestro país está regulado en el Capítulo VI bis, Título I, Libro VI, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más concretamente en los artículos 778 quater y quinquies. El primero de ellos se ocupa del ámbito de aplicación, mientras que el segundo detalla el procedimiento y recurso aplicable.

El procedimiento de restitución o retorno se aplica exclusivamente a las peticiones recibidas por los tribunales españoles en relación con uno o varios menores que se encuentren en territorio español, siempre que:

- Procedan de un Estado miembro de la Unión Europea, o bien de un Estado con el que España tenga suscrito un convenio internacional sobre esta materia.

- Resulte aplicable un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea.

Imperan en el procedimiento los principios de sumariedad, urgencia y preferencia, que se utilizan aquí como medio para tutelar convenientemente el interés del menor sustraído o no restituido. El plazo legalmente previsto para la tramitación completa del procedimiento, incluyendo la segunda instancia, es de seis semanas desde la fecha de la presentación de la demanda instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales. El *iter* procedimental es el siguiente:

A) Es competente el juzgado de familia de la capital de provincia, Ceuta o Melilla en cuya circunscripción se halle el menor; en caso de que no exista juzgado especializado, la competencia se atribuye al juzgado de primera instancia que por turno corresponda.

B) La legitimación activa corresponde a:

- La persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia del menor, o bien un régimen de visitas, comunicación o relación.

- En su caso, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio que resulte de aplicación, que actuará a través de la persona o entidad que designe dicha autoridad (en la práctica, el Abogado del Estado).

C) En materia de postulación y defensa se aplica la regla general, siendo por tanto preceptiva la intervención de abogado y procurador. Cuando intervenga la Abogacía del Estado a instancia de la Autoridad Central española, cesará su intervención desde el momento en que el solicitante de la restitución o retorno comparezca en forma en el procedimiento.

D) Como ya se ha expuesto, rigen en el procedimiento los principios de preferencia y urgencia, que se traducen en una importante reducción de los plazos procesales. Además, no se suspende su tramitación por prejudicialidad penal, incluso aunque se encuentre en trámite un proceso penal por sustracción de menores.

E) Se prevé expresamente la colaboración judicial y administrativa para facilitar las comunicaciones entre ambos Estados, pudiendo recurrir al auxilio de las respectivas Autoridades Centrales, Redes de Cooperación Judicial Internacional, miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y Jueces de enlace¹⁸².

También se contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares, tanto de oficio como a instancia de parte, pudiendo acordarse tanto las previstas en el artículo 773 de la LEC como las del 158 del Código Civil. Más específicamente se prevé la adopción de las medidas necesarias para garantizar los derechos de estancia, visita, relación y comunicación del menor con el demandante durante la tramitación del procedimiento.

F) El proceso comienza por demanda que deberá contener la identidad del demandante y del menor, así como todos los datos posibles en relación con la persona que se considere que lo ha sustraído o retenido indebidamente y el lugar en el que se encuentra el menor. Igualmente incluirá la información requerida por el convenio internacional o norma de la UE que resulte de aplicación, los motivos en los que se funde la reclamación o derecho del solicitante y la petición de restitución o retorno del menor a su lugar de procedencia.

Presentada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia se pronunciará sobre su admisión a trámite en el plazo de veinticuatro horas. Si se admite, requerirá al demandado para que en el plazo máximo de tres días comparezca con el menor y manifieste si accede a lo solicitado. Si, por el contrario, considera que la demanda es inadmisibile, dará cuenta al Juez para que resuelva lo procedente.

Tras la admisión a trámite de la demanda, si el menor no fuere hallado en el lugar señalado por el demandante y resultaren infructuosas las averiguaciones que se practiquen por el Juzgado para su localización, se archivarán provisionalmente los autos hasta ser hallado¹⁸³. Si fuera localizado en otra provincia, el Letrado de la Administración de Justicia, previa audiencia del fiscal y las partes por un día, dará cuenta al Juez para que resuelva mediante Auto en el plazo de una audiencia. Si se considera incompetente territorialmente, ordenará remitir las actuaciones al órgano competente, emplazando a las partes para que comparezca ante el mismo dentro de los tres días siguientes.

G) Las posturas posibles del demandado ante la petición de restitución o retorno son las siguientes:

a) Comparecer en el procedimiento y acceder a la restitución o retorno, ya sea dentro del plazo del requerimiento o en cualquier momento antes de que finalice el proceso. En este caso, el Letrado de la Administración de Justicia levantará acta y el Juez en el mismo día dictará Auto acordando la conclusión del procedimiento y el retorno o restitución del menor. Igualmente deberá pronunciarse sobre las costas del procedimiento.

b) No comparecer, en cuyo caso será declarado en rebeldía y continuará el procedimiento, señalando día y hora para la celebración de la vista y citando al demandante y al fiscal. Esta resolución se notificará al demandado, no practicándose ninguna otra salvo la que ponga fin al procedimiento.

c) En caso de que el demandado, aun compareciendo, no lo haga en legal forma, no presente oposición o no proceda a la entrega o retorno del menor, la tramitación será la misma que si no hubiera comparecido.

d) Finalmente, si comparece y formula oposición por escrito alegando alguna de las causas establecidas en el convenio o norma internacional aplicable, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la oposición a las demás partes, procediendo al señalamiento y citación para vista.

e) La vista se celebrará dentro de los cinco días siguientes, y en ella se oirá a la parte o partes que comparezcan, se practicarán las pruebas propuestas y admitidas, así como las propuestas por el fiscal y las que el juez pueda acordar de oficio. Se prevé igualmente la posibilidad de que el juez recabe los informes que estime pertinentes, a instancia de parte o de oficio.

La exploración del menor se establece como preceptiva, salvo que el juez no lo considere conveniente en atención a su edad o grado de madurez. Se llevará a cabo en cualquier momento del procedimiento antes de dictar sentencia, en presencia del fiscal.

Finalizada la vista, el juez dictará sentencia en el plazo de tres días, en la que se pronunciará únicamente sobre si el traslado o retención son ilícitos, así como si procede o no la restitución del menor o el retorno al lugar de procedencia y, en su caso, la forma y plazo de ejecución. También podrá adoptar medidas para evitar un nuevo traslado o retención ilícitos. Finalmente se pronunciará sobre las costas y gastos, pudiendo condenar a su pago al demandado o bien declararlas de oficio.

f) Contra la sentencia de instancia cabe recurso de apelación, que tiene efectos suspensivos y carácter preferente. El plazo para la interposición del recurso es de tres días a contar desde el siguiente a la notificación a todas las partes, debiendo de resolver el Juez sobre su admisión en las veinticuatro horas siguientes a su presentación. Si se admite a trámite, se dará traslado a las demás partes por tres días para que presenten escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución recurrida, según las reglas generales. En este último caso, procederá dar nuevo traslado al apelante principal por tres días.

Transcurridos los indicados plazos se remitirán los autos a la Audiencia Provincial correspondiente, ante la que deberán comparecer las partes en el plazo de veinticuatro horas. En caso de petición de prueba en la segunda instancia, o de celebración de vista, el órgano *ad quem* resolverá lo que proceda también en 24 horas, señalando en su caso la vista dentro de los tres días siguientes. El plazo para dictar sentencia es de tres días.

g) En cualquier momento del proceso ambas partes podrán solicitar la suspensión para someterse a mediación. También el juez podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, proponer una solución de mediación. En ese caso se suspenderá el procedimiento por el tiempo necesario, que en ningún caso podrá exceder de seis semanas. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes, y también si se alcanza un acuerdo que deba ser aprobado judicialmente.

h) Ejecución: Cuando se acuerde la restitución o retorno del menor al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará al Juzgado la asistencia necesaria para garantizar su seguridad. Si el progenitor condenado a la restitución se opone, impide u obstaculiza el cumplimiento, el juez deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para la ejecución, pudiendo ayudarse de los servicios sociales y de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En términos generales, pues, el nuevo proceso español apuesta decididamente por la celeridad. Según afirma Forcada Miranda¹⁸⁴, “las novedades legislativas de 2015 han supuesto una clara apuesta de España por la celeridad en primera y segunda instancia, por la concentración de la jurisdicción y por la mediación, y han recibido de forma decidida un claro respaldo con la novedosa Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en cuanto asume los postulados de modernización que recoge la nueva legislación interna española”.

De los términos de la citada Circular, que proporciona elementos relevantes para determinar lo que haya de entenderse por derecho de custodia o residencia habitual del menor, cabe resaltar las siguientes directrices en relación con el procedimiento que venimos analizando:

1ª) Dado que el procedimiento se califica como preferente, no es posible resolver otros procesos sobre guarda y custodia hasta tanto no se decida sobre el proceso de sustracción internacional; y sólo en caso de que se acuerde la improcedencia de la restitución o retorno cabrá pronunciarse sobre la guarda y custodia.

2ª) Las previsiones referentes a la prejudicialidad penal y cooperación internacional se orientan a la implementación del principio de celeridad, por lo que no cabe la acumulación de este procedimiento a cualquier otro.

3ª) El *petitum* puede venir referido bien al retorno del menor al lugar de su residencia inicial; o bien a la restitución, que consiste en la entrega del menor al solicitante y puede llevarse a cabo en el Estado en el que se encuentra el menor, en el de su residencia habitual o, incluso, en un tercer Estado. Si la sentencia de este proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de restitución del menor a una persona, el mandato judicial se cumplirá con la entrega del menor a esa concreta persona, que será la responsable de desplazarlo ulteriormente a su Estado de residencia. Si, por el contrario, lo que establece la sentencia es el retorno del menor a su país de origen, entonces el mandato judicial solo se cumplirá con el desplazamiento del menor al Estado requirente.

4ª) En materia de competencia, corresponde en todo caso al Juzgado de Familia o, en su defecto, al de Primera Instancia, de la capital de provincia donde se halle el menor, incluso en el caso de que por instar la restitución el propio progenitor no intervenga la Abogacía del Estado.

5ª) Conforme al apartado tercero del art. 778 quinquies “cuando el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Secretario judicial sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado. Si el menor fuera hallado en otra provincia, el Secretario judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al

Tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes”. No obstante, según la Circular 6/2015, “Debe entenderse que el desplazamiento del menor a otra provincia no supone automáticamente la modificación de la competencia. El Juez deberá decidir si continúa conociendo del asunto o si lo remite al Juzgado de la capital de provincia a la que se ha desplazado el menor. Los Sres. Fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento”.

6ª) La inasistencia del demandante o del demandado opuesto a la vista no conlleva su suspensión. Por el contrario, sí deberá suspenderse por la inasistencia del Abogado del Estado en los casos en que sea parte, por entender, de acuerdo con la Circular de la FGE 6/2015, que su falta de asistencia “necesariamente debe traer causa en una disfunción organizativa”, debiendo solicitar el Fiscal en ese caso la suspensión e impugnar, en su caso, la resolución judicial por la que se acuerde la continuación de la vista. Solamente podrá darse operatividad al desistimiento del demandante mediante una declaración de voluntad documentada, por encontrarnos ante una materia de orden público internacional, sin que en ningún caso pueda deducirse el desistimiento de actitudes pasivas.

7ª) No es exigible la comparecencia personal del demandante al acto de la vista, ya que su exigencia supondría una complicación injustificada al retorno. En este sentido se pronuncia la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya: “debido al carácter internacional del Convenio y a las distancias geográficas que se dan, la exigencia jurídica en algunos países de la comparecencia personal del solicitante en el procedimiento en el Estado requerido puede ocasionar retraso en los procedimientos y añadir unos gastos excesivos para el solicitante. Requerir la presencia personal del demandante en los procedimientos, puede provocar, en algunos casos, la imposibilidad de recurrir al Convenio”.

8ª) Durante la vista se oír a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente, en concreto, a la persona que solicitó la restitución o retorno, al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, incluso si compareciere en este trámite por vez primera.

9ª) En materia de prueba, se practicarán las útiles y pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan y las que el Juez acuerde de

oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, dentro del plazo improrrogable de seis días. El Juez podrá también recabar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los informes que estime pertinentes cuya realización será urgente y preferente a cualquier otro proceso. La cognición y, consiguientemente, la prueba, se limita a la licitud o ilicitud del traslado o retención, a los presupuestos fácticos que integran las excepciones, en su caso, y a las medidas que deben adoptarse en el caso concreto. Habrán de ser rechazadas las pruebas dirigidas a una decisión sobre el fondo.

10^a) La previsión de que el Juez acuerde la elaboración de informes tras oír al menor ha de cohonestarse con la necesidad de celeridad, por lo que debe sopesarse en cada caso su utilidad. Teniendo en cuenta el limitado objeto del proceso debe aplicarse con rigor la limitación probatoria a la pertinente y necesaria, respetando los plazos breves marcados por la Ley y los Convenios.

11^a) Puede ser del máximo interés la prueba del derecho extranjero del lugar de residencia habitual del menor para poder calibrar si ha existido traslado ilegal.

12^a) Si no se ha podido practicar toda la prueba en el acto de la vista y se estima que la misma es indispensable, puede fijarse un nuevo plazo improrrogable de seis días para su práctica.

13^a) La audiencia del menor debe llevarse a cabo separadamente, a solas y sin posible contradicción por parte de ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente. La Circular considera que el Fiscal debe, como regla general, asistir a la exploración del menor, pudiendo formularle preguntas, siendo especialmente recomendable que asista a fin de que pueda formarse adecuadamente su criterio. Entendiendo que la inmediatez en estos casos es fundamental para calibrar las circunstancias del menor y para valorar adecuadamente lo que el mismo exponga.

14^a) Se debe llevar a cabo la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales. Podrá omitirse la audiencia del menor tanto cuando se estime que no tiene suficiente juicio para ello como cuando éste, voluntariamente, deje de comparecer, si se considera que tiene suficiente madurez.

15^a) Dictada sentencia, cabe contra la misma el recurso de apelación con efectos devolutivos y suspensivos, sin posibilidad de ejecución provisional. Además, debe ponerse fin a las graves dilaciones que el recurso de apelación traía consigo durante la vigencia de la LEC 1881, incompatibles con los compromisos internacionales asumidos por España.

16^a) En atención a la naturaleza de la pretensión que se sustancia, los requisitos formales del recurso de apelación deben verse atemperados. La Circular cita a título de ejemplo el caso examinado por la SAP Asturias 8/2008 de 15 de enero, en el que se alega de forma sorpresiva la excepción de grave riesgo para el menor, resolviendo la Sala que “dicha alegación no se ve afectada por el principio de inmutabilidad de los términos del debate que resultaría de la aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur* y lo dispuesto en el artículo 456-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) por serle de aplicación la excepción que, en procedimientos como el que nos ocupa, en que se ven involucrados intereses de personas menores de edad o incapacitadas, establece el artículo 752.1 del citado Texto Legal”.

17^a) En cuanto a las concretas actuaciones de ejecución la FGE, a la vista de las lagunas que en este punto presenta el Convenio de la Haya, considera conveniente especificarlas en la resolución judicial con el máximo detalle, en el entendimiento que “mientras más pormenorizadamente se determinen, menores posibilidades de conflicto habrá”. También desde la Guía de Buenas Prácticas del mismo Convenio se postula que se detalle con la mayor precisión la forma de llevar a cabo la restitución o retorno, así como la necesaria rapidez y la conveniencia de establecer medidas cautelares que impidan el ocultamiento del menor con posterioridad a la sentencia, pudiendo recabar el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad en caso necesario.

18^a) La estimación de la pretensión de retorno no conlleva necesariamente la entrega del menor al progenitor promotor del procedimiento, dado que la sentencia puede ordenar el retorno del menor al Estado de origen junto al progenitor que lo ha trasladado o retenido indebidamente en caso de que sea a éste a quien le corresponda la guarda y custodia.

VII. DECLARACIÓN DE ILICITUD DEL TRASLADO O RETENCIÓN DE UN MENOR CON RESIDENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL

El último de los artículos que analizamos, por su parte, regula la declaración de ilicitud en caso de que un menor con residencia habitual en territorio español haya sido trasladado a otro país o sea retenido en el mismo contraviniendo un derecho de guarda, comunicación o estancia. El artículo 778 *sexies* de la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla el procedimiento a seguir en los siguientes términos:

A) La legitimación activa se confiere de forma amplia a “cualquier persona interesada”.

B) Es competente para conocer de la solicitud la “última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. En defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España”.

C) En cuanto a postulación y defensa rige la regla general al no establecerse nada al respecto, por lo que resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador.

D) El procedimiento aplicable para la declaración de ilicitud será, a elección del solicitante, “... los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158”.

E) La finalidad u objetivo del procedimiento es obtener “una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio”, como requisito previo al inicio de los trámites oportunos en el país de destino para llevar a cabo la restitución o el retorno del menor.

La Circular de la FGE 6/2015 establece, en relación con este procedimiento, que los Fiscales deben promover la información a las víctimas, en línea con las previsiones de la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal, de forma que cuando un menor con residencia habitual en España sea trasladado a un tercer país “sean informadas de las posibilidades de acudir a la Autoridad central española para articular la correspondiente reclamación”.

VIII. CONCLUSIONES

La presencia cada vez más habitual del elemento internacional en el ámbito de las relaciones personales y, consiguientemente, de las relaciones paterno filiales, ha generado la necesidad de evolución normativa tanto en lo sustantivo como en el aspecto procesal. Los textos de mayor relevancia en esta materia son el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo, ambos del año 1980, junto con el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, aplicable exclusivamente en el ámbito de la Unión Europea¹⁸⁵. El procedimiento judicial para la aplicación en España de los citados instrumentos ha sido modificado mediante Ley Orgánica 1/2015, que introduce los artículos 778 quater a sexies en la LEC.

A raíz de la citada modificación, la Fiscalía General del Estado ha dictado la Circular 6/2015, que tras efectuar un amplio y concentrado análisis de los textos internacionales y normas procedentes de la Unión Europea que resultan de aplicación a la restitución o retorno de menores, sienta las pautas a las que deben someter su actuación los miembros del Ministerio Fiscal en los referidos procedimientos. Pautas a las que, al igual que en otras materias, es previsible que adapten su actuación no solo los Sres. Fiscales, sino también el resto de los operadores jurídicos, y de ahí su importancia. Son, sustancialmente, las siguientes:

1ª) Debe partirse de la presunción legal de que el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible, una vez comprobado que la solicitud reúne todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable y siempre que no concurra alguna de las excepciones a la restitución previstas en los propios Convenios. Excepciones que deben interpretarse de forma restrictiva.

2ª) Corresponde a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales la función de intervenir en los procesos civiles de restitución o retorno de menores.

3ª) El Ministerio Fiscal tiene legitimación para plantear de forma autónoma las excepciones al retorno contenidas en los artículos 13 y 20 del Convenio Haya 1980, así como para proponer prueba dirigida a acreditar los hechos constitutivos de esas excepciones a la restitución. También están legitimados para promover la adopción de medidas cautelares.

4ª) Los Fiscales orientarán su actuación procesal hacia la dinamización del procedimiento, oponiéndose a cuantas prácticas puedan generar un retraso injustificado en su tramitación.

5ª) Los Fiscales deberán oponerse a la práctica de pruebas dirigidas a dilucidar cuestiones relacionadas con el fondo del asunto, y recurrir las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento sobre retorno que supongan una decisión sobre el derecho de custodia.

6ª) Si resulta aplicable el Convenio Haya 1980 o el Reglamento CE, el derecho de custodia en el que se fundamenta la petición de restitución o retorno puede provenir de una resolución judicial o bien del derecho interno del país de residencia del menor. En el caso del Convenio Luxemburgo es necesaria una resolución previa que, además, ha de ser ejecutiva.

7ª) Aunque el traslado o retención se lleve a cabo por el progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia procede la restitución o retorno si conforme al derecho interno del país de origen la facultad de decidir sobre la residencia del menor corresponde conjuntamente a ambos progenitores.

8ª) Cuando el país requerido sea España habrá de estarse al derecho aplicable en el país de residencia del menor para determinar si el progenitor reclamante tenía el cuidado de la persona del menor o disponía de la facultad de decidir sobre su lugar de residencia.

9ª) El Convenio Haya 1980 es aplicable tanto si el titular de la guarda y custodia es una persona física como si se trata de persona jurídica.

10ª) Los instrumentos analizados limitan su aplicación a los menores de dieciséis años, por lo que en caso de que el menor afectado cumpla esa edad durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución, debiendo decretarse el archivo del mismo.

11ª) A efectos de evaluar la concurrencia de la excepción de integración, debe entenderse que la reclamación determinante para el comienzo del cómputo del año es la que se realiza ante las autoridades españolas. En ningún caso podrá prosperar la alegación de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio si no ha transcurrido dicho plazo.

12ª) En relación con la excepción de concurrencia de grave riesgo, no podrá denegarse el retorno con fundamento en que el menor se

encuentre bien en España, en lo dolorosa que pueda resultar su separación del progenitor que le ha trasladado ilícitamente o en que el retorno resulte incómodo de cualquier modo para el menor. Debe evitarse a toda costa que a través de la articulación de la excepción de grave riesgo se decida quién tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

13^a) Es frecuente la alegación de grave riesgo de peligro psicológico en relación con menores de corta edad que siempre han vivido con el progenitor que ha llevado a cabo el traslado o retención ilícitos, debiendo tenerse en cuenta que el posible daño no tendrá su origen en el retorno del menor, sino en una eventual negativa del progenitor custodio a regresar al país de origen junto con el menor.

14^a) La opinión del menor como pauta para concretar su interés superior se torna absolutamente esencial, debiendo calibrarse además de su edad y grado de madurez la argumentación con la que el menor justifica su elección. Deben tomarse las precauciones necesarias para que el menor no perciba en ningún caso que recae sobre él la carga de la decisión. La audiencia no debe tener lugar en el acto del juicio, ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente. Se promoverá su grabación o, en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales.

15^a) En caso de que no se acompañaran a la solicitud de restitución o retorno alguno de los documentos exigidos por el Convenio aplicable se concederá al solicitante un plazo de subsanación, conforme al *principio pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses en juego. El carácter preferente y urgente del procedimiento impide la acumulación a cualquier otro procedimiento.

16^a) Cuando el menor cambie de residencia durante la tramitación del procedimiento debe promoverse la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente siempre que pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento.

17^a) A efectos de ponderar la pertinencia de promover la adopción de medidas cautelares deberá evaluarse si concurre riesgo de que tras la noticia de la incoación del procedimiento el demandado pueda decidir salir de España con el menor para marchar a un tercer país.

18^a) El derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, determina que como regla general los Fiscales deben favorecer la adopción de medidas cautelares para poner en marcha un derecho de visitas provisional.

19^a) No es exigible la comparecencia personal del requirente al acto de la vista, y solamente son admisibles las pruebas tendentes a decidir sobre la ilicitud o no del traslado o retención, la concurrencia de excepciones o las medidas que se deben adoptar. Habrán de ser rechazadas las pruebas atinentes al fondo del asunto, es decir, sobre las relaciones parentales del menor.

20^a) Para la declaración de ilicitud de un traslado o retención de un menor con residencia habitual en España ha de partirse de la base de que conforme a nuestro derecho interno el traslado de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro es ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado, y salvo que el otro progenitor haya sido privado de la patria potestad.

21^a) Es posible acordar la suspensión del procedimiento para someterse a mediación, siempre que las actuaciones de mediación no supongan un retraso injustificado del proceso. Deben tenerse presentes las prescripciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como la Guía de buenas Prácticas (Parte V).

CAPÍTULO SEXTO

CAPÍTULO SEXTO: RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CONFLICTOS MÁS FRECUENTES. 1. Elección de centro escolar. 2.- Actividades extraescolares. 3.- Tratamientos médicos. 4.- Ceremonias religiosas. 5.- Domicilio del menor. III. ACCIÓN U OMISIÓN ANTIJURÍDICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL. 1.- Vulneración del régimen de guarda, comunicación y estancia. 2.- Remedios legales específicos. IV. DOCTRINA GENERAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO MORAL. APLICABILIDAD AL ÁMBITO FAMILIAR. 1.- SAP Asturias, Sección 5^o, de 18 mayo 2012. 2.- SAP Madrid, Sección 12^a, de 26 marzo 2015. 3.- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Desde hace varias décadas la doctrina viene analizando la aplicación del instituto de la responsabilidad civil a los daños causados en el ámbito familiar, al hilo de su reconocimiento por algunas resoluciones judiciales. El daño intrafamiliar puede provenir de numerosos actos u omisiones, entre los que cabe citar la infidelidad conyugal, la ocultación de la verdadera paternidad¹⁸⁶ o la declaración indebida de desamparo por la Administración Pública. Pero quizás el supuesto más común en la práctica es el de los daños causados a uno de los progenitores como consecuencia de la vulneración o desconocimiento de las facultades inherentes a la patria potestad, en especial por el incumplimiento del régimen de guarda, comunicación y estancia.

Las relaciones paterno-filiales forman parte del derecho a la vida familiar que garantiza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos. En palabras del TEDH, "...para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar"¹⁸⁷.

La acción u omisión dañosa proviene generalmente del otro progenitor, y el resultado lesivo repercute, inevitablemente, en los menores sometidos a la potestad vulnerada. El elemento común a todos los supuestos es el daño moral subyacente, cuyo resarcimiento, aunque no está expresamente previsto por nuestro ordenamiento jurídico, resulta admisible tanto desde el prisma de la responsabilidad contractual¹⁸⁸ como de la extracontractual¹⁸⁹.

SUMMARY: For decades the doctrine is analyzing the application of the institute of liability for damage caused in the family, in line with its recognition by some judgments. The domestic harm can come from numerous acts or omissions, among which include marital infidelity, concealment of the true paternity or wrongful declaration of abandonment by the Public Administration. But perhaps the most common assumption in practice is the damage caused to a parent as a result of the violation or disregard of the powers inherent in parental authority, especially for breach of regime care, communication and stay.

The parent-child relationships are part of the right to family life guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights. In the words of the ECHR, "... for a parent and child, being together is a fundamental element of family life."

The harmful action or omission generally comes from the other parent, and the harmful result inevitably affects on children subject to the authority violated. The common element in all cases is the underlying moral damage compensation which, although not expressly provided by our legal system, is admissible both from the perspective of contractual liability and the tort.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, vida familiar, daño moral, indemnización, injerencia dañosa.

KEYWORDS: Civil liability, family life, moral damages, compensation, harmful interference.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando una familia se ve sacudida por una situación de crisis que desemboca en la ruptura del núcleo familiar primigenio, es inevitable que resulte afectado el desarrollo de la vida cotidiana de todos sus miembros. Sin embargo, ello no significa que los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el derecho a la vida familiar desaparezcan o queden sin contenido. Antes al contrario, podría decirse que se desdoblan para dar cobertura a la relación que los hijos deben seguir manteniendo con cada uno de sus progenitores, dado que a partir de la ruptura pasan a formar parte de dos familias tuteladas por el Derecho. En este sentido, la STS 96/2015, de 16 febrero 2015, propugna actitudes parentales “que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

II. LOS CONFLICTOS MÁS FRECUENTES

Las discrepancias sobre las cuestiones relacionadas con la crianza de los hijos son muy variadas y se manifiestan tanto durante la vida en común como tras la ruptura. En ambos supuestos cualquier progenitor puede acudir al Juez invocando el artículo 158 CC para que, después de oír a ambos progenitores y al hijo si tiene suficiente juicio o es mayor de 12 años, atribuya la facultad de decidir a uno de ellos, sin ulterior recurso.

En la práctica, la intervención judicial queda relegada, salvo excepciones, a los casos post-ruptura, dado que el progenitor que ostenta la custodia de los hijos menores tras la separación o divorcio con frecuencia se atribuye la facultad de decidir unilateralmente cuestiones que deberían ser consensuadas con el otro progenitor. Es frecuente ver cómo el custodio decide a qué actividades extraescolares acuden los hijos, qué médicos le atienden, etc., sin contar para nada con la opinión del otro progenitor. La decisión individual está admitida en el Código Civil para todas aquellas decisiones que podríamos definir como ordinarias o cotidianas (tiempos de ocio, estudio, descanso), estableciendo que serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social o las circunstancias de la familia. Y ello, tanto antes como después de la ruptura, puesto que la norma no hace

distinciones. Por el contrario, el consenso es necesario para decidir sobre las cuestiones más relevantes comprendidas en los deberes-facultades de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, salvo casos de urgencia¹⁹⁰.

En definitiva, y al margen del concreto régimen de comunicación y estancia aplicable, el ejercicio conjunto de la patria potestad exige el consenso de los progenitores para una gran variedad de decisiones, en especial aquellas de mayor importancia para la educación, salud y formación integral de los hijos. Consenso que en muchos casos no se logra¹⁹¹, con la consiguiente judicialización de las relaciones familiares para resolver los cada vez más numerosos conflictos que se plantean, en detrimento, casi siempre, del interés del menor. Veamos algunos supuestos:

1.- Elección de centro escolar:

Las cuestiones más controvertidas relacionadas con la educación del menor y, por ello, resueltas habitualmente mediante decisión judicial, son las siguientes:

A) Colegio público o privado. La disputa deriva generalmente del coste económico del centro elegido, en especial cuando el gasto no está previsto expresamente como extraordinario en el convenio regulador o resolución judicial. Como punto de partida, el artículo 142 CC establece que los gastos de estudio están incluidos en el concepto de alimentos¹⁹² y, por lo tanto, quedan cubiertos con la pensión o manutención que se abone al hijo por tal concepto. Sin embargo, se consideran habitualmente como gastos extraordinarios determinadas partidas, como matrículas, gastos de residencia o colegio mayor, libros, etc. En cualquier caso, para la reclamación judicial del gasto es necesario tramitar el incidente previo del artículo 776.4^a LEC, a fin de que el Juez determine caso por caso si la concreta partida reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario.

B) Colegio laico o religioso. El conflicto en este caso suele presentarse cuando los progenitores profesan distintas religiones, o bien uno de ellos no profesa ninguna. La cuestión religiosa es una de las más controvertidas, toda vez que en la formación integral del menor van a tener gran influencia las diferentes creencias de sus padres. La STC 141/2000, de 29 mayo, consagra la necesidad de tutelar prioritariamente los derechos del menor: “Desde la perspectiva del art. 16 C.E. los menores de edad son titulares plenos de sus derechos

fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

C) Cambio de colegio por traslado de domicilio: Sin detrimento alguno de la libre elección de residencia del progenitor custodio y permitiendo incluso llevar al menor consigo siempre que no interfiera en el régimen de estancia que corresponda al otro progenitor, el cambio de colegio debe efectuarse siempre de mutuo acuerdo o, en su defecto, mediante autorización judicial¹⁹³. En general, los tribunales vienen autorizando el cambio de colegio en atención a su cercanía al nuevo domicilio, para evitar a los menores continuos desplazamientos y pérdida de tiempo (AP Barcelona, Sección 18ª, de 07/02/08), con el único requisito de que el cambio de domicilio sea permanente (AP Baleares, Sección 4ª, de 03/06/10).

D) Falta de información sobre la actividad escolar: Cuestión esta generadora de frecuentes conflictos no solo entre los progenitores, sino también entre el progenitor no custodio y el centro educativo. Y es que, aunque un cabal conocimiento de su vida académica es imprescindible para el correcto ejercicio de la patria potestad en su vertiente de educar al menor y procurarle una formación integral, en la práctica es habitual que el progenitor custodio no mantenga al otro informado de los avatares que se producen en el día a día de los hijos, tales como reuniones con los tutores del colegio al que acuden, calificaciones escolares, etc. Para conjurar esta situación de “ocultismo” el progenitor no custodio puede recabar directamente la información al colegio del menor, pero en muchas ocasiones por precaución, desconocimiento o incluso prohibición expresa del otro progenitor, los responsables del centro se niegan a facilitar la información solicitada. En tales supuestos, en el procedimiento judicial que pudiera plantearse por las incidencias surgidas en el ejercicio de la patria potestad, o dentro de un procedimiento de ejecución de sentencia con el mismo objeto, se podría recabar del juzgado el correspondiente requerimiento dirigido al centro escolar para que facilite al progenitor no custodio toda la información sobre los hijos, como facultad integrante de la patria potestad.

2.- Actividades extraescolares:

La problemática surgida en torno a las actividades extraescolares del menor está relacionada básicamente con dos cuestiones: En primer lugar, si el coste de la actividad ha de considerarse o no como gasto extraordinario a efectos de su abono compartido entre ambos progenitores; y en segundo lugar, si es conveniente que el menor lleve a cabo una concreta actividad en detrimento de otra u otras o, simplemente, privándole del necesario ocio o del tiempo de estancia con el otro progenitor (AP Madrid, Sección 22ª, Auto 20/12/11). La casuística judicial es muy variada, pero en general se atiende a la delimitación que haga el título¹⁹⁴ de lo que debe considerarse extraordinario para determinar quién debe abonar el gasto.

3.- Tratamientos médicos:

Las discrepancias en este caso se refieren tanto a la conveniencia de que el menor reciba el tratamiento prescrito como al médico o centro que debe efectuarlo y, al igual que en el caso del colegio, a la obligatoriedad de informar a ambos progenitores.

4.- Ceremonias religiosas:

El germen de este desacuerdo surge de la diferente formación e ideología de los padres acerca de la cuestión religiosa y tiene muy difícil solución. En todo caso hay que tener presente que el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", por lo que los padres deben guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades. Por tanto, el menor puede expresar y defender sus propias creencias, incluso en contraposición a las de sus progenitores¹⁹⁵.

5.- Domicilio del menor:

Conforme a la doctrina mayoritaria, el lugar de residencia del menor y en consecuencia, el poder ser trasladado a otro domicilio, es una facultad inherente a la patria potestad que sobre el mismo ostentan ambos progenitores. Conlleva una alteración importante de la vida del menor, tanto por el cambio de colegio y entorno social como, sobre todo, por la afectación de la relación con el progenitor no custodio y su familia. Por ello, el progenitor custodio debe recabar previamente al traslado de residencia, el consentimiento del otro o en su caso, instar la

autorización judicial. Además, dado que el cambio de residencia generalmente lleva aparejado una modificación del régimen de visitas que venía disfrutando el progenitor no custodio, se hace necesaria una nueva regulación de la situación del menor que, a falta de acuerdo, debe ser establecida por el juez.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la SAP Girona, Sección 1ª, 28 enero 2011: "El cambio de una población a otra distante de la actual implica la imposibilidad de que el régimen de vistas se pueda llevar a cabo en el modo y forma establecido en la sentencia de divorcio. Con ello, la parte instante viene a solicitar en realidad una modificación de las medidas acordadas en la sentencia, en lo relativo a la guarda y custodia y régimen de vistas, por un cambio sustancial de las circunstancias, ya que la misma parte instante es consciente de que dicho régimen no podrá cumplirse si se accede al cambio solicitado. No es un supuesto que afecte solo al entorno de los menores, sino que afecta fundamentalmente a la relación de los menores con su padre, por lo que debe articularse a través del procedimiento establecido para la modificación de medidas (LEC art. 775), y no a través de un conflicto en el ejercicio de la patria potestad, pensado y articulado en la ley para supuestos distintos al planteado, es decir: disputas en orden al centro escolar dentro de la misma población o cercana; si deben acudir a un centro público o privado; si debe o no realizar determinadas actividades extraescolares; pero no para supuestos en que estos conflictos impliquen una modificación del régimen de visitas acordado en la sentencia. No puede resolverse por los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria y con la limitación de los medios de prueba, reducidos a la exploración de los menores e interrogatorio de las partes, la cuestión planteada, máxime si, como ya se ha referido, en realidad lo resuelto en el auto recurrido implica una modificación de lo resuelto en la sentencia de divorcio. En consecuencia la cuestión debe plantearse de nuevo por los tramites de la LEC art.775".

III. ACCIÓN U OMISIÓN ANTIJURÍDICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

La injerencia indebida en cualquiera de las facultades inherentes a la patria potestad anteriormente citadas es susceptible de generar daño moral indemnizable, siempre que concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos. Por lo tanto, las premisas y conclusiones que siguen son aplicables a cualquiera de los supuestos

antes examinados. Pero sin duda la vulneración por antonomasia de las facultades inherentes a la patria potestad, la que irroga un mayor perjuicio tanto al progenitor no custodio como al menor, es la que deriva del incumplimiento del régimen de guarda, comunicación y estancia. Podría decirse que esta facultad engloba todas las anteriormente citadas, porque es ciertamente difícil que alguien pueda decidir a qué colegio va su hijo o qué actividades extraescolares debe o no debe realizar cuando ni tan siquiera se le permite relacionarse con él.

1.- Vulneración del régimen de guarda, comunicación y estancia:

El régimen aplicable queda determinado, de ordinario, en la correspondiente resolución judicial¹⁹⁶. Es indiferente que se trate de un régimen de guarda y custodia monoparental o compartida¹⁹⁷, porque lo relevante es que resulte vulnerado el derecho a la vida familiar al limitar o suprimir la relación paterno-filial en contra de la voluntad de los interesados y en virtud de ciertos actos u omisiones de los que, a priori, puede nacer la obligación de indemnizar.

Como punto de partida, reseñar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁸ en el asunto Fernández Cabanillas contra España - demanda 22731/13-, entre otros muchos, mantiene que “el disfrute de la compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental de la “vida familiar” que garantiza el artículo 8 del Convenio”¹⁹⁹. También ha dicho el Tribunal Europeo que si bien la finalidad esencial de este precepto es tutelar al individuo frente a injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, existe una auténtica obligación por parte de los Estados de garantizar el respeto “efectivo” a la vida familiar, interpretando que el artículo 8 comprende el derecho a que se adopten las medidas necesarias para que puedan reunirse padres e hijos.

Puesto que ambos progenitores son cotitulares de la patria potestad sobre los hijos menores²⁰⁰ con independencia de que convivan o no con ellos, es evidente que tras la ruptura los dos siguen ostentado una serie de derechos-deberes cuyo detalle nos lo proporciona el artículo 154 CC²⁰¹. Por otro lado, también los menores son titulares del derecho a la vida familiar y, además, su interés ha de ser considerado como el más necesitado de protección. Por consiguiente, tanto el progenitor como el hijo²⁰² que ve vulnerado su derecho a la vida familiar estaría facultado *a priori* para demandar tanto la cesación de la injerencia como la indemnización de los daños y perjuicios causados, quedando

obligado el órgano judicial a adoptar las medidas necesarias para la efectividad del derecho de conformidad con la doctrina emanada del TEDH antes citada²⁰³

2.- Remedios legales específicos:

Su denominador común es que persiguen el cumplimiento de las medidas en sus propios términos. Cuando el cumplimiento *in natura* no resulta posible, hay que dilucidar en primer lugar si la vulneración del derecho a la vida familiar dimana de una acción (por ejemplo, el traslado del menor a otra ciudad o país, la alienación parental, el secuestro, etc.), o bien de una omisión (no promover, favorecer o facilitar la relación del menor con el otro progenitor), dado que en función de que nos encontremos ante uno u otro caso serán aplicables las normas establecidas con carácter general en la LEC para la ejecución de las condenas de hacer o de no hacer²⁰⁴.

Para la ejecución de las medidas judicialmente determinadas el artículo 776 LEC remite a lo establecido con carácter general en el Libro III de la misma Ley, con las especialidades previstas en este precepto. Así pues, tanto en los casos de acción como en los de omisión son aplicables con carácter preferente las especialidades previstas en el artículo 776 LEC, entre las que destacan las dos siguientes:

“2ª. En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”.

La finalidad de este artículo es que no se sustituya el derecho a la “vida familiar” por dinero de forma automática, aunque el efecto final es el mismo dado que se limita a autorizar la imposición de sanciones pecuniarias al incumplidor sin límite temporal con el fin de forzar el cumplimiento *in natura*.

El apartado siguiente del mismo precepto legal, por su parte, autoriza la modificación del régimen vigente cuando el incumplimiento sea pertinaz:

“3ª. El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del

no guardador, podrá dar lugar por parte del Tribunal a la modificación del régimen de guarda y visitas”.

Este precepto legal parte de la base de que se haya determinado previamente un régimen de comunicación y estancia. Cuando ello no sea así, el progenitor no guardador deberá acudir a la vía judicial demandando que se establezca el mismo a través de las correspondientes medidas provisionales²⁰⁵, o bien directamente en la sentencia de nulidad, separación, divorcio o relaciones paterno-filiales²⁰⁶. A partir de ahí, el incumplimiento del régimen establecido permitiría poner en marcha este recurso legal.

Respecto del procedimiento aplicable para la modificación, a primera vista podría deducirse que cabe acudir a la vía de ejecución de la resolución judicial incumplida, dado que se trata de una norma procesal incardinada en la “ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas”. Sin embargo, dado que la resolución que se dicte vendrá a sustituir (exclusivamente en lo referente a esa medida) a la primitiva resolución objeto de ejecución (sentencia de nulidad, separación, divorcio o relaciones paterno-filiales), parece conveniente que el nuevo régimen sea el resultado de un proceso contradictorio en el que las partes puedan, con igualdad de armas, efectuar las alegaciones y aportar las pruebas que a su derecho convenga sin las limitaciones propias de un proceso de ejecución. Sin perjuicio, eso sí, de poder acudir interinamente al artículo 158 CC para impetrar la tutela judicial inmediata con el fin de evitar posibles perjuicios a los menores.

Más problemático resulta abordar los concretos cambios a introducir en el régimen previo para corregir las disfunciones que se hayan puesto de manifiesto a causa del incumplimiento, dado que no existe pauta legal alguna al respecto. Se trata sin duda de una cuestión casuística que habrá que resolver a la vista de las pretensiones de las partes y de la prueba que se practique. En todo caso la práctica judicial evidencia que, tanto en el ámbito de las relaciones paterno-filiales como en cualquier otra materia, es ciertamente difícil conseguir el cumplimiento específico cuando el obligado no está dispuesto a acatar la resolución judicial que le condena a una obligación de hacer o no hacer. No obstante, las multas coercitivas ilimitadas pueden ser un acicate para vencer la resistencia de aquellos incumplidores que sean solventes²⁰⁷, y la posibilidad de cambiar de régimen de guarda también puede resultar efectiva cuando el incumplidor sea el progenitor guardador.

Una vez fijado el régimen de comunicación y estancia, el progenitor que vea cercenado o suprimido su derecho a relacionarse con su hijo dispone del siguiente abanico de posibles acciones legales:

- A) Solicitar la ejecución de la resolución judicial en vía civil.
- B) Acudir a la vía penal, ex artículos 224 y 618, ambos del Código Penal²⁰⁸.

C) Tanto en un caso como en otro, impetrar de forma simultánea el auxilio judicial, invocando el artículo 158 CC con objeto de que dicte una resolución urgente acordando las medidas oportunas para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Pronunciamiento que puede efectuarse en cualquier procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria.

En cualquier caso, una vez agotados los recursos legales tendentes al cumplimiento específico sin conseguirlo, la única alternativa posible es la ejecución sustitutiva mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, incluyendo los morales, en los términos que se analizan a continuación.

IV. DOCTRINA GENERAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO MORAL. APLICABILIDAD AL ÁMBITO FAMILIAR

La doctrina civilista en materia de responsabilidad civil se construye en torno a los artículos 1101, 1902 y concordantes del Código Civil²⁰⁹. En el primer caso, la obligación de indemnizar deriva del incumplimiento del acuerdo de voluntades; en el segundo, de la acción u omisión culpable o negligente que produce el resultado dañoso.

A) En relación con el daño moral derivado de culpa contractual la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, número 366/2010, de 15 de junio, sienta las siguientes bases²¹⁰:

1. El daño moral es el que afecta a bienes o derechos de carácter estrictamente personal.
2. Se configura de forma objetiva.
3. Los posibles daños no están tasados, englobando todos aquellos daños que incidan en la esfera psíquica del sujeto.

4. El daño ha de tener una cierta entidad, no considerándose como tal las simples molestias.
5. Para su apreciación ha de producirse un incumplimiento contractual.
6. Es necesario que el daño se haya producido realmente²¹¹, que pueda imputarse a alguien en concreto y que se acredite la relación de causalidad.

B) Por lo que se refiere a la posibilidad de aplicar la doctrina general sobre responsabilidad civil al ámbito familiar, en primer lugar hay que tener presente que cuando el daño proviene del incumplimiento del régimen de guarda establecido en una sentencia de nulidad, divorcio o relaciones paterno filiales no cabe hablar propiamente de “relación familiar”, puesto que el vínculo entre los progenitores o bien nunca existió²¹², o bien ya ha dejado de existir²¹³. En estos supuestos, por tanto, ningún óbice existe para la reclamación entre los ex cónyuges.

Cuando las medidas han sido adoptadas en un procedimiento de separación matrimonial, el vínculo familiar se mantiene, pero en cualquier caso nuestro ordenamiento jurídico no contiene norma alguna que impida aplicar la doctrina general sobre responsabilidad civil al ámbito familiar, pese a lo cual su aplicación no está exenta de polémica. Hasta no hace mucho las resoluciones judiciales han sido reacias a admitir la responsabilidad civil en la esfera de las relaciones familiares, entendiendo que no se pueden mercantilizar las mismas. En este sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 febrero 1998 y 30 julio 1999, acogiendo el criterio de especialidad del derecho de familia y declarando la inmunidad de ésta por considerarla una institución cuyos intereses han de primar sobre los de sus miembros individualmente considerados.

Por el contrario, en los casos de nulidad matrimonial se ha venido reconociendo desde antiguo la procedencia de reparar el daño moral causado al cónyuge no culpable tanto con fundamento en el artículo 1902 CC (STS 21 enero 1957), como con base en el incumplimiento del contrato matrimonial (STS 26 noviembre 1985). En la actualidad se aplica generalmente el artículo 98 CC para resarcir los daños morales en este ámbito, ponderando su cuantía por aplicación de los mismos parámetros establecidos en el artículo anterior para la pensión compensatoria.

Relativamente frecuentes son también los supuestos de reclamaciones entre cónyuges por los daños derivados de infidelidad conyugal. Las

SSTS de 22 y 30 julio 2007 vienen a sentar las bases sobre la materia, estableciendo que la infidelidad *per se* no genera la obligación de indemnizar. Por el contrario, sí puede generar daño indemnizable la ocultación de la verdadera paternidad de los hijos siempre que exista dolo, incluso eventual. Con base en esta doctrina, las Sentencias de la AP de Cádiz, de 4 diciembre 2006; León, Sección 2ª, de 2 enero 2007; y Barcelona, Sección 18ª, de 16 enero 2007, entre otras, conceden la indemnización reparadora ex artículo 1902 CC.

Si nos ceñimos a la relación paterno-filial, la SAP Valencia, Sección 11ª, de 20 febrero 2006, desestima la pretensión por considerar que “...su exigibilidad no cabe comprenderla dentro del precepto genérico del art.1101 del CC por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, ...máxime cuando éste no viene regulado en el Código Civil como un contrato, sino como una institución jurídico-familiar que tiene su propia y específica regulación...”, argumentando que en el caso concreto no concurren los requisitos para aplicar el artículo 1902 CC, lo que *sensu contrario* implica la admisibilidad de la reclamación cuando sí concurren.

C) Con estos antecedentes, el punto de inflexión lo marca la STS, Sala 1ª, número 512/09, de 30 junio 2009, que resuelve un supuesto en el que el padre de un menor al que se le había atribuido la guarda y custodia de su hijo fue privado de toda relación con el mismo como consecuencia de su traslado a Estados Unidos sin su consentimiento. La citada Sentencia comienza estableciendo que el *dies a quo* para computar el plazo de prescripción es aquel en que el hijo alcanza la mayoría de edad²¹⁴. Apunta también la posibilidad de fundamentar la reclamación en el incumplimiento de una obligación legal²¹⁵ y examina los distintos requisitos exigibles para que pueda declararse la existencia de responsabilidad extracontractual²¹⁶”.

Como fundamento de la estimación del recurso, la STS que analizamos se remite a la nueva corriente que se refleja en las resoluciones emanadas de otros Tribunales²¹⁷, afirmando que es posible simultanear las acciones penales y civiles²¹⁸.

Por lo que se refiere a la relación de causalidad, la atribuye a la madre con el siguiente fundamento: “...por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre”.

Para finalizar, la Sentencia califica el daño moral como “problemático” a efectos de su cuantificación, fijando una indemnización de 60.000 euros, porque “el daño moral resulta absolutamente indeterminado al carecer de parámetros objetivos, y más teniendo en cuenta que el padre no ha reclamado los daños materiales que le puedan haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo menor”, de donde se infiere la admisibilidad de reclamar conjuntamente la indemnización por daño moral y los daños patrimoniales o perjuicios económicos de todo tipo irrogados.

D) En la actualidad, y pese a la declaración de admisibilidad de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, en la práctica son muy escasas las resoluciones judiciales que reconocen la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios causados²¹⁹. A título de ejemplo, citamos las siguientes:

1.- SAP Asturias, Sección 5ª, de 18 mayo 2012:

Argumenta que, si bien inicialmente se sostuvo el criterio de la inmunidad familiar, ahora la doctrina moderna concibe la familia y el matrimonio como comunidad y no como institución, rechazando el principio de especialidad reflejado en la STS de 30 julio 1999, antes comentada. Constata que la actual doctrina opta por la resarcibilidad de los daños familiares tanto con fundamento en la existencia de culpa contractual como extracontractual o aquiliana:

“La invocación del art. 1902 del Código Civil por el actor como fuente de su derecho sugiere el debatido, actual y complejo interrogante de la aplicación del derecho de daños a la familia pues, si una inicial consideración del matrimonio como cuerpo unitario (del marido y la mujer) y la primacía del interés supraindividual sobre el individual de los integrantes de la familia así como de sus respectivos deberes y derechos como de carácter ético o moral decidió y sostuvo, en su momento, el criterio de la inmunidad o privilegio conyugal que rechazaba la aplicación del régimen ordinario de la responsabilidad por daño a los causados entre sí entre los miembros integrantes de la familia por incumplimiento de sus deberes conyugales o paterno filiales, semejante parecer está en decadencia y revisión por la doctrina moderna sustentada en la idea de la familia y el matrimonio como comunidad (y no como institución) donde cada uno de los individuos integrantes desarrolla su personalidad (según visión que comparte la EM de la Ley 15/2005 de 8 de julio para justificar la reforma de la

separación y el divorcio) lo que le lleva también a rechazar el principio de especialidad (de acuerdo con el cual en el seno del derecho de familia las consecuencias de los incumplimientos de los deberes por sus integrantes solo pueden ser aquellas específicamente recogidas por la norma y de lo que es reflejo la STS de 30-7-1999), y que opta decididamente por la resarcibilidad de los daños causados dentro del matrimonio y la familia aplicando el régimen tanto de la culpa contractual como, mas singularmente, el de la extracontractual trasladándose el debate, a partir de ese presupuesto, a la identificación del hecho dañoso (su carácter reiterado y grave en aras de evitar una excesiva proliferación de reclamaciones y porque los parámetros con que han de analizarse la convivencia matrimonial o familiar no pueden ser, a efectos de imputación, asimilados a los propios de la convivencia social), al nexo de causalidad y, sobre todo, al criterio de imputación del daño al cónyuge infractor (por lo dicho del muy específico y especial ámbito en que se produciría el hipotético daño) siendo uno de los supuestos más frecuentes de entre los que motivan este examen el de la revelación de que el hijo que se consideró y trató como propio se conoce después como que no lo es y el posible daño moral consecuente resarcible”.

2.- SAP Madrid, Sección 12ª, de 26 marzo 2015:

Esta reciente sentencia desestima la pretensión indemnizatoria por no concurrir los requisitos necesarios, si bien asume íntegramente la nueva doctrina al respecto, reiterando que en el concreto ámbito del régimen de visitas el incumplimiento se produce simplemente por la falta de cooperación activa para que el progenitor no custodio pueda tener al menor en su compañía:

“En principio, ninguna duda ha de caber de la posibilidad de exigir ese tipo de responsabilidad, cuando se den los elementos que, con carácter general, la definen, y que son: a) la acción u omisión que se imputa al agente; b) la producción de un daño, en el amplio concepto que éste tiene como personal, moral o material, como pérdida de valores patrimoniales o personales o, en fin, como pérdida de ganancias; c) la relación causal entre la acción u omisión y el daño, medida desde el punto de vista físico o natural; d) la imputación objetiva, en cuanto, muy resumidamente, tanto la acción como el daño debe estar dentro de la órbita de protección de la norma quebrantada, entendiendo por norma no solo la Ley positiva sino también los principios generales, y e) la imputación subjetiva, que, por regla general y salvo sistemas de

responsabilidad objetiva que no son del caso, viene dada por el dolo o por la culpa o negligencia del autor del daño.

En particular, y en cuanto al régimen de visitas, la imputación objetiva al progenitor custodio vendrá dada por el incumplimiento de los deberes de cooperar activamente para que el no custodio pueda disfrutarlas, lo que se conecta no tanto con el respeto a las resoluciones judiciales (para cuyo logro, el ordenamiento provee con las medidas específicas de ejecución y con la responsabilidad penal, a título de delito o de falta), como en el deber de velar por el hijo y procurarle una formación integral (artículo 154.1º del Código Civil), pues a esa formación integral contribuye sin duda el mantenimiento de las adecuadas relaciones con uno y otro progenitor”.

Delimita también la Sentencia que analizamos los presupuestos de la responsabilidad por daño moral, estableciendo que el daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber de soportarlo; ha de provenir de una conducta dolosa, si bien se admite la culpa gravísima o dolo eventual; y, en fin, ha de ser relevante, no siendo suficiente para su apreciación una simple molestia o incomodidad. Y constata que son escasas las decisiones favorables en supuestos de incumplimiento del régimen de visitas, señalando como “el más próximo” la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, antes analizada, que “supone el cambio de tendencia, con la admisión de la resarcibilidad del daño moral ocasionado en relaciones familiares, apoyándose para ello en resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

3.- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Las resoluciones del Tribunal Europeo favorables a la indemnización de los daños y perjuicios, incluidos los morales, causados por la vulneración del derecho a la vida familiar que garantiza el artículo 8 del CEDH, son más abundantes que las procedentes de los Tribunales españoles. Las demandas de responsabilidad civil en la materia que nos ocupa suelen fundamentarse en la vulneración del artículo 24 de la Constitución, como garantía de la tutela judicial efectiva, en relación con el artículo 8 del CEDH, que tutela el derecho a la vida familiar. El TEDH actúa con sujeción al principio de subsidiariedad, siendo necesario agotar todas las instancias nacionales²²⁰ antes de dirigirse al mismo. Su misión estriba en comprobar si el Estado implicado ha realizado todas las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad del derecho a la vida familiar del ciudadano demandante, y

solo en el caso de que dicha actuación se revele deficiente procederá la condena y consiguiente indemnización al particular por los daños y perjuicios causados²²¹, con cargo al Estado en cuestión. Citamos las dos siguientes:

a) Caso Fernández Cabanillas contra España, demanda 22731/13: Pese a quedar acreditado que la madre de las menores incumplió de forma reiterada y dolosa el régimen establecido, el TEDH absuelve al Estado español porque los órganos judiciales internos llevaron a cabo todas las actuaciones a su alcance para hacer posible el cumplimiento, llegando a privar a la madre de la guarda y custodia de las menores para atribuírsela a los servicios sociales. En el fundamento 47 argumenta que el derecho a la vida familiar, y correlativa obligación, no es absoluto, y en el 50 hace referencia a que lo esencial es dilucidar cuáles son los intereses superiores de los menores.

b) Caso Manuello y Nevi contra Italia, demanda 14314/15, de 20 de enero: En este caso el TEDH admite la reclamación y condena a Italia a indemnizar por el daño moral causado a los demandantes, abuelos de una menor con la que habían tenido una relación continuada desde su nacimiento y de la que fueron privados por los órganos judiciales internos sin motivo alguno, por la tardanza en tomar las medidas necesarias para restablecer la comunicación.

V. CONCLUSIONES

No cabe duda de que las relaciones familiares actuales y, en especial, los complejos supuestos fácticos que se producen en relación con la guarda y custodia de los menores, hace aconsejable que se mantenga la actual doctrina sobre responsabilidad civil iniciada por la STS de 30 junio 2009, admitiendo la misma siempre que concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos.

Y ello porque la condena a indemnizar por los daños morales y materiales irrogados a uno de los progenitores por el incumplimiento voluntario y culpable del otro del régimen de guarda, comunicación y estancia que resulte aplicable en cada caso concreto, puede ser un acicate añadido (junto con los específicamente previstos en el artículo 776 1ª, 2ª y 3ª de la LEC) para que el incumplidor desista de su actitud. Lo que, a su vez, redundará en beneficio del menor, dado que la falta de cumplimiento *in natura* también va en detrimento de su formación integral, al privarle injustificadamente del referente paterno o materno. En este sentido, nos remitimos a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con la guarda y custodia compartida,

que considera el régimen "normal y deseable" precisamente porque permite que el menor pueda relacionarse con ambos progenitores en condiciones de igualdad (STS 257/2013).

CAPÍTULO SÉPTIMO

CAPÍTULO SÉPTIMO: PENSIÓN COMPENSATORIA Y CORRESPONSABILIDAD ECONÓMICA

SUMARIO: I. LOS ORÍGENES. II. ARTÍCULO 97 CC: EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO. III. ESTABLECIMIENTO Y POSIBLES VICISITUDES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA. 1.- Por el cese de la causa que la motivó. 2.- Por contraer el acreedor nuevo matrimonio. 3.- Por vivir maritalmente con otra persona. 4.- Otras causas. IV. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LOS RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO. V. LAS NUEVAS TENDENCIAS. VI. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL. VII. CASUÍSMO. 1.- Alteraciones estables. 2.- Independencia económica. 3.- Desequilibrio no es sinónimo de necesidad. 4.- Temporal o vitalicia. 5.- Revisión en casación. 6.- Alteración imprevista. 7.- Uniones de hecho. 8.- No cabe sustituir alimentos por compensación. 9.- Producción de efectos. 10.- *Pacta sunt servanda*, incluso los atípicos. 11.- Incremento patrimonial relevante y sobrevenido. 12.- Pasividad en la búsqueda de empleo. 13.- Separación de bienes. 14.- Alteración y pensión temporal. 15.- Trabajos antes, durante y después del matrimonio. 16.- Persistencia del desequilibrio tras la emancipación de los hijos. VIII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La pensión compensatoria ha evolucionado de forma sustancial desde su instauración en el año 1981 hasta nuestros días, pasando de su inicial carácter vitalicio y cuya beneficiaria era generalmente la mujer, a las tendencias actuales, más acordes con la sociedad española del siglo XXI. El presupuesto necesario tanto hoy como en sus inicios sigue siendo el desequilibrio económico, concepto jurídico indeterminado que hay que poner en relación con las restantes obligaciones o cargas familiares a las que deben hacer frente los miembros de la extinta pareja, sobre todo cuando existen menores

implicados. El objetivo último ha de ser extender la corresponsabilidad parental también al terreno patrimonial.

SUMMARY: alimony has evolved substantially since its inception in 1981 to the present day, from its initial life tenure and whose beneficiary was generally women, current trends, more in line with the Spanish society of XXI century. The budget needed today and in the beginning is still the economic imbalance, vague legal concept to be put in relation to other obligations or family responsibilities to those faced by members of the former couple, especially when there are children involved . The ultimate goal must be to extend the parental responsibility also to patrimonial field.

PALABRAS CLAVE: Desequilibrio, ruptura, compensación, evolución, corresponsabilidad económica.

KEYWORDS: Imbalance rupture, compensation, development, economic responsibility.

I. LOS ORÍGENES

Los pronunciamientos judiciales sobre pensión compensatoria han evolucionado sustancialmente desde su creación hasta nuestros días. Partiendo de la concepción de matrimonio indisoluble por divorcio que estuvo vigente en España²²² hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, durante largo tiempo la institución familiar ha tenido un carácter marcadamente patriarcal. Hasta la modificación del Código Civil (en adelante, CC) por Ley 14/1975, de 2 de mayo, el varón era el encargado de administrar los bienes comunes²²³, el que representaba a la esposa²²⁴ y completaba su capacidad negocial²²⁵ y, en definitiva, el que generalmente subvenía a las necesidades de la familia con el producto de su trabajo o industria. En este contexto, ciertamente era inevitable que la nulidad, separación o divorcio conllevara un notable desequilibrio económico, porque dada la dedicación exclusiva de la mujer al cuidado de la familia y del hogar familiar²²⁶ era impensable que tras la ruptura pudiera integrarse en el mundo laboral en condiciones aceptables. Y no solo por carecer de formación adecuada para tal fin, sino también por falta de disponibilidad, dado que en la mayoría de los casos se le atribuía la guarda y custodia de los hijos menores.

Pero frente al panorama que acabamos de esbozar, la sociedad española ha evolucionado progresivamente durante los últimos treinta años hacia un modelo en el que los roles masculino y femenino se difuminan en aras de la igualdad. En la actualidad, tanto la legislación como el sentir general abogan por un trato no discriminatorio, por una educación y formación igualitaria y orientada a facilitar la incorporación de ambos sexos al mundo laboral, con el consiguiente reparto más o menos equitativo de las tareas domésticas.

Esa evolución se ha traducido, como no podía ser de otra forma²²⁷, al ámbito judicial, generando una nueva línea jurisprudencial que restringe el acceso a la pensión compensatoria o, al menos, la limita temporalmente. Así mismo se tiende a una distribución más equitativa de las cargas económicas entre los miembros de la extinta pareja, a cuyo efecto se ponen en relación los diversos pronunciamientos de carácter económico²²⁸. En este sentido se pronuncia la STS 26 junio 2011:

“...ni siquiera es lógico afirmar que la esposa es quien ha salido más perjudicada económicamente respecto de la situación inmediatamente anterior a producirse aquella. Así, es determinante que al mantenimiento de su salario se una el hecho de que ha obtenido el uso del domicilio familiar y que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven, se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre, que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias económicas negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler de 530 euros mensuales, y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos. Por tanto, incluso sin computar el importe de la pensión compensatoria, la capacidad económica del marido sería inferior a la de su esposa, lo cual, más allá de diferencias salariales, impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de esta, que deba de ser compensado por aquel con una pensión a su cargo”.

Paralelamente, la Ley General de la Seguridad Social condiciona la posibilidad de lucrar el derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio a que la persona viuda estuviera percibiendo pensión compensatoria en el momento de fallecer el causante²²⁹. No obstante, la reciente STS, Sala 4ª, 29 enero 2014, ha flexibilizado este requisito al interpretar que debe producir los mismos efectos cualquier prestación periódica que viniera abonando el causante, con independencia de su denominación.²³⁰

II. ARTÍCULO 97 CC: EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Por su parte, la redacción vigente en la actualidad²³¹, dice así: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

El desequilibrio económico sigue siendo, por tanto, el presupuesto de hecho necesario para el nacimiento del derecho, limitándose la redacción actual a cambiar la denominación de “pensión” por la de “compensación” y a contemplar expresamente la posibilidad de limitarla en el tiempo, o bien abonarla de una sola vez. Pero, ¿qué es exactamente el desequilibrio económico? Nos encontramos ante uno

de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que pululan por nuestro ordenamiento, para cuya delimitación debemos acudir a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo:

STS 4 diciembre 2012: “...por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...”

Partiendo de esta consolidada definición, la STS 20 febrero 2014 abunda en la idea de que la pensión compensatoria no es garantía de sostenimiento, nivel de vida o igualdad entre los ex cónyuges:

“El artículo 97 CC según redacción introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia... siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos”.

De esta misma sentencia resulta que, en los casos en que ambos cónyuges trabajan, la mera desigualdad económica no se traduce en desequilibrio a los efectos de la pensión compensatoria; y termina fijando como doctrina jurisprudencial que “...no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”.

En el mismo sentido, “...resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el art. 97 CC” (SSTS 25 de noviembre 2011 y 4 de diciembre 2012).

No existe desequilibrio compensable cuando la diferencia no se ha generado durante el matrimonio, sino que proviene de la distinta posición social, familiar o profesional de uno de los cónyuges. STS 4 diciembre 2012:

“...aspectos ajenos al propio matrimonio, que no son susceptibles de compensación mediante la pensión del artículo 97 CC, como la superior posición socio-familiar de la esposa, que ya tenía al tiempo de contraerse el matrimonio, y su lógica repercusión en su alto nivel de vida, en una mayor disponibilidad de renta y recursos económicos y una mayor facilidad de acceso al mercado laboral gracias a la existencia de empresas de titularidad o gestión familiar en las que podía trabajar, como era el caso”.

El único desequilibrio que se puede tener en cuenta es aquél que se pone de manifiesto en el momento de la ruptura, tal como resulta de la STS 18 marzo 2014:

“Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial”.

Además, no todo desequilibrio económico se puede compensar por esta vía, sino solamente aquél que tiene su origen en la convivencia matrimonial truncada. En especial, la exclusiva o preponderante dedicación de uno de los cónyuges al cuidado de la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge son los parámetros que con más frecuencia se tienen en cuenta por los Tribunales. Así resulta de la STS (Pleno) 19 enero 2010:

“La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

- a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.
- b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

- a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
- b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
- c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal”.

Esta doctrina se ha aplicado en SSTS 24 noviembre 2011, 19 octubre 2011, 16 noviembre 2012 y 17 mayo 2013, entre otras.

De las diversas puntualizaciones efectuadas por el Alto Tribunal se extrae como conclusión que el objetivo último de la pensión es compensar las desigualdades que los distintos roles asumidos durante la convivencia hayan podido generar entre los cónyuges, siempre que se pongan de manifiesto en el momento de la ruptura. Es significativa la STS 21 febrero 2014, que considera procedente la compensación en un caso en el que a la esposa le correspondía una exigua pensión de jubilación al carecer prácticamente de cotizaciones a consecuencia de su dedicación exclusiva a la familia durante más de veinte años, mientras que el esposo percibía por el mismo concepto una cantidad sustancialmente mayor.

III. ESTABLECIMIENTO Y POSIBLES VICISITUDES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Para determinar si alguno de los cónyuges tiene derecho a percibir pensión compensatoria el primer paso a seguir consiste en indagar en las circunstancias del caso concreto, siguiendo las directrices marcadas por el Tribunal Supremo anteriormente esbozadas, con el objetivo de comprobar si la ruptura produce o no desequilibrio económico compensable. En caso afirmativo, habrá que delimitar igualmente la cuantía y duración de la pensión. Para realizar ambas operaciones hemos de partir de lo establecido en el artículo 97 CC que, como sabemos, remite a un variado elenco de circunstancias²³², si bien es posible acudir a cualquier otra que resulte relevante dado que nos encontramos ante un *numerus apertus*²³³.

Una vez fijada, la pensión o compensación únicamente se puede modificar por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge²³⁴, y se extingue cuando concurren determinadas causas²³⁵. No se extingue *per se* por el fallecimiento del obligado al pago, pero sus herederos pueden solicitar su reducción o supresión cuando el caudal relicto resulte insuficiente o el pago afecte a sus derechos legitimarios. Tampoco se extingue por el simple transcurso del tiempo, salvo las temporales²³⁶.

Dado que la pensión o compensación tiene carácter dispositivo²³⁷, solo cabe establecerla a petición de parte²³⁸. En cuanto a la forma, el artículo 97 CC prevé su fijación bien a través del convenio regulador en los casos de mutuo acuerdo, bien mediante la sentencia que ponga fin al proceso matrimonial contencioso²³⁹. No obstante, nada impide que los cónyuges puedan establecerla a través de un acuerdo independiente celebrado antes de contraer matrimonio, al tiempo de la ruptura o, incluso, posteriormente²⁴⁰. Pactos que deben surtir plenos efectos sea cual sea el tiempo y la forma en que se celebren, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.255 CC²⁴¹, si bien existen diversas teorías al respecto²⁴².

No procede fijar la pensión compensatoria *ex novo* en el proceso de divorcio cuando existe separación matrimonial previa, porque el desequilibrio económico que la fundamenta únicamente puede producirse cuando tiene lugar la ruptura. Sí es posible, por el contrario, solicitar la modificación, limitación temporal o extinción de la pensión

fijada en el proceso de separación cuando se insta el divorcio, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

De conformidad con el artículo 100 CC, la pensión puede modificarse²⁴³ en caso de que se produzcan alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Buena parte de las audiencias provinciales consideran que la modificación solo puede efectuarse a la baja, cuando disminuyen los ingresos del deudor o aumentan los del acreedor²⁴⁴. No obstante, no existe base legal que impida incrementarla.

Distinta de la modificación de la pensión es su actualización, que debe llevarse a cabo de conformidad con las bases fijadas al constituirla²⁴⁵. El procedimiento adecuado en este caso es el de ejecución de la sentencia matrimonial.

Por su parte, la extinción de la pensión procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 CC, en los siguientes casos:

1.- Por el cese de la causa que la motivó:

Equivale a la desaparición total del desequilibrio económico que se produjo en el momento de la ruptura y que justificó su adopción. La diferencia entre este supuesto de extinción y la modificación a la baja es solamente de grado, entendiéndose que quien pide lo más, también pide lo menos. Por ello, es posible decretar la modificación a la baja aunque únicamente se haya solicitado la extinción²⁴⁶. La desaparición del desequilibrio económico es una cuestión de hecho que habrá de ser probada por aquél que pretenda la extinción.

2.- Por contraer el acreedor nuevo matrimonio:

En este caso la pensión compensatoria se extingue *ex lege* desde el momento en que se celebra el ulterior matrimonio, dado que es un hecho objetivo fácilmente constatable. Consecuentemente, el pago de lo indebido podrá reclamarse, en su caso, conforme a la norma general, junto con los correspondientes intereses²⁴⁷.

3.- Por vivir maritalmente con otra persona:

Al contrario que en el caso anterior, en este supuesto la extinción tiene lugar en virtud de la sentencia judicial que así lo declare, previa tramitación del procedimiento correspondiente en el que se acredite la concurrencia de la causa de extinción y la fecha en que ha de producir efectos²⁴⁸.

4.- Otras causas:

Aunque no previstas en el artículo 101 CC, existen otras causas de extinción que se deducen de las normas y principios jurídicos de general aplicación. Sin ánimo de exhaustividad citamos las siguientes: Muerte del acreedor, renuncia a su percepción, reconciliación de los cónyuges en caso de separación matrimonial, caducidad de la acción ejecutiva *ex* artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴⁹, prescripción de la acción para exigir su pago o para reclamar las mensualidades ya devengadas, concretamente las anteriores a los últimos cinco años²⁵⁰.

Huelga decir que tanto la modificación como la extinción de la pensión compensatoria solo cabe plantearlas cuando se haya fijado con carácter vitalicio, o bien cuando siendo temporal no se haya agotado su duración. No cabe, por el contrario, en los casos de pago único, pensiones agotadas por transcurso del plazo establecido o pensiones sustituidas *ex* artículo 99 CC.

IV. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LOS RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO

Las diferentes medidas de carácter patrimonial que han de adoptarse cuando se produce la ruptura guardan entre sí una estrecha relación. Dejando al margen las cuestiones personales, la crisis matrimonial produce un importante quebranto de la economía familiar, porque la desmembración genera la necesidad de arbitrar soluciones que, en lo material, pasan por determinar quién se queda en el domicilio familiar, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, alimentos, etc. En el mejor de los casos, los gastos se incrementan como mínimo con los necesarios para mantener una segunda vivienda en la que pueda residir el cónyuge que tenga que salir del domicilio familiar. Gastos que, en las economías más humildes, no siempre es posible afrontar sin detrimento de las obligaciones pecuniarias previamente contraídas. Si a ello le sumamos la obligación de pagar una pensión compensatoria, la situación, en muchas ocasiones, resulta ya insostenible.

Por ello es necesario ponderar de forma conjunta las diversas cargas económicas a las que han de hacer frente los cónyuges una vez producida la desmembración familiar²⁵¹. En la actualidad existen tablas para calcular la cuantía tanto de la pensión de alimentos como

de la pensión compensatoria, pero su aplicación no resuelve el problema dado que no parten de una visión de conjunto. No cabe duda de que la situación ideal pasa porque ningún miembro de la familia quede desamparado tras la ruptura, pero cuando los ingresos no alcanzan para cubrir todos los gastos, necesariamente hay que prescindir de los superfluos.

Y, en la mayoría de los casos, la pensión compensatoria es, sino superflua, sí prescindible, porque los ingresos de ambos cónyuges deben destinarse prioritariamente a cubrir las necesidades económicas de todo tipo generadas por los dos hogares que necesariamente surgen tras la ruptura²⁵².

Pero si lograr el mayor equilibrio posible siempre es aconsejable, cuando existen menores implicados la necesidad de equilibrar las prestaciones económicas resulta imprescindible.

No podemos olvidar que su interés es el más necesitado de protección, y puesto que a partir de la separación o divorcio necesariamente tendrán que residir durante más o menos tiempo en cada uno de los nuevos hogares en compañía de sus respectivos progenitores²⁵³, habrá que proveer lo necesario para que ese supremo interés quede plenamente garantizado en todo momento.

En resumen, la corresponsabilidad parental ha de manifestarse no solo en las medidas de carácter personal, sino también en las patrimoniales, porque la suma de ambas conforma la realidad tangible de los menores, el ámbito en el que se van a desarrollar sus vidas a partir de la ruptura. Centrándonos en la pensión compensatoria, el desequilibrio económico que puede generarla habrá de evaluarse una vez que las necesidades básicas o primarias de todos los miembros de la familia estén cubiertas. Es ilógico y contrario a los más elementales cánones de justicia y equidad imponer a uno de los cónyuges la obligación de abonar una pensión compensatoria cuando él mismo no tenga cubiertas sus propias necesidades de habitación y sustento, incluso en los casos en los que el otro cónyuge carezca total o parcialmente de recursos. Piénsese que la carencia de ingresos posibilita el acceso a determinadas ayudas sociales²⁵⁴, a las cuales no tiene derecho el cónyuge que sí los percibe; y, en caso de necesidad, el desamparado puede solicitarlos de sus familiares, en los términos que resultan del CC²⁵⁵. En definitiva, el Estado social²⁵⁶ y nuestro ordenamiento jurídico cuentan con resortes que permiten resolver situaciones extremas, pero la solución no pasa por imponer a una persona la obligación de

mantener a otra a la que ya no le une ningún vínculo legal, en detrimento de su propia calidad de vida y la de los hijos comunes cuando están en su compañía.

Por otra parte, es notorio que las cuestiones económicas generan importantes tensiones entre los ex cónyuges. Disputas que, inevitablemente, repercuten de forma negativa en los menores, vulnerando ese “supremo interés” cuya tutela debe prevalecer en todo caso.

Sin embargo, a pesar de su relevancia práctica la legislación vigente en la actualidad no contiene ninguna disposición expresa que aborde la interrelación entre las diversas medidas económicas.

V. LAS NUEVAS TENDENCIAS

La ausencia de norma jurídica que tenga en cuenta la evidente vinculación que existe entre las prestaciones económicas derivadas de la ruptura viene a solventarla el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental²⁵⁷, incluyendo una extensa regulación de las cuestiones patrimoniales directamente relacionadas con la crisis familiar:

A) Se añaden al artículo 97 los siguientes criterios a tener en cuenta para determinar si se produce o no desequilibrio económico:

- El caudal, los medios económicos y las necesidades de ambos cónyuges.
- La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión, así como el régimen de asunción de los gastos que la misma genere.

B) En los casos de mutuo acuerdo, la nueva redacción del artículo 90 CC establece que el convenio regulador deberá contener todo lo referente a la contribución a las cargas familiares y alimentos, con especial atención no solo a las necesidades de los menores, sino también al tiempo de permanencia con cada progenitor, la capacidad económica de cada uno de ellos, la atribución de la vivienda y ajuar familiar, etc. Pero además la letra d) del citado artículo establece que el convenio tiene que contemplar cuándo se producirá el cese del uso, así

como la repercusión que su atribución tenga sobre las cargas familiares, las pensiones alimenticias y la pensión compensatoria.

C) Paralelamente a lo establecido para los supuestos consensuales, el artículo 91 dispone que, a falta de acuerdo, el Juez habrá de pronunciarse sobre esas mismas cuestiones, teniendo en cuenta para el cálculo de la pensión de alimentos no solo las necesidades de los menores, sino también los recursos económicos de los progenitores, el tiempo de permanencia con cada uno de ellos, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas familiares y el lugar de residencia de los menores. Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios, se sufragarán en proporción a los recursos económicos disponibles de los progenitores.

Así pues, tanto en los supuestos consensuales como en los contenciosos es preceptivo tener en cuenta la capacidad económica de ambos cónyuges para fijar la contribución a las cargas familiares y alimentos. Capacidad que, obviamente, habrá de ser calculada teniendo en cuenta el incremento generado por la pensión compensatoria para el cónyuge que resulte acreedor de la misma; y, paralelamente, la disminución de recursos que conlleva el pago de dicha pensión para el cónyuge deudor.

D) También se ocupa el Anteproyecto de los bienes comunes, concretamente mediante la reforma que introduce en el artículo 95 CC: “La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, siempre que no se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

A falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesásticas, se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa.

Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales y comunes que

se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria.”

En la actualidad, la liquidación de la sociedad de gananciales solo resulta posible en el proceso matrimonial consensuado. Y ello, porque se canaliza a través del cajón de sastre del artículo 97 CC, precepto que dispone que el convenio regulador ha de referirse “al menos” a las materias que cita expresamente; luego, *sensu contrario*, puede referirse a todas aquellas que las partes tengan por conveniente, incluida la liquidación del régimen económico matrimonial. No obstante, algunas resoluciones judiciales han denegado la aprobación del convenio por considerar que no es materia propia del procedimiento matrimonial²⁵⁸.

La liquidación de gananciales en el mismo proceso matrimonial beneficia tanto a los cónyuges como a la propia Administración de Justicia. A los primeros, porque les evita los largos y costosos trámites previstos en los artículos 809, siguientes y concordantes de la LEC; a la segunda, porque contribuye a descargar de trabajo a los órganos judiciales, al evitar de esta forma la tramitación de dos procedimientos completos²⁵⁹.

Pero no solo es digno de alabanza este precepto por la mención expresa de la posible liquidación consensuada, sino también porque la exigencia de formar inventario en el propio proceso matrimonial posibilita la identificación y control de los bienes desde el momento inicial, evitando las frecuentes disposiciones fraudulentas de los muebles y enseres por el cónyuge que tiene atribuido su uso. Además, la nueva regulación permite inventariar el haber común en un solo procedimiento, consensual o no²⁶⁰, con independencia del régimen jurídico al que estén sometidos los bienes que integren el haber partible. Y, una vez firme la resolución que decreta la disolución del régimen económico, se procederá a su liquidación también en un único procedimiento.

E) La atribución del uso de la vivienda, enseres y ajuar familiar es objeto de una exhaustiva regulación, cuya finalidad parece ser la de acabar con la “indolencia” generada por los pronunciamientos efectuados en aplicación de la legislación todavía vigente. Y es que en la

actualidad dicho uso se atribuye generalmente al cónyuge guardador y, al igual que la pensión de alimentos, permanece en la práctica hasta tanto los hijos pueden subvenir a sus propias necesidades²⁶¹. Paralelamente, el otro cónyuge no solo tiene que abonar la pensión de alimentos y, en su caso, compensatoria, sino que además no puede disponer de la vivienda familiar, que en muchos casos constituye su único patrimonio. El Anteproyecto en trámite introduce modificaciones dignas de alabanza en esta materia, aunque quizás sigan siendo insuficientes para garantizar la igualdad real y efectiva de ambos cónyuges:

a) La atribución del uso de la vivienda, enseres y ajuar familiar se condiciona en el reformado artículo 96.2 CC a que no se haya dado a la misma un “destino definitivo”. Por tanto, no procederá pronunciamiento alguno cuando hayan sido adjudicados a uno de los cónyuges en la liquidación de gananciales contenida en el propio convenio regulador. De no ser así, el Juez atribuirá el uso de los indicados bienes “en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos”, previendo expresamente la posibilidad de establecer períodos de uso alternos. En último extremo, el uso se atribuirá al progenitor “que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda” en los casos de guarda y custodia compartida y en los de ausencia de hijos menores comunes.

b) Solo de forma excepcional se podrá atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador, “si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”.

c) No obstante lo anterior, el apartado 3 del mismo artículo pone límites a la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio cuando la misma sea común o privativa del otro cónyuge, de forma que el derecho de uso se mantiene exclusivamente hasta que se extinga la obligación de prestar alimentos a los hijos²⁶², o bien hasta que se liquide la vivienda. En los demás supuestos la atribución del uso se limitará a dos años, con una posible prórroga de un año más.

d) Pero lo que sin duda resulta más relevante a los efectos que nos ocupan es la obligación impuesta por el nuevo artículo 96.4: “La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro

cónyuge”. Y es que, como ya hemos apuntado anteriormente, la “corresponsabilidad” ha de estar presente también en el aspecto patrimonial, porque un reparto no equitativo de los beneficios y cargas, además de vulnerar el derecho a la igualdad, acaba por repercutir negativamente en el supremo interés de los menores. En esta línea se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo, denegando la pensión compensatoria a la esposa al considerar inexistente el desequilibrio económico en atención a los gastos a los que debía hacer frente el esposo tras la ruptura (STS 22 junio 2001).

Consideramos que una cabal aplicación de este precepto legal debería traducirse en la valoración del coste de los bienes cuyo uso se atribuye, acudiendo por ejemplo a la renta de mercado de viviendas amuebladas de similares características y ubicación. Y, una vez determinado, proceder a su distribución entre los diversos usuarios, de forma que la parte correspondiente a los hijos disminuya su pensión de alimentos, mientras que la que corresponda al cónyuge custodio se detraerá de un hipotético derecho a pensión compensatoria.

e) Del apartado 5 del mismo artículo cabe destacar la incorporación a la norma de la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo en relación con el pago de préstamos hipotecarios u otras obligaciones contraídas para la adquisición o mejora de la vivienda familiar²⁶³, estableciendo que “deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución”. En este sentido se pronuncian las SSTS 28 marzo 2011 y 17 febrero 2014, entre otras.

f) El artículo 96.6 por su parte impone restricciones a la venta de la vivienda cuyo uso corresponda a los hijos menores, llegando a exigir autorización judicial en determinados casos. El apartado 7 se limita a reflejar lo que ya es práctica habitual: Cuando la vivienda no es propiedad de los cónyuges, el uso se limita a lo que resulte del título²⁶⁴, mientras que en los casos de precario el uso acabará cuando su titular exija la restitución, adecuándose en ese caso las pensiones a la nueva situación. En la misma línea, el apartado 8 contempla expresamente la posibilidad de anotar preventivamente o inscribir el uso, lo que también se viene admitiendo en la actualidad.

VI. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL

Hasta la entrada en vigor de la vigente LEC los procedimientos matrimoniales estaban regulados por la Disposición Adicional 5^a de la

Ley de divorcio²⁶⁵, conforme a la cual las resoluciones judiciales dictadas en los procesos de nulidad, separación y divorcio no tenían acceso a la casación, salvo a instancia del MF en interés de Ley. No existe, por tanto, jurisprudencia en sentido propio del período anterior, tal como se constata en el ATS, Sala 1ª, 13 febrero 2001:

“UNICO.- El recurso ... de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la Ley, ... siendo muchas las ocasiones en que esta Sala ha desestimado recursos de queja en los que se pretendía recurrir en casación una sentencia resolutoria de incidente de modificación de medidas (AATS 24-9-96 en recurso 2423/96, 29-10-96 en recurso 1943/96, 24-12-96 en recurso 3070/96, 24-2-98 en recurso 272/98, 12-5-98 en recurso 4157/97, 29-9-98 en recurso 3174/98, y 2-2-99 en recurso 4575/98); de incidente de ejecución de sentencias de separación o divorcio (STS 23-2-93 y AATS 23-7-96 en recurso 1457/96, 24-9-96 en recurso 2423/96, 16-6-98 en recurso 1300/98, 22-9-98 en recurso 2763/98, 13-4-99 en recurso 334/99 y 28-12-99 en recurso 4605/99); o recaída en juicio de divorcio (STS 23-2-93 y AATS 27-3-89 en recurso 506/89, 28-2-95 en recurso 3332/94, 16-12-97 en recurso 1644/97, 28-4-98 en recurso 1021/98 y 3-4-98, en recurso 2336/98)”²⁶⁶.

La evolución de los pronunciamientos sobre pensión compensatoria durante las dos primeras décadas de vigencia de la Ley de divorcio hemos de analizarla, por tanto, a la luz de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales. No obstante, el Tribunal Supremo nos ofrece un amplio resumen de las diversas tendencias al pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas una vez que las mismas tuvieron acceso a la casación, según tendremos ocasión de comprobar en las citas posteriores.

A partir de la entrada en vigor de la LEC 2000²⁶⁷ los procesos matrimoniales están regulados en su Libro IV²⁶⁸, dedicado a los procesos especiales, y tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en los mismos en los términos y con los requisitos exigidos en los artículos 477 y siguientes de la misma Ley²⁶⁹. Los sucesivos pronunciamientos del Alto Tribunal han formado un cuerpo de doctrina jurisprudencial del que podemos extractar los principios básicos y criterios interpretativos aplicables en la actualidad.

Una de las cuestiones más debatidas tanto antes como después de la reforma de 2005 es la posible temporalidad de la pensión. Conviene

recordar que el Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre esta materia en Sentencia 10 febrero 2005, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP de Palma de Mallorca el 25 de abril de 2002. Se fundamentaba el recurso en la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y el Alto Tribunal declaró “... la posibilidad de acordar como medida en los procesos matrimoniales de separación y divorcio una pensión compensatoria de duración limitada –pensión compensatoria temporal-”.

La indicada Sentencia comienza analizando el origen de la controversia, lo que nos permite conocer las diversas posturas mantenidas por las Audiencias Provinciales hasta ese momento y su evolución favorable a la temporalidad de la pensión:

“La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales –y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral-, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización –unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad-, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria”.

Deja constancia el Alto Tribunal en esta resolución de la multiplicidad de argumentos defendidos por las enfrentadas posturas, evidenciando que son mucho más numerosos y contundentes los que se pronuncian a favor de la temporalidad de la pensión²⁷⁰. Así mismo, se reseña el criterio también favorable manifestado por el Consejo de Europa²⁷¹, el Código de Familia de Cataluña o el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio. Y, finalmente, se remite al criterio interpretativo del artículo 3.1 CC, concluyendo que “...la realidad social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal”.

Poco tiempo después, la STS 28 abril 2005 puso fin a la controversia, sentando jurisprudencia favorable a la temporalidad:

“De conformidad con lo previsto en el art. 487-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe procederse a efectuar un pronunciamiento unificador sobre la contradicción existente entre diferentes Audiencias Provinciales, dejando zanjada la divergencia en el mismo sentido que la anterior sentencia de 10 de febrero de 2005, sentando como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar una duración limitada temporalmente a la pensión compensatoria”.

Fruto de esa evolución social, doctrinal y jurisprudencial es la reforma del CC introducida por Ley 15/2005, de 8 de julio²⁷², que no solo admite la pensión compensatoria temporal, sino también su sustitución por una prestación única. La reforma, por tanto, no aportó novedad alguna a la práctica judicial, limitándose una vez más la norma a ir “a remolque de la sociedad”. En cualquier caso, hoy como ayer es preciso analizar las circunstancias concurrentes en el caso concreto para poder pronunciarse sobre la temporalidad y, en su caso, duración de la pensión compensatoria, partiendo siempre de la existencia de desequilibrio económico y valorando los parámetros que permitan pronosticar la superación del mismo en un determinado plazo.

VII. CASUISMO

Una vez examinada la normativa aplicable, veamos ahora su interpretación y aplicación en la práctica judicial a través de supuestos concretos resueltos por el Tribunal Supremo:

1.- Alteraciones estables:

El primer requisito para que proceda la modificación o extinción de la pensión compensatoria es que las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge a las que se refiere el artículo 100 CC, además de ser sustanciales, sean estables, en el sentido de que permanezcan en el tiempo. No son relevantes, por el contrario, los cambios transitorios o de escasa duración. STS 26 marzo 2014:

“Las alteraciones sustanciales que dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria deben reunir el carácter de estables, por lo que cabe descartar las fugaces o efímeras. Por tanto no puede tenerse en

cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que reúnan caracteres de estabilidad o permanencia. En conclusión no procede la extinción de la pensión compensatoria, pues el régimen laboral fijo de la Sra. Carmela, constituía una situación transitoria habida cuenta de su próxima jubilación, que realmente se produjo”.

Por el mismo motivo, tampoco se consideran relevantes los trabajos esporádicos o mediante contrato temporal (STS 20 diciembre 2012).

2.- Independencia económica:

El hecho de que ambos cónyuges trabajen no excluye *per se* el derecho a la pensión, pero no procederá la misma cuando cada uno tenga sus propios ingresos y no sean “absolutamente dispares”. STS 22 junio 2011:

“La duda que a veces se ha planteado es si es posible apreciar el citado desequilibrio, y por tanto, fijar una pensión, cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. Esta Sala (STS de 17 de julio de 2009 (RC núm. 1369/2004) se ha pronunciado al respecto diciendo que, en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio "cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares". Por tanto, valorando esta afirmación en sentido contrario, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante”.

3.- Desequilibrio no es sinónimo de necesidad:

La misma STS (22 junio 2011) deja claro que puede existir desequilibrio y, en consecuencia, ser procedente la pensión compensatoria, aunque el cónyuge acreedor tenga recursos suficientes para subsistir:

“Según aclara la citada jurisprudencia, tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge”.

4.- Temporal o vitalicia:

La jurisprudencia anterior a la reforma de 2005 mantenía una postura claramente favorable a la pensión de carácter vitalicio, sin duda favorecida por la falta de previsión expresa en la norma sobre la posible limitación temporal. La STS 10 febrero 2005 vino a establecer que la nueva realidad y sentir social abogan por la temporalidad de la pensión compensatoria, siempre que ello resulte posible en atención a las circunstancias. No obstante, aún hoy el Alto Tribunal sigue exigiendo prudencia y “criterios de certidumbre” en lo referente a la previsible desaparición del desequilibrio económico que justifica la limitación temporal de la pensión: SSTS 27 junio 2011, 23 octubre 2012 y 20 junio 2013, entre otras:

“Por último, operan también estos factores²⁷³ para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre”.

5.- Revisión en casación:

Al igual que en cualquier otra materia, las cuestiones de hecho no tienen acceso a la casación. Por ello, las conclusiones que alcance el tribunal *a quo* solo pueden ser revisadas “cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los

factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia (SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005), de 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006) y de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007)”.

6.- Alteración imprevista:

Las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge, además de ser sustanciales, tienen que ser imprevistas, por lo que no justifican la modificación o extinción de la pensión compensatoria aquellas circunstancias que se tuvieron o debieron tenerse en cuenta en el momento de su establecimiento. STS 26 marzo 2014:

“Esta Sala en aplicación de los arts. 97 y 101 del C. Civil debe recordar que la pensión compensatoria, pactada entre las partes, solo puede modificarse por "alteración sustancial" en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 C. Civil) ...

En resumen, no procede entender que las situaciones que preexisten y se conocen al momento del convenio regulador puedan constituir "alteración sustancial", dado que no pueden considerarse como sobrevenidas (STS 20 de junio de 2013, rec. 876 de 2011, entre otras)”.

7.- Uniones de hecho:

En ausencia de matrimonio los pronunciamientos judiciales han fluctuado entre pensión compensatoria e indemnización por enriquecimiento injusto. A partir de la STS 16 julio 2002 se consolida la aplicación del artículo 97 CC por analogía:

“Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente (de un modo definitivo las Sentencias de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) considera más adecuada la aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) del artículo 97 del Código Civil, ...”

8.- No cabe sustituir alimentos por compensación:

A raíz de las discrepancias existentes entre las diversas Audiencias Provinciales, la STS 9 febrero 2010 fija la siguiente doctrina al respecto:

“2º Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas.

... la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio”.

Sin embargo, la misma Sentencia admite la posibilidad de reservarse el derecho a reclamar la pensión compensatoria en el posterior divorcio (al extinguirse el derecho de alimentos), pero siempre que el desequilibrio se haya producido al cesar la convivencia:

“4º Puede ocurrir... que uno de los cónyuges se reserve el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente, se tratará del divorcio... no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos”.

9.- Producción de efectos:

El momento en que la causa de extinción o modificación ha de producir efectos es una cuestión no pacífica. En cualquier caso, la acreditación de la causa ha de llevarse a cabo a través del oportuno procedimiento judicial, no operando de forma automática. Con carácter general, los efectos se producirán a partir de la correspondiente sentencia, si bien en determinados casos se admite su retroactividad. Citamos a título de ejemplo la SAP Madrid 12 marzo 2008:

“En materia de efectos de la extinción de la pensión compensatoria al amparo del artículo 101 del Código Civil, es regla general que al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de meritada extinción la de la sentencia recaída en la instancia”.

Sin embargo, esta misma Sentencia prevé la retroacción de los efectos extintivos en determinados casos:

“En la medida que se justifique la procedencia de la extinción con efectos retroactivos, como ocurre, y a modo de ejemplo se puede citar, en aquellos casos en los que se acredita la existencia de un matrimonio anterior a la fecha en la que deba dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, y que declara la extinción de tal beneficio, o cuando de modo indubitado se ha justificado la convivencia con otra persona, también en fecha anterior a la sentencia que deba dictarse, o cuando del mismo modo se acredita, también de un modo claro y palmario, a una fecha determinada, la importante mejora de fortuna, por cualquier razón, de quien hasta ese momento era perceptor de tal derecho”.

La STS 23 noviembre 2011 no se pronuncia de modo expreso sobre esta materia, limitándose a aplicar la doctrina de los actos propios para declarar que no procede la extinción con carácter retroactivo cuando el obligado al pago conocía la existencia de la causa al tiempo de establecerse la pensión:

“La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo. Pero señala que existe una contradicción entre las Audiencias Provinciales y cita como favorables a la recurrida, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, de 15 enero 1999, Córdoba, sección 2ª de 12 abril 2000 y 25 abril 2002 y como sentencias contrarias, las de Barcelona, sección 18, de 16 febrero 2007 y Madrid, sección 24, de 11 diciembre 2001 y 12 marzo 2008, que sostienen la posibilidad de retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al tiempo de la concurrencia de la causa.

En el presente supuesto, no es posible estimar el recurso de casación en el que se pretende que la extinción de la pensión se produzca con efectos retroactivos al momento en que concurrió la causa, es decir, antes de la sentencia de separación, porque:

1º El recurrente la conocía en el momento de la demanda de separación y a pesar de ello, la consintió y no planteó posteriormente un procedimiento de modificación de medidas, para pedir su extinción durante el periodo durante el que se mantuvo la separación. Por tanto, existió conformidad mientras se mantuvo la separación.

2º La nueva situación creada por el divorcio permite la extinción de la pensión por concurrencia de una causa probada, pero ello no será efectivo desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio”.

10.- *Pacta sunt servanda*, incluso los atípicos:

Cuando los cónyuges han pactado unas determinadas condiciones en relación con la pensión compensatoria, no procede su extinción aún cuando posteriormente se alteren sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta, incluso aunque desaparezca el desequilibrio. STS 20 abril 2012:

“Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador...debe partirse en la presente argumentación de dos elementos que concurren en este derecho, reiterados en sentencias de esta Sala:

1º La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración.

2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997.

El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes.

SEXTO.- De acuerdo con lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que el pacto entre D^a Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la

separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que "Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo". Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D^a Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa".

11.- Incremento patrimonial relevante y sobrevenido:

Se considera superado el desequilibrio económico cuando el beneficiario de la pensión obtiene un importante patrimonio generador de ingresos, por ejemplo a través de la liquidación de la sociedad de gananciales. STS 24 noviembre 2011:

"...debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3 LEC, debe declararse que la posterior adjudicación a D^a María Rosario de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal..."

En el mismo sentido, la STS 17 marzo 2014 se refiere al supuesto de incremento patrimonial por la adición de una herencia:

"...el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción".

El argumento debería ser extensible a cualquier incremento patrimonial sobrevenido, citando a título de ejemplo los procedentes de juegos de azar, donaciones, etc.

12.- Pasividad en la búsqueda de empleo:

La STS 23 enero 2012 no requiere comentario alguno:

“constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011 (RC núm. 1387/2009))”.

13.- Separación de bienes:

El derecho a la pensión compensatoria no es incompatible con el régimen de separación de bienes, si bien es un dato más a tener en cuenta para su delimitación. STS 8 mayo 2012:

“De aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican "un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio" a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación”.

14.- Alteración y pensión temporal:

La alteración sustancial y sobrevenida afecta también a la pensión de carácter temporal. STS 24 octubre 2013:

“Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas- alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS 27 de octubre 2011, 20 de junio 2013). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal...”

15.- Trabajos antes, durante y después del matrimonio:

La STS 17 mayo 2013 establece que no existe desequilibrio cuando el matrimonio no ha tenido incidencia alguna en la situación laboral o profesional:

“El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro”.

16.- Persistencia del desequilibrio tras la emancipación de los hijos:

El desequilibrio económico no desaparece automáticamente por el simple hecho de que los hijos ya no precisen cuidados, pudiendo mantenerse el mismo cuando la edad del beneficiario de la pensión dificulta el acceso al mercado laboral. STS 20 diciembre 2012:

“Si bien es cierto que algunos de estos factores son distintos en este momento, como es el que resulta del cuidado de los hijos, otros se agravan con el paso del tiempo, como es la edad de quien percibe la pensión y las consiguientes dificultades para acceder a un empleo suficientemente retribuido y con plenas garantías de mantenerse en el mismo. La decisión de la Audiencia, contraria a esa temporalidad de la pensión, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, que debe mantenerse”.

VIII. CONCLUSIONES

La función de la pensión compensatoria es reequilibrar la balanza cuando uno de los cónyuges ha resultado perjudicado por el rol asumido durante la convivencia. Las variables que fundamentalmente se tienen en cuenta para fijar la pensión son la dedicación al cuidado de la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge. A lo largo de la pasada centuria la compensación era necesaria en la mayoría de los casos, debido a la escasa incorporación de la mujer al mundo laboral. En la actualidad, la institución ha perdido buena parte de su sentido, no solo por la equiparación de los roles masculino y femenino en la realización de las tareas domésticas y cuidado de los hijos, sino sobre todo por la incorporación de ambos sexos al mundo laboral en condiciones de igualdad. Desde esta óptica, la pensión o compensación debe manejarse con cautela para no fomentar la desidia laboral en sus beneficiarios, y sobre todo ponderar de forma conjunta todos los parámetros de contenido económico que necesariamente están presentes cuando se produce la ruptura, con el fin de evitar que se produzca el efecto contrario al pretendido.

CAPÍTULO OCTAVO

CAPÍTULO OCTAVO: PENSIÓN COMPENSATORIA. CUESTIONES PRÁCTICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN ESPAÑA. II. ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD. III. NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD. IV. MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN: RETROACCIÓN DE EFECTOS. V. CONVIVENCIA *MORE UXORIO* PREVIA. VI. SEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL. VII. DESEQUILIBRIO SOBREVENIDO. VIII. ¿CUÁNDO ES PRECEPTIVA LA RECONVENCIÓN? IX. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Se analizan en este artículo algunas cuestiones prácticas directamente relacionadas con el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, teniendo en cuenta la interpretación que el Tribunal Supremo viene realizando en torno a los requisitos que deben observarse en cada caso. El objetivo es analizar las modulaciones, en algunos casos ciertamente sutiles, que el Alto Tribunal viene aplicando en sus más recientes sentencias. Se ha considerado así mismo que la compleja y casuística regulación del acceso a la pensión de viudedad justifica la transcripción de la norma aplicable.

SUMMARY: Discusses in this article some practical issues directly related to access to the widowhood pension in the event of annulment, separation or divorce, taking into account the interpretation that the Supreme Court has been carrying around the requirements to be observed in each case. The aim is to analyse modulations, in some cases certainly subtle, that the High Court has been pursuing in its most recent rulings. He has been likewise considered that the complex

and casuistic regulation of access to the widow's pension justifies the transcription of the applicable rules.

PALABRAS CLAVE: Acceso viudedad, retroacción de efectos, more uxorio, seguridad jurídica, desequilibrio, reconvención.

KEY WORDS: Access widowhood, feedback effects, more uxorio, legal security, imbalance, counterclaim.

I. INTRODUCCIÓN: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN ESPAÑA

La pensión compensatoria se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 7/1981 con el objetivo de reequilibrar la balanza cuando uno de los cónyuges resultaba perjudicado por el rol asumido durante la convivencia. A lo largo del siglo XX la compensación era necesaria en la mayoría de los casos en favor de la mujer, debido a su escasa incorporación al mundo laboral. En la actualidad, la institución ha perdido buena parte de su sentido, no solo por la equiparación de los roles masculino y femenino en la realización de las tareas domésticas y cuidado de los hijos, sino especialmente por la incorporación de ambos sexos al mundo laboral en condiciones de igualdad. Desde esta óptica, la pensión o compensación debe manejarse con cautela para no fomentar la desidia laboral y/o profesional en sus beneficiarios, y sobre todo ponderar de forma conjunta todos los parámetros de contenido económico con el fin de evitar que se produzca el efecto contrario al pretendido.²⁷⁴

En la actualidad, la existencia de una pensión compensatoria a cargo del causante que se extinga a su fallecimiento es requisito *sine qua non* para causar derecho a pensión de viudedad en determinados casos, fruto sin duda de la evolución de esta figura para adaptarse a la realidad social actual.

II. ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

El vigente artículo 220 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial “...se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante.”

La doctrina del Tribunal Supremo en relación con este supuesto, reflejada en sentencias de 14 y 21 febrero, 21 marzo y 14 abril 2012, entre otras, venía a establecer lo siguiente:

“Partiendo de que en la legislación de la Seguridad Social, el derecho de la percepción de la pensión de viudedad se condiciona para las personas divorciadas o separadas judicialmente, a que sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC cuando se extinga por el fallecimiento del causante, hemos llegado a la conclusión de que “para la ley la situación de dependencia se da cuando se acredita la pensión compensatoria”.

La citada doctrina fue modificada, sin embargo, por Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Cuarta el 30 de enero de 2014 (Recurso 991/2012), mediante la cual, “...se revisa la doctrina anterior y se reconoce la pensión de viudedad a una solicitante cuyo esposo se había comprometido en el convenio regulador a satisfacerle una cantidad mensual en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para ella”.

Este cambio de criterio se fundamentó en que “La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria *stricto sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación o su naturaleza jurídica”.

La misma doctrina se refleja en las Sentencias del Alto Tribunal de 29 enero 2014 (Pleno, recurso 743/2013); 17 febrero 2014 (recurso 1822/2013); 6 mayo 2014 (recurso 1344/2013) y 3 febrero 2015 (recurso 3187/2013).

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4^a, de 12 febrero 2016 (recurso 2397/2014), da un paso más en la interpretación y aplicación del artículo 220 LGSS, reconociendo el derecho a la pensión de viudedad en un supuesto en el que se hizo constar de forma expresa que la esposa “no tiene derecho a ninguna pensión compensatoria”,

atribuyendo a la misma el uso y disfrute de la vivienda familiar y estableciendo que el posterior causante “vendrá obligado a abonar mensualmente a su ex cónyuge, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para la hija menor la cantidad de 40.000 pts./mes.....debiéndose igualmente responsabilizar de los pagos referentes a préstamos, hipotecas y seguros derivados del antiguo hogar familiar”.

En esta sentencia el Alto Tribunal, teniendo en cuenta que “...con harta frecuencia nos vemos en la necesidad de examinar el mismo partiendo de lo que las partes determinaron el convenio regulador de la separación o divorcio en los que falta una calificación jurídica estricta, utilizando terminología variada y equívoca sobre las obligaciones que asume uno de los cónyuges frente al otro y frente a los hijos”, examina la cuestión de forma casuística por remisión a sentencias previas:

a) Prestaciones denominadas "alimentos y ayuda a esposa e hijos" (STS, Sala Cuarta, de 30 enero 2014, recurso 991/2012).

b) Pensión para subvenir "a las cargas familiares" sin que constara que existieran hijos (STS, Sala Cuarta, de 21 marzo 2011, recurso 2441/2011).

c) Pensión "para gastos de la esposa e hijos" (STS, Sala Cuarta, de 27 mayo 2013, recurso 2545/2012).

Y, finalmente, llega a la siguiente conclusión:

“Frente a este panorama de pensiones innominadas, no podemos pretender ceñirnos exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad. Por el contrario, habrá que acudir a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una interpretación finalista del otorgamiento de aquella”.

A modo de resumen, la Sentencia que analizamos sienta las siguientes pautas:

A) En caso de divorcio sin hijos, salvo que de modo expreso se establezca el pacto de alimentos, tendrá que presumirse que cualquier cantidad fijada en favor del otro cónyuge ostenta la condición de pensión compensatoria.

B) Por el contrario, la fijación de una sola pensión cuando haya hijos que quedan a cargo de quien después resulta ser el supérstite habrá de presumirse como pensión de alimentos a favor de éstos.

C) En el caso de pensión compensatoria temporal ya agotada no procederá la pensión de viudedad, puesto que la regulación legal configura la misma en atención a la pérdida del montante económico que perciba el supérstite a cargo del causante.

En definitiva, "...el reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria, excluyendo los excepcionales supuestos en que, en caso de divorcio, se hubieran pactado alimentos en favor del cónyuge supérstite".

El cambio de doctrina se concreta por el Alto Tribunal en los siguientes términos:

"Llegados a este punto, la Sala debe revisar la doctrina que acogíamos en la sentencia de contraste en la que, sin otro criterio que el de la literalidad, negamos que pudiera considerarse pensión compensatoria la que se fijaba en concepto de alimentos y ayuda a la esposa e hijos, sin discriminar entre los alimentos a los hijos -o, incluso a la propia esposa- y lo que se denominaba "ayuda" con mención expresa de la esposa.

La falta de concreta especificación de la determinación de los alimentos y la no constancia de las cantidades de las que pudiera deducirse su naturaleza, habría de llevarnos a entender, por el contrario, que el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa -más allá de los alimentos de los hijos- tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente permitirá el acceso, en su caso, a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. En realidad, resulta difícil impedir el acceso a la prestación en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el supérstite sea acreedor a cualquier suma periódica a

costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma.

La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria *strictu sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación, o su naturaleza jurídica."

La nueva doctrina es, por tanto, claramente favorable al reconocimiento de la pensión de viudedad (siempre, claro está, que concurren los restantes requisitos legalmente exigidos), debiendo reconocerse el derecho incluso en los supuestos en que la pensión percibida por el beneficiario fuera de alimentos legales o pactados.

Aun cuando el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a este extremo, en puridad la nueva tendencia ampliamente favorecedora del acceso a la pensión de viudedad es congruente con la catalogación de esta prestación en nuestro ordenamiento jurídico como pensión contributiva. Lo que, a su vez, determina que para su devengo es precisa la afiliación previa del causante, así como las cotizaciones que en cada caso procedan.

Por tanto, su denegación basada en requisitos que podríamos considerar de carácter formal (como sin duda lo es la denominación atribuida a la pensión que viniera abonando el causante) podría incluso ser considerada como un enriquecimiento injusto del sistema público de seguridad social.

III. NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social,

regula de forma exhaustiva los diversos supuestos que pueden plantearse en relación con el acceso a la pensión de viudedad. Se reproducen a continuación los artículos que consideramos de mayor interés:

Artículo 220.- Pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

“1. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el apartado anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios”.

Se subraya el párrafo que establece la “rebaja” de la pensión de viudedad en caso de que su cuantía sea superior a la pensión compensatoria que viniera percibiendo el beneficiario. Se aprecia también en este caso el posible enriquecimiento injusto que antes mencionábamos.

Artículo 221.- Pensión de viudedad de parejas de hecho.

“1. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59.

A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

Como vemos, en el caso de las parejas de hecho las condiciones para acceder a la pensión de viudedad se endurecen sensiblemente. Y no solo porque se añade el requisito de no superar los límites de ingresos según haya o no descendencia, sino porque además hay que acreditar:

- Por un lado, ser pareja de hecho, prueba que necesariamente ha de llevarse a cabo mediante la certificación del registro correspondiente o a través de documento público.
- Convivencia estable, notoria, ininterrumpida e inmediatamente anterior al fallecimiento del causante durante al menos cinco años, lo que se acreditará mediante el correspondiente certificado de empadronamiento.

IV. MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN: RETROACCIÓN DE EFECTOS

Con carácter general, los efectos de la modificación judicial de las medidas adoptadas en los procedimientos de familia se producen a partir de la sentencia modificatoria. Así se refleja, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 octubre 2008 (STS 917/2008, dictada en el recurso 2727/2004); y 26 de octubre de 2011 (STS 721/2011, dictada en recurso 926/2010).

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo 17/06/2015, dictada en el recurso 2368/2013, viene a concretar o puntualizar la doctrina anterior, estableciendo que la modificación será efectiva a partir de la demanda cuando así se solicite y la modificación se limite a un período de tiempo lo suficientemente relevante como para justificar el cambio, pero sin vocación de permanencia indefinida. Dice así:

“Ciertamente esta Sala ha desarrollado la doctrina mencionada con relación a las pensiones alimenticias, para supuestos de modificaciones con vocación de permanencia; sentencias de 3 de octubre de 2008, 24 de octubre de 2013 y 18 de noviembre de 2014 (rec. 1695/2013). Sin embargo, en el presente caso nos encontramos con una propuesta de modificación de pensión compensatoria que puede dilatarse en el tiempo, pero que, sin duda, será transitoria y subsistirá mientras dure la incapacidad laboral del Sr. Millán, en definitiva se trata de una mera suspensión.

Debe declarar esta Sala que en la resolución recurrida no se da eficacia retroactiva a sus pronunciamientos sino que en base a la transitoriedad de la solución acordada, y para evitar una respuesta judicial tardía se valora la fijación de una fecha compatible con la demanda, de tal manera se responde al necesario equilibrio que con legitimidad solicita el demandante.

Por tanto, debe desestimarse el recurso al no infringir la doctrina jurisprudencial, dado que en ésta el pronunciamiento sobre alimentos es referido a un cambio prolongado, mientras que en el presente supuesto (pensión compensatoria) predomina la transitoriedad, sin que el suceso pueda calificarse de fugaz o efímero”.

Se mantiene, por tanto, la irretroactividad de los pronunciamientos sobre modificación de medidas definitivas, pero se admite la producción de efectos a partir de la interposición de la demanda cuando se trate de modificaciones transitorias. Y, por supuesto, siempre que se haya solicitado de forma expresa en la demanda.

V. CONVIVENCIA *MORE UXORIO* PREVIA

Si bien la actual doctrina jurisprudencial prohíbe la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho, en los casos en que se haya producido una convivencia *more uxorio* seguida de matrimonio sin solución de continuidad, procede tener en cuenta el período completo. Así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 16 de diciembre 2015, recurso 1888/2014:

“Con tales antecedentes la decisión de la Sala se contrae a una sola cuestión: si partiendo de que no cabe aplicar por *“analogía legis”* el artículo 97 del Código Civil a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, cuando ésta precede a un matrimonio y posteriormente se produce la ruptura de éste, podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias de la etapa precedente, a la hora de decidir, como efecto de la ruptura matrimonial, sobre la pensión por desequilibrio que prevé y regula el artículo 97 del Código Civil”.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha establecido de forma reiterada (Sentencia de Pleno 12 septiembre 2015, recogida en las de 8 mayo y 30 octubre 2008, y 16 junio y 16 octubre 2011, entre otras), la inaplicabilidad del artículo 97 CC a las uniones de hecho, argumentando, en esencia, que no cabe imponer una compensación económica por el cese de la convivencia a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico (el matrimonio) que prevé dicho efecto para el caso de ruptura.

Sin embargo, dado que la propia doctrina de la Sala Primera en relación con el artículo 97 del Código Civil (SSTS de 20 julio 2015, recurso 1791/2014; 19 enero 2010 (Pleno), recurso 864/2010), establece que entre los factores a tener en cuenta para dilucidar si se produce o no desequilibrio económico y, en caso afirmativo, cuantificar la pensión y su duración, se encuentra la *situación anterior al matrimonio*, la Sentencia que comentamos llega a la conclusión de que se debe tener en cuenta el período de convivencia inmediatamente anterior dado que ha podido influir en el desequilibrio puesto de manifiesto en el momento de la ruptura matrimonial:

“Esta situación anterior, y teniendo en cuenta que la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2008, 10 de marzo de 2009 y 4 de diciembre de 2012), es de sumo interés. No resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste, como sería el supuesto aquí

contemplado de una convivencia more uxorio desde el año 2003 durante la cual la conviviente dedicó a esa convivencia sus esfuerzos y colaboración, merced a la relación sentimental que mantenía con el que luego llegó a ser su esposo, viendo quebradas sus expectativas y oportunidades laborales, según se recoge como hechos probados. Tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional con el recurrente tuvo lugar, según se ha expuesto, sin solución de continuidad, durante la unión de hecho y durante la convivencia conyugal, hasta que se produjo la ruptura de esta; por lo que debe computarse aquel tiempo de convivencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia admite fórmulas resarcitorias en caso de ruptura de parejas de hecho (STS de 12 septiembre 2005)".

Supuesto este que, en la práctica, tiene gran relevancia en la actualidad, puesto que en muchas ocasiones la celebración del matrimonio se dilata en el tiempo con motivo de las largas etapas formativas y/o de acceso al mundo laboral o profesional, comenzando no obstante la convivencia "en precario" hasta tanto los futuros contrayentes se encuentran en situación de formalizar su compromiso.

VI. SEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre 2015, recurso 1722/2014, aborda un supuesto en el que el órgano *a quo* declaró la extinción de la pensión compensatoria establecida mediante pacto en el previo proceso de separación matrimonial, con fundamento en que "...si el art. 101 del C.C dice que el derecho a la pensión (del art. 97 C.C.) se extingue, por convivir maritalmente el acreedor con otra persona, en puridad jurídica ha de decretarse el cese en el caso de esta pensión. Procede estimar este motivo del recurso al tratarse de un divorcio contencioso y ningún pacto puede establecer la no aplicación de una ley; y en el caso es de aplicación lo dispuesto en el art. 101 del C.C. por la convivencia de la Sra. Mónica con otra persona y con la que tuvo un hijo".

El Alto Tribunal comienza recordando que:

"Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 20 de abril y 10 de diciembre 2012; 25 de marzo 2014), la siguiente: 1º la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2º Los

cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 de marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997”.

Continúa afirmando la misma Sentencia que “El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto, pactos típicos, como atípicos (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre)”.

No obstante, “Desde la perspectiva del artículo 101 CC, puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto de hecho normativo a que se refiere dicho precepto, y que fue causa de su reconocimiento (SSTS de 23 de enero y 10 de diciembre de 2012)”.

A la vista de la doctrina citada, reitera el Alto Tribunal que cuando la pensión se haya fijado por los interesados de mutuo acuerdo en convenio regulador, lo relevante para declarar su extinción es el contrato o acuerdo existente, dado que se trata de un derecho disponible regido por el principio de autonomía de la voluntad:

“La autonomía de la voluntad tiene un límite y este no es otro que el que establece el artículo 1255 del C. Civil: la ley, la moral y el orden público, y no se advierte, porque nada se dice en la sentencia, de qué forma contraviene esta disposición el hecho de que las partes de común acuerdo hayan excluido de las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona.

Nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis, en el marco de un convenio regulador en el que se negocia y se transige sobre una suerte de medidas que las partes consideran mejor para el interés propio y el de los hijos. Por tanto, en la sentencia recurrida se infringen los arts. 1225 y 1091 del C. Civil, al no tener en cuenta que las partes en el ejercicio de sus propios derechos llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión, y al interferir en dicho acuerdo

sin precepto que lo autorice rompe con la seguridad jurídica contractual, como se dijo en la sentencia de 25 de marzo 2014”.

Se mantiene, por lo expuesto, la pensión compensatoria, fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: A los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la ley, la moral y el orden público.

VII. DESEQUILIBRIO SOBREVENIDO

La STS de 1 diciembre 2015, recurso 1761/2014, nos ilustra acerca del momento en el que debe apreciarse la existencia del desequilibrio económico. Dice así:

“La sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2014 declara como doctrina jurisprudencial que "el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial", precisando la sentencia de 17 de diciembre de 2012 que, en principio, y salvo circunstancias muy concretas de vinculación económica entre los cónyuges, no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal”.

En la Sentencia que comentamos, sin embargo, el Tribunal Supremo modula esta doctrina, afirmando que “No es, por tanto, un problema de tiempo de separación, sino de las circunstancias (que) se deben valorar en cada caso para ver si a la vista de un largo periodo de separación de hecho, sin petición económica alguna, cabe o no presumir la existencia de desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la ruptura. La sentencia de 30 de septiembre 2014 contempla una separación de cinco años que creó en la esposa "una situación consolidada de independencia económica y de autonomía patrimonial incompatible con la concepción de inestabilidad económica". Es decir, se niega la pensión a partir de una presunción de no existencia de desequilibrio económico en el momento de la ruptura, que se destruye cuando, pese a una separación prolongada, los esposos han intercambiado ayudas económicas por parte de uno o de ambos o, cuando, como aquí sucede, no consta, como declara probado la sentencia, que *"ambas partes hayan asumido vidas económicas*

independientes, por lo que el transcurso del tiempo no ha sido suficiente para entender inexistente el citado desequilibrio".

A modo de resumen podría afirmarse, pues, que el desequilibrio se presume, a pesar de la separación prolongada, siempre que no se acredite la independencia económica de los ex cónyuges.

VIII. ¿CUÁNDO ES PRECEPTIVA LA RECONVENCIÓN?

Abordaremos en último lugar una cuestión procesal de indiscutible repercusión práctica, como es la necesidad o no de formular reconvencción para ejercitar pretensiones relacionadas con la pensión compensatoria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 noviembre 2013, recurso 157/2012, establece lo siguiente:

“PRIMERO.- Plantea el recurso extraordinario por infracción procesal una cuestión ya resuelta por esta Sala en su sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012. Se refiere a la necesidad o no de reconvencción expresa para solicitar pensión compensatoria, cuando en la demanda se aborda directamente la cuestión postulando su no procedencia.

Esta Sala entiende, dice la sentencia, que cuando la LEC exige reconvencción expresa lo hace con el fin de someter a un régimen formal la ampliación o integración del objeto del proceso, de forma suficiente para garantizar la seguridad jurídico-procesal. En el supuesto en que la parte demandante se opone al reconocimiento de la pensión compensatoria, introduciendo el debate sobre su procedencia, debe admitirse que con ello integra en el objeto del proceso la pretensión relativa a la pensión por desequilibrio económico....cuando la parte demandante solicite que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla. Debe interpretarse, pues, que cuando el artículo 770.2.^a d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconvencción en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, no apreciables de oficio, «que no hubieran sido solicitadas en la demanda», la naturaleza de esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se

haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso”.

Por lo tanto, la reconvencción expresa únicamente es necesaria cuando la pensión compensatoria no ha sido introducida previamente en el debate procesal por la parte demandante, aunque sea para negar su procedencia. En caso contrario, es imprescindible su petición a través del cauce reconvenccional.

IX. CONCLUSIONES

La casuística relacionada con el derecho de familia evoluciona, si cabe, con mayor celeridad de la que se observa en otros ámbitos. Las unidades convivenciales que inspiraron la creación y regulación legal de instituciones tales como la pensión compensatoria, el desequilibrio económico o la convivencia *more uxorio* han variado de forma sustancial. Y, sin duda, continuarán haciéndolo en el futuro. Por ello resulta muy conveniente, cuando no imprescindible, que los órganos judiciales al interpretar y aplicar la ley en esta materia tengan bien presente “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”²⁷⁵. Realidad social actual que sin duda tiene su reflejo en la evolución de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, una pequeña parte de la cual hemos analizado en este artículo.

CONCLUSIONES

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En los inicios de la presente tesis planteábamos como hipótesis en el plan de investigación la conveniencia de que tanto la normativa reguladora de las medidas derivadas de las crisis matrimoniales o de pareja, como su interpretación por los operadores jurídicos y especialmente por nuestros juzgados y tribunales, evolucionaran para adaptarse a las expectativas de la sociedad española actual, garantizando además la aplicación igualitaria de la norma en todo el territorio nacional.

Como ya adelantábamos en la introducción, variados artículos y publicaciones se ocupan de las diversas medidas que pueden resultar necesarias ante una ruptura matrimonial o de pareja, pero ninguna aborda el análisis global e interrelacionado de todas ellas en el marco del contexto y realidad social actuales.

La evolución de la institución familiar globalmente considerada se traslada progresivamente a los criterios de interpretación de la norma jurídica, y podemos extraerlos de las numerosas y, en muchas ocasiones, didácticas resoluciones judiciales, augurando un panorama sustancialmente distinto de cara a un futuro próximo especialmente en relación con el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad.

El objetivo de la presente tesis, por tanto, se concreta en lograr una visión global de la problemática generada por un único y creciente fenómeno, cual es la ruptura de un matrimonio o pareja de hecho, así como su evolución desde que allá por el año 1981 se instaló el divorcio en nuestro país con vocación de permanencia y, con él, la primera regulación de las medidas derivadas del mismo. Un estudio de conjunto que, en definitiva, pretende concentrar en un documento único el análisis de la normativa aplicable tanto en territorio común como en el de las comunidades autónomas con legislación civil foral o especial. Y, por supuesto, sin perder de vista las normas supranacionales, emanadas de la Unión Europea o de los tratados e instrumentos internacionales en general ratificados por España, pues todos ellos configuran globalmente el régimen legal aplicable especialmente en una era en la que la internacionalización de las relaciones paterno-filiales es una realidad tangible y en progresivo aumento.

Esa ingente normativa se examina “a la luz” de las resoluciones emanadas de múltiples y variados órganos jurisdiccionales, prestando especial atención al análisis comparativo de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo a lo largo de estos años, tal como se refleja en el título de la tesis, al ser el órgano que conforma la cúspide de nuestro sistema judicial y, consiguientemente, tiene la última palabra en materia de interpretación normativa sin perjuicio de las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional.

Del estudio de ambas fuentes, legislación y jurisprudencia en sentido amplio, se evidencia la lenta y sutil, pero también imparable evolución que están experimentando las instituciones analizadas, así como la progresiva adaptación de la norma a las nuevas tendencias y demandas de la sociedad actual. Y es que, como ya se ha expuesto anteriormente, el Derecho evoluciona al compás de la sociedad, como producto emanado del pueblo cuyo objetivo no es otro que regular la realidad social de cada concreto momento histórico.

Paralelamente, la jurisprudencia también ha evolucionado al compás de la norma, ajustando los tribunales la interpretación de la ley al contexto en el que se desenvuelven las numerosas familias que se han visto abocadas a un proceso de ruptura. Evolución que en muchas ocasiones ha sido preciso analizar a través de las resoluciones emanadas de las diversas Audiencias Provinciales durante las dos primeras décadas de vigencia de la Ley del Divorcio, dado que hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no tenían acceso a la casación las sentencias dictadas en este tipo de procedimientos.

En definitiva, y al margen de incursiones históricas de carácter breve y conciso, el estudio se ha centrado en analizar la normativa vigente desde la introducción del divorcio en España, adentrándonos en las diversas medidas sobre las que habitualmente se pronuncian nuestros juzgados y tribunales al resolver las controversias que los justiciables someten a su consideración:

- Patria potestad, con especial atención al ejercicio de las facultades inherentes a la misma cuando se produce la ruptura.
- Regímenes de guarda, comunicación y estancia de los hijos menores con sus progenitores, tanto en territorio común como en el de las autonomías con legislación civil foral o especial.
- Contribución a las cargas del matrimonio y alimentos en sentido amplio.

- Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- Repercusión de los incumplimientos de las medidas relacionadas con los hijos menores de edad.
- Restitución y retorno de menores.
- Responsabilidad civil dimanante o relacionada con las relaciones paterno-filiales.
- Pensión compensatoria y su vinculación con la pensión de viudedad.

En todos los casos el análisis se ha llevado a cabo desde un punto de vista eminentemente práctico, enfoque difícilmente evitable teniendo en cuenta la dedicación profesional al ejercicio de la abogacía de la doctoranda. Como consecuencia quizás no muy ortodoxa, en ocasiones muy puntuales se abordan cuestiones procesales directamente relacionadas con el derecho sustantivo, con el fin de lograr una mayor claridad en la exposición o poner de manifiesto la problemática subyacente.

La investigación, en fin, se ha materializado en un total de ocho artículos redactados en el formato que habitualmente demandan las revistas jurídicas. Cada uno de ellos incluye, además del índice, un breve resumen de su contenido en inglés y español, palabras clave y sucintas conclusiones, junto con la relación de doctrina y jurisprudencia utilizada. Se reproducen a continuación esas conclusiones, con ligeros matices dirigidos a una mayor claridad expositiva.

II. CONCLUSIONES DE LOS CAPÍTULOS PRIMERO Y SEGUNDO.

Se unifican las conclusiones de los dos primeros capítulos porque ambos abordan el estudio de la guarda y custodia en territorio común y su evolución a través de la jurisprudencia, analizando las diferencias existentes entre la normativa vigente y la ya entonces proyectada “Ley de Corresponsabilidad Parental”. Son las siguientes:

A) Los pronunciamientos judiciales sobre guarda y custodia repercuten notablemente en la vida de los progenitores y sus hijos menores.

B) En aras de la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica es conveniente, cuando menos, que se establezcan criterios comunes sobre la materia, a modo de protocolo de actuación al que puedan acudir los operadores jurídicos.

C) Dada la diversidad de fuentes sobre guarda y custodia, y teniendo en cuenta la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, en la actualidad la uniformidad únicamente puede lograrse mediante la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en cumplimiento de las funciones nomofiláctica y uniformadora que tradicionalmente tiene atribuidas.

D) En materia de guarda y custodia ha de prevalecer el supremo interés del menor sobre cualquier otra consideración. Para su determinación hay que escudriñar las circunstancias casuísticamente.

E) La trascendental Sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

F) En la actualidad existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial emanado de sentencias contestes dictadas por el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre las numerosas y concretas cuestiones relacionadas de una u otra forma con la guarda y custodia compartida. Jurisprudencia que, como complemento del ordenamiento jurídico que es, debe ser aplicada por los órganos judiciales, y en cualquier caso es apta para fundamentar el recurso de casación por interés casacional.

G) El cauce para el acceso a la casación de los pronunciamientos sobre guarda y custodia es el previsto en el art 477. 2. 3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, denominado por interés casacional. También cabe impugnar las infracciones procesales que puedan haberse producido durante la tramitación del procedimiento cuando concurren los requisitos para interponer recurso extraordinario por infracción procesal.

H) La reforma del Código Civil a través de la proyectada Ley de Corresponsabilidad Parental no aporta modificaciones sustanciales al actual sistema de guarda y custodia, haciendo oídos sordos a las demandas de la sociedad actual, a las más recientes tendencias jurisprudenciales y a las novedades legislativas de ámbito autonómico. No obstante, el Anteproyecto en trámite amplía el abanico de posibilidades y abre las puertas a la custodia compartida a través de su reconocimiento expreso, ausente en la vigente legislación. Previsión legal que puede generar confianza e incrementar las peticiones de este sistema de guarda y custodia por los justiciables, cerrando en todo caso el camino a futuras decisiones

judiciales denegatorias de la guarda y custodia compartida por el mero hecho de no estar contemplada en la legislación vigente.

I) La nueva redacción ni tan siquiera establece la guarda y custodia compartida como la opción más deseable en defecto de acuerdo, a pesar de que la realidad social actual parece propugnar como más conveniente que se convierta en la regla o modelo general, sin perjuicio de que se pueda acreditar en el caso concreto la conveniencia de atribuir la guarda y custodia a uno solo de los progenitores, o incluso a terceras personas o instituciones de protección.

J) La doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril, no perderá su vigencia aun cuando se apruebe el Anteproyecto en trámite sin modificaciones, puesto que el fundamento de la citada resolución judicial no resulta contrario a la nueva redacción. Esta es, por tanto, la tabla de náufrago a la que la sociedad española debe agarrarse para conseguir flexibilizar el régimen de guarda y custodia tradicional.

K) Conforme a la redacción de la regla primera de la Disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la competencia para conocer del recurso de casación venga atribuida a un tribunal superior de justicia es posible acumular la denuncia de los vicios procesales a la casación autonómica, pero también cabe reservarlos para hacerlos valer mediante la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

III. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO TERCERO

Siguiendo con el análisis de la guarda y custodia, nos adentramos en este caso en la normativa emanada de las comunidades autónomas con legislación civil foral o especial sobre esta materia, en concreto Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco y Valencia. Pese a su título, este capítulo incluye no solo disposiciones relacionadas con la guarda y custodia, sino también otras referidas a la atribución del uso de la vivienda, pensiones y, en general, todas las medidas que pueden resultar necesarias ante una ruptura:

A) A la vista de la normativa examinada en este capítulo podemos afirmar que, salvo la Comunidad Navarra, el resto de las autonomías con legislación civil foral o especial se decantan claramente a favor del régimen de guarda y custodia compartida,

regulando además con detalle otras medidas relacionadas con el uso de la vivienda, gastos ordinarios y extraordinarios, pensión compensatoria, etc.

B) Por lo general, el Preámbulo de las normas autonómicas justifican el cambio de criterio legal en las expectativas y deseos de los ciudadanos, constituyendo muy probablemente el germen de la proyectada reforma del Código Civil plasmada en el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental actualmente en trámite. Reforma, por otra parte, absolutamente necesaria para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley con independencia de la comunidad autónoma en la que tengan su residencia.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO CUARTO

En este artículo se aborda el estudio de la repercusión que tienen actualmente en el ámbito penal los incumplimientos derivados del régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores:

A) Tras la derogación del Libro III del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la repercusión en el ámbito punitivo de los incumplimientos relacionados con el régimen de guarda, comunicación y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores quedó limitada al delito de sustracción de menores, sin perjuicio del genérico delito de desobediencia grave tipificado por el artículo 556 del mismo cuerpo legal.

B) Del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 podemos colegir que la despenalización de las infracciones penales de carácter leve se fundamenta en que “Sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa. La pretensión es clara: reservar al ámbito penal el tratamiento de las conductas más graves de la sociedad, que por ello deben merecer un tratamiento acorde a su consideración”.

C) La reforma deroga, pues, los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, “... sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a

responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

D) La opción de política legislativa se justifica por la necesidad de primar “...la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad”.

v. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO QUINTO

Es objeto de estudio en este caso la creciente problemática generada por la internacionalización de las relaciones personales y paterno-filiales. Conflictos que, en caso de ruptura, resultan agravados por la interacción de diversas legislaciones:

A) La presencia cada vez más habitual del elemento internacional en el ámbito de las relaciones personales y, consiguientemente, de las relaciones paterno-filiales, ha propiciado la evolución de la normativa reguladora tanto en lo que atañe al fondo del asunto o plano sustantivo como en el aspecto procesal.

B) Los textos de mayor relevancia en esta materia son el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo, ambos del año 1980, junto con el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, aplicable exclusivamente en el ámbito de la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca.

C) El procedimiento judicial para la aplicación en España de las normas o instrumentos internacionales que procedan en cada caso concreto ha sido objeto de una sustancial reforma llevada a cabo mediante Ley Orgánica 1/2015, que introduce los artículos 778 quater a sexies en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷⁶.

D) A raíz de esta modificación, la Fiscalía General del Estado ha dictado la Circular 6/2015, que tras efectuar un amplio y concentrado análisis de los textos internacionales y normas emanadas de la Unión

Europea que resultan de aplicación para la restitución o retorno de menores, sienta las pautas a las que deben someter su actuación los miembros del Ministerio Fiscal en los referidos procedimientos. Pautas a las que, al igual que en otras materias, es previsible que adapten su actuación no solo los Sres. Fiscales, sino también el resto de los operadores jurídicos, lo que incrementa si cabe su importancia.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO SEXTO

En el presente capítulo nos adentramos en el estudio de la jurisprudencia existente sobre responsabilidad civil relacionada, de una u otra forma, con la institución familiar:

A) No cabe duda que las relaciones familiares actuales y, en especial, los complejos supuestos fácticos que se producen en relación con la guarda y custodia de los menores, hace aconsejable que se mantenga la tendencia jurisprudencial sobre responsabilidad civil iniciada en nuestro país por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2009, admitiendo la misma siempre que concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos.

B) Al margen de otras consideraciones, la condena a indemnizar los daños morales y materiales irrogados a uno de los progenitores y/o a los hijos comunes por el incumplimiento voluntario y culpable del régimen de guarda, comunicación y estancia por parte del otro progenitor, una vez determinado el que resulte aplicable en cada caso concreto, puede ser un acicate añadido a los específicamente previstos en el artículo 776.1^a, 2^a y 3^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el incumplidor desista de su actitud.

C) Esta medida, a su vez, redundará en beneficio del menor, dado que la falta de cumplimiento *in natura* también va en detrimento de su formación integral, al privarle injustificadamente del referente paterno o materno. En este sentido, nos remitimos a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con la guarda y custodia compartida, que considera el régimen “normal y deseable” precisamente porque permite que el menor pueda relacionarse con ambos progenitores en condiciones de igualdad (STS 257/2013).

VII. CONCLUSIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS SÉPTIMO Y OCTAVO

Unificamos también las conclusiones de los dos últimos artículos por estar ambos dedicados al estudio de la pensión compensatoria, aunque en planos totalmente diferenciados dado que mientras el primero aborda el estudio general de la institución, el capítulo octavo tiene por objeto fundamentalmente analizar la relación de la pensión compensatoria con la de viudedad.

A) La función de la pensión compensatoria, aplicable exclusivamente a la ruptura matrimonial, es reequilibrar la balanza cuando uno de los cónyuges ha resultado perjudicado por el rol asumido durante la convivencia.

B) Las variables que fundamentalmente se tienen en cuenta para fijar la pensión son la dedicación al cuidado de la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge.

C) A lo largo de la pasada centuria la compensación era necesaria en la mayoría de los casos a favor de la esposa, debido a la escasa incorporación de la mujer al mundo laboral.

D) En la actualidad, la institución ha perdido buena parte de su sentido, no solo por la equiparación de los roles masculino y femenino para la realización de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, sino sobre todo por la incorporación de ambos sexos al mundo laboral en condiciones de igualdad.

E) Desde esta óptica, la pensión o compensación debe manejarse con cautela para no fomentar la desidia laboral en sus beneficiarios, y sobre todo ponderar de forma conjunta todos los parámetros de contenido económico que necesariamente están presentes cuando se produce una ruptura con el fin de evitar que se produzca el efecto contrario al pretendido por esta figura jurídica.

F) La casuística relacionada con el derecho de familia evoluciona, si cabe, con mayor celeridad de la que se observa en otros ámbitos. Las unidades convivenciales que inspiraron la creación y regulación legal de la pensión compensatoria y el desequilibrio económico han variado de forma sustancial a lo largo de las casi cuatro décadas transcurridas desde su implementación en nuestro ordenamiento jurídico, y sin duda continuarán haciéndolo en el futuro. Por ello resulta conveniente, cuando no imprescindible, que los órganos judiciales tengan presente al aplicar las normas reguladoras del fenómeno familiar en su conjunto «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Realidad social actual que sin duda tiene su reflejo en la evolución de la jurisprudencia emanada del

Tribunal Supremo sobre la pensión compensatoria en sí misma considerada y también en relación con la pensión de viudedad, de la que es presupuesto o requisito *sine qua non*, cuya esencia hemos pretendido captar y trasladar a estas líneas.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

A) La conclusión capital que resulta del compendio de artículos que anteceden es, sin duda, el carácter inacabado de este trabajo, consecuencia ineludible de la permanente evolución de las instituciones analizadas. Aspirar siquiera a lo contrario sería, cuando menos, pretencioso, porque resulta evidente que la repercusión de la crisis de pareja en los diversos miembros de la familia entronca directamente con parámetros socio-políticos, culturales, religiosos, económicos, laborales y, en general, con todas aquellas variables que conforman la concreta sociedad en la que se desenvuelven las personas afectadas. Por consiguiente, la evolución natural, el simple devenir histórico de todas o algunas de las variables indicadas, mutarán irremediamente las instituciones que han sido objeto de estudio.

Como ya avanzamos anteriormente, si el mero transcurso del tiempo influye en el estudio de cualquier ciencia o disciplina, en el caso de las ciencias sociales y jurídicas la evolución se nos antoja en ocasiones un tanto vertiginosa. Por citar un ejemplo, en poco más de treinta años hemos pasado de una legislación en la que el divorcio brillaba por su ausencia a regular el matrimonio homosexual y admitir la separación matrimonial e incluso la extinción del vínculo matrimonial sin necesidad de que concurra causa alguna y con el único requisito general de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. La evolución también es notoria en materia de guarda y custodia, pasando de su atribución imperativa a la madre cuando los hijos eran menores de siete años a una consolidada doctrina jurisprudencial emanada de nuestro más Alto Tribunal que configura la guarda y custodia compartida como el régimen “normal e incluso deseable” sin tener en cuenta la edad del menor.

Queda abierta por tanto la presente línea de investigación para, en el futuro, llevar a cabo el necesario seguimiento de la institución familiar, analizando la evolución que con toda probabilidad van a experimentar las medidas reguladoras cuyo estudio hemos abordado en esta tesis, que únicamente puede representar un punto de partida para conocer la situación previa, el estado de la cuestión a lo largo de

las primeras cuatro décadas de vigencia de la ley del divorcio en España.

Ahora bien, nuestra aportación a ese proceso definitorio de la realidad actual no quiere ni debe limitarse al ser, a lo que resulta de la legislación y jurisprudencia vigente, sino que propugna una visión global de las medidas necesarias ante una ruptura matrimonial o de pareja, partiendo de la necesidad de interrelacionar cada una de ellas con las restantes y sopesar cuidadosamente el efecto final dimanante del conjunto en cada caso concreto. Piénsese que, todavía al día de hoy, un elevado porcentaje de asuntos se resuelven con la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a uno de los progenitores, generalmente la madre según datos estadísticos. Esa atribución, a su vez, conlleva la del uso de la vivienda y ajuar familiar junto con los menores, así como la administración de la pensión de alimentos que perciban éstos.

Como contrapartida, el otro progenitor resulta gravado con la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares y alimentos, el abono de una pensión compensatoria si procede y, por supuesto, sufragar los gastos derivados de su nueva residencia. Pues bien, si todas estas necesidades y obligaciones las traducimos a dinero, fácil es colegir que la situación no resulta en absoluto fácil de sobrellevar para la inmensa mayoría de los progenitores no custodios, lo que a su vez deriva en incumplimientos con relevancia penal por impago de pensiones, en ejecuciones hipotecarias, etc.

La situación es especialmente problemática en el caso de hijos de corta edad, porque a efectos prácticos las obligaciones se prolongan durante un largo período de tiempo incluso aunque se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales o el reparto de los bienes comunes, al permanecer incólume la atribución del uso judicialmente establecida.

Paralelamente, es lógico pensar que el progenitor custodio que disfruta del uso de la vivienda y ajuar familiares, administra la pensión de alimentos de los hijos y percibe regularmente su pensión compensatoria a cada vencimiento, no tendrá muchos incentivos para incorporarse al mercado laboral o, en su caso, regresar al mismo.

Parece natural que la situación descrita genere un sentimiento de injusticia, de desigualdad material y de empobrecimiento económico en el progenitor no custodio. Y efectivamente así se ha puesto de manifiesto, tanto en España como en otros países de nuestro entorno

socio cultural, generando amplias movilizaciones de la ciudadanía a través de todo tipo de medios de comunicación y redes sociales que aspiran a lograr un reparto más equitativo de los derechos y obligaciones post-ruptura.

Pero, bien mirado, no solo resulta perjudicado el progenitor que más obligaciones económicas ha de soportar hasta que la prole se independiza, ya que la situación repercute también negativamente en el progenitor custodio que durante años subsistió al amparo de las prestaciones económicas abonadas por el no custodio, porque al mantenerse al margen del mercado laboral y de las consiguientes cotizaciones sociales cuando llega el momento de la jubilación no reúne los requisitos necesarios para causar derecho a pensión contributiva.

La conclusión que se impone es que quizás el posicionamiento de esa parte de la sociedad española que demanda cambios sustanciales en relación con esta materia sea el más racional, porque el reparto equitativo de derechos y obligaciones entre ambos progenitores desde el mismo momento en que se produce la ruptura reportará beneficios a ambas partes y a la sociedad en general, bien que algunos de esos beneficios no se aprecien de inmediato.

B) El punto de partida de esta tesis fue el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental, documento que vio la luz en julio del año 2013 y que, aunque de entrada no satisfizo a ninguno de los sectores implicados, se convirtió en una firme expectativa para avanzar en la necesaria reforma de las medidas relacionadas con la ruptura en general y especialmente de la guarda y custodia. Téngase en cuenta que ya por aquel entonces varias Comunidades Autónomas habían plasmado en sus normas un régimen más acorde con el reconocimiento de iguales prerrogativas a los progenitores en relación con la prole, manifestada en el favorecimiento del régimen de guarda y custodia compartida y otras medidas relacionadas. El enfoque de la investigación se centró así en el análisis de la normativa vigente y su comparación con la proyectada reforma del Código Civil, examinando la evolución experimentada por la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo sobre las cuestiones analizadas a lo largo de las últimas décadas.

Agotado momentáneamente el campo de estudio relacionado con la guarda y custodia debido a que el citado Anteproyecto permanece varado y, por tanto, no hay novedades reseñables, el punto de mira de la investigación se situó en las novedades legislativas directa o

indirectamente relacionadas con las medidas derivadas de la ruptura matrimonial o de pareja.

La primera de las normas analizadas fue la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Entre las muchas novedades que introdujo esta norma, profusamente explicadas en su Preámbulo, se suprime por completo el Libro III del Código Penal en el cual se tipificaban hasta entonces los ilícitos penales de menor entidad, denominados faltas. El capítulo cuarto de la tesis aborda exclusivamente la repercusión que esa despenalización ha tenido en los incumplimientos leves de los pronunciamientos judiciales sobre guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores.

La consecuencia de la despenalización de las faltas contra las relaciones familiares era más que previsible y se concreta en un inevitable retraso de la respuesta judicial ante el incumplimiento del régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores, en detrimento del derecho a la vida familiar que garantiza nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, en los casos de “mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente” a los que se refiere el preámbulo de la norma, la despenalización conlleva como única respuesta una resolución judicial de ámbito civil carente del reproche y posibles consecuencias perniciosas derivadas de la aplicación de la ley penal. Pero es que además el resultado obtenido hasta el momento no ha sido otro que trasladar el mismo número de asuntos de la oficina penal a la civil, puesto que con carácter general corresponde resolverlos a los propios Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (también denominados Juzgados Mixtos). La carga judicial, por tanto, no varía. Lo que sí cambia es la percepción del hipotético incumplidor acerca de las consecuencias que tendrá su acción, dado que anteriormente podía ser sometido a una condena penal en un breve espacio de tiempo (a veces horas, dependiendo del día de la semana en que se infringiera la resolución sobre guarda, comunicación y estancia), mientras que en la actualidad generalmente transcurren cuando menos varios meses desde que se insta la ejecución judicial de una sentencia de nulidad, separación o divorcio hasta que se celebra la vista civil y se dicta una nueva resolución judicial que, obviamente, sigue sin tener garantía de ejecución en vía penal.

En definitiva, la despenalización favorece la desidia en el cumplimiento de la resolución judicial en una materia que resulta, como mínimo, tan

fundamental para el justiciable como las cláusulas sobre condiciones generales de la contratación insertas en un contrato de adhesión, por citar un ejemplo. Y sin embargo, en esta materia ya se han implementado desde las instituciones de la Unión Europea medidas para la protección de los consumidores y usuarios que se ven afectados, ordenando la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión sin posibilidad de moderación por los tribunales, castigando así su utilización y consiguiendo un efecto preventivo que sin duda sería muy útil en el ámbito de los incumplimientos de resoluciones sobre guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores. Solución que, con la conveniente modulación, podría resultar útil para restablecer el equilibrio entre progenitores, al menos en los casos de incumplimientos reiterados.

También en el año 2015 vio la luz la segunda reforma analizada, que se llevó cabo a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Esta norma, cuya aprobación se encontraba pendiente desde la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, introduce un Capítulo IV Bis en el Libro IV de la Ley Adjetiva con el descriptivo título “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”. El estudio de esta materia la abordamos en el capítulo quinto de la tesis, por considerarla de excepcional importancia y creciente actualidad en atención al incremento del factor internacional en las relaciones personales y paterno-filiales. A modo de resumen, la reforma saca esta materia de la jurisdicción voluntaria porque, como se expone en el Preámbulo de la Ley 15/2015, “...se trata de procesos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria”.

La modificación se orienta a “asegurar una mejor protección del menor y sus derechos” y establece un proceso especial que regula en todos sus trámites, bien en el nuevo capítulo o por remisión a otros artículos de la Ley Procesal Civil. El apartado 1 del artículo 778 quater comienza por delimitar los supuestos en los que resulta de aplicación el nuevo procedimiento, que se contrae a los supuestos en los que se pretenda la restitución o retorno de un menor por haber sido objeto de un traslado o retención ilícitos siempre que, además, resulte de aplicación un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea.

A pesar de su ubicación en la Ley Adjetiva, entendemos que la materia no afecta únicamente al régimen procedimental, puesto que ante la petición de restitución o retorno de un menor el juez nacional habrá

de examinar el derecho sustantivo aplicable al caso concreto y, en caso de que exista, la resolución sobre guarda, comunicación y estancia que debe prevalecer a estos efectos. Y ello con el único objetivo de poder pronunciarse sobre si el traslado o retención ha sido o no ilícito a efectos de ordenar en su caso la restitución o iniciar los trámites oportunos para solicitar el retorno.

Finalizamos aquí estas conclusiones y, con ellas, nuestra humilde aportación al estudio de las medidas derivadas de la ruptura matrimonial o de pareja.

España, octubre de 2017.

BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRRASCO, L. “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI no 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”, *InDret* 1/2008.

ALBALADEJO, M. *Derecho civil. Introducción y parte general*. Bosch, Barcelona, 1991.

ÁLVAREZ LÓPEZ, C. “Más sobre la custodia compartida”. *El Derecho Editores. Base de Datos de Bibliografía*. 31/10/2010.

ÁLVAREZ VIGARAY, R. “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, núm. 1, pp. 81-116. 2008. 1966.

ARIZAMENA SIERRA, J., «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8 de la Constitución», en *Actualidad Civil*, 1988.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. “Artículo 172”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 307-310. 2009.

BARRIENTOS ZAMORANO, M. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca. 2007.

BELLO JANEIRO, D. (ed.), *A familia substitutoria*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1995.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J. *La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia*, RDP, 1965, 819

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Derecho Civil Foral», en *Aranzadi Civil*, n.º 18, 2001, págs. 1 y ss.

BONET NAVARRO, A. *Los recursos en el proceso civil*. La Ley, Madrid, 2000.

BUSTO LAGO, J. M. “Capítulo XXVIII: La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. III, pp. 873-1093. 2008.

CALAZA LÓPEZ, M.S “*El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores (1)*”, en Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 8564, 2015.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. *Ideas para un nuevo derecho de familia en España*, RDP, 1974, 799.

CAPILLA RONCERO, F. «*El Código Civil y el Estado de las Autonomías: la supletoriedad del Código Civil*», en la obra colectiva *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, coordinado por B. Moreno Quesada, editorial Tecnos, Madrid, 1989.

CARRASCO PERERA, A. “El precio de la infidelidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 666/2005 (Tribuna), (BIB 2005\806), p. 1.

DE CASTRO Y BRAVO, F. “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 12, núm. 4, pp. 1237-1276. 1959.

CHINCHILLA MARÍN, *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ar.C, 1995, nº 6, 9.

CICU, A. *El Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1947.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley sobre Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental”. Septiembre de 2013.

CORDÓN MORENO, F. y otros. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi, Navarra, 2001.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V, MORENO CATENA, V. *Introducción al Derecho Procesal y Derecho Procesal Civil (Parte general y especial)*. Colex, Madrid, 2000.

CRESPO GARRIDO, M.^a y MORETÓN SANZ, M.^a F. *Conciliación de trabajo y familia; las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*. Editorial Colex, Madrid, 2010.

DÍEZ-PICAZO, L. *El negocio jurídico de Derecho de Familia*, RGLJ, 1962, 171

DÍEZ-PICAZO, L. *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

DÍEZ-PICAZO, L, «*Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil*», en la obra colectiva *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, coordinado por B. Moreno Quesada, editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs. 13 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra). 2008.

DURÁN RIVACORBA, R. *Derecho Interregional*, editorial Dykinson, Madrid, 1996; Elizalde y de Aymerich, Pedro de, «*El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía*», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 37, 1984, n.º 2, págs. 389-436.

FARNÓS AMORÓS, E. *Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN 1698-739X, N.º. 4, 2007.

FARNÓS AMORÓS, E. *El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004*, InDret 2/2005 pp. 1-12.

FARNÓS AMORÓS, E. *El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7ª, 2.11.2004*, InDret 2/2005.

FARNÓS AMORÓS, E. *Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 16.1.2007*, InDret 4/2007.

FAYOS GARDÓ, A. *Daños morales en las relaciones familiares, derecho de familia o de la responsabilidad civil: una perspectiva española y norteamericana*. *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, N.º 14, 2011.

FERRER RIBA, J. “*Relaciones familiares y límites del derecho de daños*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II (Derecho Civil. Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid. Versión preliminar publicada en *InDret* 4/2001, pp. 1-21. 2003.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 6/2015.

FORCADA MIRANDA, F.J. *El nuevo Proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II)*. BITÁCORA MILLENNIUM DIPr. Revista número 3.

FOSAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de Familia*, Madrid, 1985.

FOSAR BENLLOCH, E. *Derecho de familia y política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las perspectivas de la familia y del Derecho de familia en la Europa del año 2000*, AC, 1987, 2917.

GARCÍA CANTERO, G. *El Derecho de Familia en el Centenario del Código civil*, Zaragoza, 1992.

GARCÍA SERRANO, F. de A. *El daño moral extracontractual*, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, núm. 3, pp. 799-851. 1972.

GARRIDO DE PALMA, V. *Derecho de familia*, Madrid, 1993.

GÓMEZ POMAR, F. "Daño Moral", *InDret 1/2000*.

GÓMEZ POMAR, F. "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas", *InDret 4/2002*.

GÓMEZ POMAR, F. "Hacer pagar al mensajero. Comentario a la STS, 1ª, 28.1.2002", *InDret 1/2003*.

GÓMEZ POMAR, F. "Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral", *InDret 3/2003*.

GÓMEZ POMAR, F. "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret 3/2007*.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra). 2006.

GÓMEZ POMAR, F. "El coste de educar: expulsar a un alumno no es gratis. Comentario a la STS, 1ª, 9.12.2003", *InDret 2/2004*, pp. 1-13.

GÓMEZ POMAR, F. “Daño moral”. *InDret* 1/2000, pp. 1-14.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M. *La familia, el Derecho y la libertad*, Córdoba, 1987.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. “Comentarios parciales al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio”. *El Derecho Editores. Revista de Derecho de Familia El Derecho*, nº 13. 01/11/2013.

HARPER, F. V.; JAMES, F. JR.; GRAY, O. S. *Harper, James and Gray on Torts*, 3rd ed., Aspen, NY, Vol. 2. 2006.

HERRING, J. *Family Law*, 2nd ed. Pearson-Longman, Essex. 2004.

JIMÉNEZ BIDÓN, P. M.: *Procedimientos para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*. 01/09/2015.

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10447-procedimientos-para-la-adopcion-de-medidas-relativas-a-la-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional/>.

KAPLOW, L. y SHAVELL, S. “Accuracy in the Assessment of Damages”, 39 *Journal of Law and Economics*, pp. 191-210. 1996.

KRAUSE, H. D.; MEYER, D. D. *Family Law in a Nutshell*, 4th ed., Thomson-West, St. Paul-MN. 2003.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La diversidad de las legislaciones civiles en España*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

LAMARCA I MARQUÈS, A. *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Barcelona. 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, C. «Comentario al artículo 149.1.8», en Oscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1988; Puig i Ferrol, L., «El denominado problema foral desde la perspectiva de un centenario», en la obra colectiva *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1617-1636.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI (jornadas internacionales...)*, UNED- El Derecho, Madrid, 2006

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil. Tomo 6. Derecho de Familia*. Marcial Pons, Madrid, 2013, 12.^a ed.

LLAMAS POMBO, E. "Editorial: Responsabilidad, infidelidad y paternidad", *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 25, marzo 2005, pp. 3-4. En el apartado Tribuna del mismo número de la revista se ofrece un resumen comentado de la SAP Valencia, Sec. 7^a, de 2.11.2004: "Indemnización a favor de quien descubre que tres de los cuatro hijos nacidos durante su matrimonio eran fruto de una relación extraconyugal de su esposa", pp. 25-34.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. MARÍN GARCÍA, I. *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo*. InDret. Barcelona, abril 2010.

LORCA NAVARRETE, A.M. "Tratado de Derecho Procesal Civil". *Parte general. El nuevo proceso civil*. Dickinson, Madrid, 2000.

LUNA YERGA, A., RAMOS GONZÁLEZ, S. y FARNÓS AMORÓS, E. "Publicación de fotografías falsas. Suplantación de la imagen de una conocida modelo. Comentario a la STS, 1^a, 25.11.2002", *InDret* 2/2003, pp. 1-5.

LUNA YERGA, A., RAMOS GONZÁLEZ, S. y MARÍN GARCÍA, I. "Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación y por prisión indebida", *InDret* 3/2006

MACÍA MORILLO, A. *Los problemas planteados por las acciones de procreación irresponsable; desde el punto de vista de la responsabilidad civil del Derecho de Familia. Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005) / coord. por Fátima Yáñez Vivero, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz; Carlos Lasarte Alvarez (dir. congr.)*, 2006, ISBN 84-609-6801-4, págs. 609-616

MAGRO SERVET, V. "Custodia compartida. Respuesta de los tribunales". *El Derecho*

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. “¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 15/2004, Aranzadi (BIB 2004\1732), Pamplona, pp. 1-23.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. “VI. Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Coord.) *et al.* (2006), *Daños en el Derecho de familia*, Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 147-177.

MARTÍN BRAÑAS, C. *El recurso de casación civil por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales*. McGraw-Hill, Madrid, 1997 Editores. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2, pág. 5. 01/10/2011.

MARTÍN-CASALS, M. “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 1231-1274. 1990.

MARTÍN-CASALS, M. RIBOT, J. y SOLÉ FELIU, J. “Children as Victims under Spanish Law”, en Miquel MARTÍN-CASALS (ed.), *Children in Tort Law. Part II: Children as Victims*, Tort and Insurance Law, vol. 18, Springer, Viena, pp. 225-250. 2007.

MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. “El daño moral”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Majadahonda (Madrid), pp. 857-882. 2003.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. *Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia / coord. por Carlos Lasarte Alvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero*, 2004, ISBN 84-609-3858-1

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. “Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas”, en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 179-201. 2006.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid, 1996

MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *La familia en la Constitución española*, RDP, 1981, 963

MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid. 2002.

MIRALLES GONZÁLEZ, I. *La familia: entre autonomía y soberanía*, RJC 1996, 71.

MONTERO AROCA, J; FLORS MATÍES, J; ARENAS GARCÍA, R. "Separación y Divorcio tras la Ley 15/2005" *Tirant lo Blanch, Valencia 2006*.

MORENO VELASCO, V. "Acercamiento a las medidas judiciales ante el síndrome de alienación parental". *El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2482, pág. 1. 03/12/2007.

NIETO ALONSO, A. "El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida", en Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson. Accesible también a través de: vLex, 2007, pp. 1-40. 2006.

NIEVA FENOLL, J. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Bosch, Barcelona, 1998.

NOVALES ALQUÉZAR, M. A. *Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges*. Revista jurídica del notariado, ISSN 1132-0044, N° 60, 2006, págs. 197-218.

PANTALEÓN PRIETO, F. "Comentario al artículo 1902 CC", en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1971-2003. 1991.

PÉREZ CÁNOVAS, N. *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, 1996

PÉREZ MARTÍN, A.J. *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, número 115. El Derecho Editores. 1 de septiembre de 2011.

PÉREZ VEGA, A. “La guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad y la violencia de género”. *El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2206, pág. 1. 12/12/2005.

PERLINGIERI, *La familia en el sistema constitucional español*, RDP, 1988, 107 y ss.

POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*, 7a ed., Aspen, Nueva York. 2007.

PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J. M. “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida”. *El Derecho Editores. Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, nº 110. 01/01/2011.

DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, M. “Cambio de guarda y custodia. El síndrome de alienación parental. Aspectos prácticos”. *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, jurisprudencia, legislación*. Pág. 310. 01/01/2005.

RIPOL CARULLA, S. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona. 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona. 1996.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés superior del menor*, Dykinson, Madrid. 2000.

ROCA Y TRÍAS, E. *Constitutiò i familia*, RJC 1984, 287

ROCA Y TRÍAS, E. *Familia, familias y Derecho de Familia*, ADC, 1990, 1055.

ROCA Y TRÍAS, E. *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid. 1999.

ROCA Y TRIAS, E. “La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid. 2000.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 10, pp. 65-93. 2003.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra). 2009.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. *Familia y responsabilidad civil*. Escritos Jurídicos TFW 2/2013. Área de Derecho de The Family Watch.

ROIG DAVISON, M. A. "Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos. Comentario al AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005 (MP: Ruperto Molina Vázquez)", *InDret* 2/2006.

ROMERO COLOMA, A. M. *El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción*. Diario La Ley, ISSN 1138-9907, Nº 7646, 2011

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *La privación de la patria potestad*, Atelier, Barcelona. 2006.

SALVADOR CODERCH, P. "Punitive Damages", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, pp. 139-152. 2000.

SALVADOR CODERCH, P. "Causalidad y responsabilidad", 2ª ed., *InDret* 3/2002

SALVADOR CODERCH, P. "El Derecho Español de Daños en 2005: Características Diferenciales", *Global Jurist Topics*, vol. 6, núm. 1. 2006.

SALVADOR CODERCH, P.; Juan Antonio RUIZ GARCÍA, J. A. "Comentari a l'art. 1 del Codi de Família", en Joan EGEA FERNÁNDEZ; Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*. Tecnos, Madrid 2000.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. «Competencia de los parlamentos autonómicos en la elaboración del Derecho Ci-vil. Estudio del artículo 149.1.8.ª de la Constitución», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, 1986, n.º 4, págs. 1121-1168. SILGUERO ESTAGNAN, J. *El control de los hechos por el Tribunal Supremo*. Dickinson, Madrid, 1997.

SANZ MARTÍN. *La familia, su naturaleza y finalidad*, AC 1996, 415 y ss.

SESTA, M. *Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana. La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. VLEX-481903050, enero 2012.

Steven SHAVELL, S. "Liability for Accidents", en A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics*, vol. 1, Elsevier, Amsterdam, pp. 139-182. 2007.

SILGUERO ESTAGNAN, J. *El control de los hechos por el Tribunal Supremo*. Dykinson, Madrid, 1997.

TAMAYO HAYA, S. "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del derecho civil en materia matrimonial". *Texto de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia. Año 2005*.

TOVAR MORAIS, A. *El recurso de casación civil y el contencioso-administrativo*. Aranzadi, Pamplona, 1993.

VALLÉS AMORES, M. L. "La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 1251-1264. 2007

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Dijusa, Madrid, 2000.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales", *La Ley* 21.3.2007, nº 6676 Dan B. DOBBS (2007), *The Law of Torts* (Pocket Part), Vol. 1, Thomson-West, St. Paul, MN.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. *The Law of Torts* (Practitioner Treatise Series), Vol. 1, West Group, St. Paul, MN. 2001.

VELASCO, V. "Acercamiento a las medidas judiciales ante el síndrome de alienación parental". *El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2482, pág. 1. 03/12/2007.

VICENTE CHAMORRO, J. *Del recurso de casación en materia civil*. Aranzadi, Pamplona, 1991.

VICENTE DOMINGO, E. “Capítulo III: El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, pp. 301-443. Christian VON BAR (2000), *The Common European Law of Torts*, vol. II, Clarendon Press, Oxford. 2008.

VIVAS TESÓN, I. *La responsabilidad Aquiliana por daños endofamiliares. Comentario a la STS de 14 de julio de 2010 (JUR 2010\326836)*.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- **Sentencias:**
 - 25 de enero 2000, Ignaccolo-Zenide contra Rumanía.
 - 22 de septiembre 2009, Stochlak contra Polonia.
 - 1 de diciembre 2009, Eberhard y M contra Eslovenia.
 - 22 de diciembre 2009, Tapia Gasca y D. contra España.
 - 13 de abril 2010, Krivošej contra Serbia.
 - 13 de julio 2010, Fușcă contra Rumania.
 - 21 de septiembre 2010, Mijušković contra Montenegro.
 - 24 de mayo 2011, Saleck Bardi contra España.
 - 26 de julio de 2011, Shaw contra Hungría.
 - 27 de octubre 2011, Bergmann contra Chequia.
 - 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria.
 - 2013, Fernández Cabanillas contra España.
 - 2015, Manuello y Nevi contra Italia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **Sentencias:**
 - 141/2000, de 29 de mayo.
 - 185/2012, de 17 de octubre.
 - 196/2013, de 2 de diciembre 2013.

TIBUNAL SUPREMO

Sentencias de la Sala Primera:

- 795/1987 (2 de diciembre 1987).
- 318/1991 (30 de abril 1991).

- 144/1992 (17 de febrero 1992).
- 902/1992 (14 de octubre 1992).
- 923/1992 (19 de octubre 1992).
- 779/1993 (21 de julio 1993).
- 100/1999 (30 de julio 1999).
- 8/2001 (22 de junio 2001).
- 720/2002 (9 de julio 2002).
- 749/2002 (16 de julio 2002).
- 1615/2003 (1 de diciembre 2003).
- 773/2005 (10 de febrero 2005).
- 307/2005 (28 de abril 2005).
- 199/2008 (12 de marzo 2008)
- 917/2008 (3 de octubre 2008).
- 512/09 (30 de junio 2009).
- 1095/2009, (6 de noviembre 2009).
- 327/2010 (19 de enero 2010).
- 292/2010 (9 de febrero 2010).
- 366/2010 (15 de junio 2010).
- 1066/2010 (21 de enero 2011).
- 713/2011 (1 de marzo 2011).
- 188/2011 (28 de marzo 2011).
- 434/2011 (22 de junio 2011).
- 508/2011 (27 de junio 2011).
- 578/2011 (21 de julio 2011).
- 579/2011 (22 de julio 2011).
- 659/2011 (3 de octubre 2011).
- 720/2011 (19 de octubre 2011).
- 726/2011 (27 de octubre 2011).
- 825/2011 (23 de noviembre 2011).
- 856/2011 (24 de noviembre 2011).
- 857/2011 (25 de noviembre 2011).
- 628/2012 (10 de enero 2012).
- 1/2012 (23 de enero 2012).
- 154/2012 (9 de marzo 2012).
- 233/2012 (20 de abril 2012).
- 279/2012 (8 de mayo 2012).
- 622/2012 (23 de octubre 2012).
- 710/2012 (16 de noviembre 2012).
- 749/2012 (4 diciembre 2012).
- 799/2012 (20 de diciembre 2012).
- 823/2012 (31 enero 2013).
- 257/2013 (29 de abril 2013).

- 355/2013 (17 de mayo 2013).
 - 370/2013 (7 de junio 2013).
 - 446/2013 (20 de junio 2013).
 - 495/2013 (19 de julio 2013).
 - 641/2013 (24 de octubre 2013).
 - 758/2013 (19 de noviembre 2013).
 - 757/2013 (29 de noviembre 2013).
 - 761/2013 (12 de diciembre 2013).
 - 762/2012 (17 diciembre 2013).
 - 494/2014 (17 de febrero 2014).
 - 851/2014 (20 de febrero 2014).
 - 655/2014 (21 de febrero 2014).
 - 852/2014 (17 de marzo 2014).
 - 106/2014 (18 de marzo 2014).
 - 134/2014 (25 de marzo 2014).
 - 178/2014 (26 de marzo 2014).
 - 580/2014 (21 de julio 2014).
 - 96/2015 (16 de febrero 2015).
-
- **Autos de la Sala Primera:**
- ROJ: ATS 32/2001 (12 de febrero 2001).
 - ROJ: ATS 108/2001 (29 de mayo 2001).
 - ROJ: ATS 122/2001 (12 de junio 2001).
 - ROJ: ATS 2244/2001 (3 de julio 2001).
 - ROJ: ATS 146/2001 (10 de julio 2001).
 - ROJ: ATS 152/2001 (31 de julio 2001).
 - ROJ: ATS 164/2001 (18 de septiembre 2001).
 - ROJ: ATS 2556/2001 (25 de septiembre 2001).
 - ROJ: ATS 3448/2001 (2 de octubre 2001).
 - ROJ: ATS 2836/2001 (16 de octubre 2001).
 - ROJ: ATS 202/2001 (26 de octubre 2001).
 - ROJ: ATS 2859/2001 (30 de octubre 2001).
 - ROJ: ATS 223/2001 (6 de noviembre 2001).
 - ROJ: ATS 2288/2001 (13 de noviembre 2001).
 - ROJ: ATS 232/2001 (20 de noviembre 2001).
 - ROJ: ATS 239/2001 (27 de noviembre 2001).
 - ROJ: ATS 2553/2001 (4 de diciembre 2001).
 - ROJ: ATS 2842/2001 (11 de diciembre 2001).
 - ROJ: ATS 272/2001 (18 de diciembre 2001).
 - ROJ: ATS 277/2001 (28 de diciembre 2001).
 - ROJ: ATS 720/2002 (9 de julio 2002).

- ROJ: ATS 543/2003 (21 de enero 2003).
- **Sentencias de la Sala Cuarta:**
- ROJ: STS 978/2014 (29 de enero 2014)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- **Sentencias:**
- Álava, 25 de marzo 1999.
- Albacete, 29 de junio 2004.
- Asturias, 30 de junio 2005.
- Asturias, Sección 5ª, 18 de mayo 2012.
- Barcelona, Sección 18ª, 16 de enero 2007.
- Barcelona, Sección 18ª, 7 de febrero 2008.
- Barcelona, 27 de abril 2005.
- Barcelona, Sección 7ª, 50172011, 5 de julio 2011.
- Cádiz, 12 de noviembre 2003.
- Cádiz, 4 de diciembre 2006
- Cádiz, 3 de abril 2008.
- Ciudad Real, Sección 2ª, 29 de febrero 2012.
- Girona, Sección 1ª, 28 de enero 2011.
- Granada, 29 de mayo 2009.
- Islas Baleares, Sección 4ª, 3 de junio 2010.
- Jaén, Sección 1ª, 182/2012, 17 de julio 2012.
- Las Palmas, 25 de abril 2002.
- Las Palmas, 29 octubre 2002.
- León, Sección 2ª, 2 de enero 2007.
- Madrid, 16 de enero 2003.
- Madrid, 12 mayo 2006.
- Madrid, Sección 23ª, 149/2008, 27 de febrero 2008.
- Madrid, 12 marzo 2008.
- Madrid, Sección 12ª, 26 de marzo 2015.
- Murcia, 08 de marzo 2004.
- Murcia, 18 de noviembre 2009.
- Murcia, Sec. 4ª, nº 112/2011, de 10 de junio 2011.
- Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, 1/2015, 7 de enero 2015.
- Valencia, 27 de mayo 2004.
- Valencia, 2 de noviembre 2004.
- Valencia, Sección 11ª, 20 de febrero 2006.

- Valencia, 5 de septiembre 2007.
- Valladolid, 10 de septiembre 1996.
- Vizcaya, Sección 2ª, 135/2006, 20 de febrero 2006.

- **Autos:**

- Las Palmas, 30 de marzo 2006.
- Las Palmas, 20 de diciembre 2011.
- Madrid, Auto 31 de marzo 2008.
- Tarragona, Sección 4ª, 369/2012, 26 de julio 2012.
- Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 175/2006, 18 de septiembre 2006.

JUZGADOS:

- Juzgado de lo Penal número 2 Jaén, Sentencia 212/2012, 26 de abril 2012.

PÁGINAS WEB CITADAS

<https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=es&action=home>

https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287-es.do

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/192/signatures>

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150911.aspx#RelacionesPersonalesMenor>

http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explcativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf

<https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=es&action=home>

www.injuve.es

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10447-procedimientos-para-la-adopcion-de-medidas-relativas-a-la-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional/>

ANEXOS

I. ESTADÍSTICA DE NULIDADES, SEPARACIONES Y DIVORCIOS (SELECCIÓN)

FUENTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.

Año 2015

En 2015 hubo 96.562 divorcios, un 4,2% menos que en el año anterior.

La custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 24,6% de los casos de divorcio.

Durante el año 2015 se produjeron un total de 101.357 casos de nulidad, separación y divorcio, lo que supuso una tasa de 2,2 por cada 1.000 habitantes.

El total de casos en 2015 experimentó un descenso del 4,3% respecto al año anterior. El número de divorcios disminuyó un 4,2% y el de separaciones un 7,6%, mientras que el de nulidades aumentó un 27,4%.

Por tipo de proceso, se produjeron 96.562 divorcios, 4.652 separaciones y 144 nulidades. Los divorcios representaron el 95,3% del total, las separaciones el 4,6% y las nulidades el 0,1% restante.

Divorcios y separaciones según clase

El 75,9% de los divorcios en el año 2015 fueron de mutuo acuerdo, mientras que el 24,1% restante fueron contenciosos. En el caso de las separaciones, el 86,3% lo fueron de mutuo acuerdo y el 13,7% contenciosas.

Duración de los matrimonios

La duración media de los matrimonios hasta la fecha de la resolución¹ fue de 16,2 años, cifra superior a la de 2014.

Los matrimonios disueltos por divorcio tuvieron una duración media de 16,0 años, mientras que la de los matrimonios separados fue de 22,4 años. Por su parte, el tiempo medio transcurrido entre el matrimonio y la declaración de nulidad fue de 7,0 años.

El 31,7% de los divorcios se produjeron después de 20 años de matrimonio o más, y el 22,7% entre cinco y 9 años.

En el caso de las separaciones, el 52,7% de los matrimonios tuvo una duración de 20 o más años, y el 14,7% entre 10 y 14 años.

Duración de los procedimientos

El 75,3% de los divorcios en 2015 se resolvió en menos de seis meses (frente al 76,5% en 2014). Por su parte, en el 7,7% de los casos la duración fue de un año o más (7,5% en 2014).

El 85,3% de las separaciones se resolvieron en menos de seis meses (frente al 86,2% en 2014), mientras que el 3,8% tardó un año o más (3,4% en 2014).

La duración media de los procedimientos fue de 4,6 meses, ligeramente superior a la del año 2014, que fue de 4,4 meses. En las separaciones la duración media (3,4 meses) fue menor que en los divorcios (4,6 meses).

Atendiendo a la tipología de los procedimientos de divorcios y separaciones, se observa que la duración media de los de mutuo acuerdo fue de 3,0 meses, mientras que la de los contenciosos alcanzó los 9,7 meses.

El 68,7% de los procedimientos de mutuo acuerdo se resolvió en menos de tres meses y el 20,8% en un tiempo de tres a cinco meses.

Por su parte, el 44,4% de los procedimientos contenciosos se resolvió en un tiempo de entre seis y 11 meses, y un 24,0% en 12 o más meses.

Número de hijos, pensiones y custodia

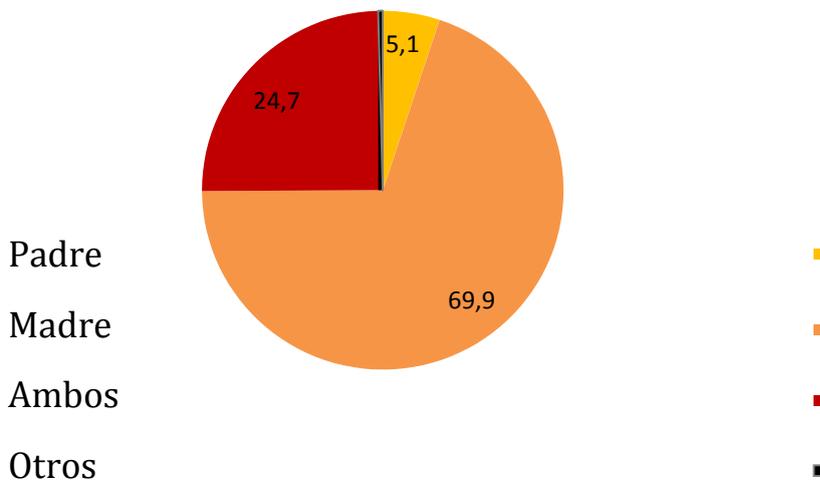
El 42,9% de los matrimonios correspondientes a las resoluciones de separación o divorcio no tenían hijos (menores o mayores dependientes). Este porcentaje fue similar al del año anterior.

El 47,1% tenían solo hijos menores de edad, el 4,6% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 5,4% hijos menores de edad y mayores dependientes. El 26,6% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente).

En el 57,5% de los casos (cónyuges de diferente sexo) se asignó una pensión alimenticia, cifra similar a la del año anterior (57,8%). En el 75,9% el pago de la pensión alimenticia correspondió al padre (78,3% en 2014), en el 4,5% a la madre (4,6% en el año anterior) y en el 19,6% a ambos cónyuges (17,1% en 2014).

La custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 69,9% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (73,1%). En el 5,1% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5,3% de 2014), en el 24,7% fue compartida (21,2% del año anterior) y en el 0,4% se otorgó a otras instituciones o familiares.

Separaciones y divorcios (cónyuges de diferente sexo) según quien ejerce la custodia (%). Año 2015



En el 10,3% de las separaciones y divorcios se fijó una pensión compensatoria. En el 92,3% de ellas el pago de esta fue asignado al esposo.

En lo que concierne a la presentación de la demanda, en el 57,8% de los casos ésta fue presentada por ambos cónyuges, en el 26,6% por la esposa y en el 15,5% por el esposo.

¹ El tipo de resolución puede ser por sentencia, decreto, o escritura pública, que son emitidos, respectivamente, por jueces, letrados de la administración de justicia, o notarios.

Año 2016

En 2016 hubo 96.824 divorcios, un 0,3% más que en el año anterior.

La custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 28,3% de los casos de divorcio y separación.

Durante el año 2015 se produjeron un total de 101.294 casos de nulidad, separación y divorcio, lo que supuso una tasa de 2,2 por cada 1.000 habitantes.

El total de casos en 2016 experimentó un descenso del 0,1% respecto al año anterior. El número de divorcios aumentó un 0,3%, mientras que el de separaciones disminuyó un 6,4% y el de nulidades un 18,8%.

Por tipo de proceso, se produjeron 96.824 divorcios, 4.353 separaciones y 117 nulidades. Los divorcios representaron el 95,6% del total, las separaciones el 4,3% y las nulidades el 0,1% restante.

Divorcios y separaciones según clase

El 76,6% de los divorcios en el año 2016 fueron de mutuo acuerdo, mientras que el 23,4% restante fueron contenciosos. En el caso de las separaciones, el 85,1% lo fueron de mutuo acuerdo y el 14,9% contenciosas.

Duración de los matrimonios

La duración media de los matrimonios hasta la fecha de la resolución¹ fue de 16,3 años, cifra superior a la de 2015.

Los matrimonios disueltos por divorcio tuvieron una duración media de 16,1 años, mientras que la de los matrimonios separados fue de 21,6 años. Por su parte, el tiempo medio transcurrido entre el matrimonio y la declaración de nulidad fue de 7,7 años.

El 31,6% de los divorcios se produjeron después de 20 años de matrimonio o más, y el 22,2% entre cinco y nueve años.

¹ El tipo de resolución puede ser por sentencia, decreto, o escritura pública, que son emitidos, respectivamente, por jueces, letrados de la administración de justicia, o notarios.

En el caso de las separaciones, el 49,2% de los matrimonios tuvo una duración de 20 o más años, y el 14,8% entre 15 y 19 años.

Duración de los procedimientos

El 75,1% de los divorcios en 2016 se resolvió en menos de seis meses (frente al 75,3% en 2015). Por su parte, en el 8,1% de los casos la duración fue de un año o más (7,7% en 2015).

El 83,5% de las separaciones se resolvieron en menos de seis meses (frente al 85,3% en 2015), mientras que el 4,8% tardó un año o más (3,8% en 2015).

La duración media de los procedimientos fue de 4,7 meses, ligeramente superior a la del año 2015, que fue de 4,6 meses. En las separaciones la duración media (3,7 meses) fue menor que en los divorcios (4,7 meses).

Atendiendo a la tipología de los procedimientos de divorcios y separaciones, se observa que la duración media de los de mutuo acuerdo fue de 3,1 meses, mientras que la de los contenciosos alcanzó los 9,9 meses.

El 67,1% de los procedimientos de mutuo acuerdo se resolvió en menos de tres meses y el 21,7% en un tiempo de tres a cinco meses.

Por su parte, el 43,1% de los procedimientos contenciosos se resolvió en un tiempo de entre seis y 11 meses, y un 25,8% en 12 o más meses.

Número de hijos, pensiones y custodia

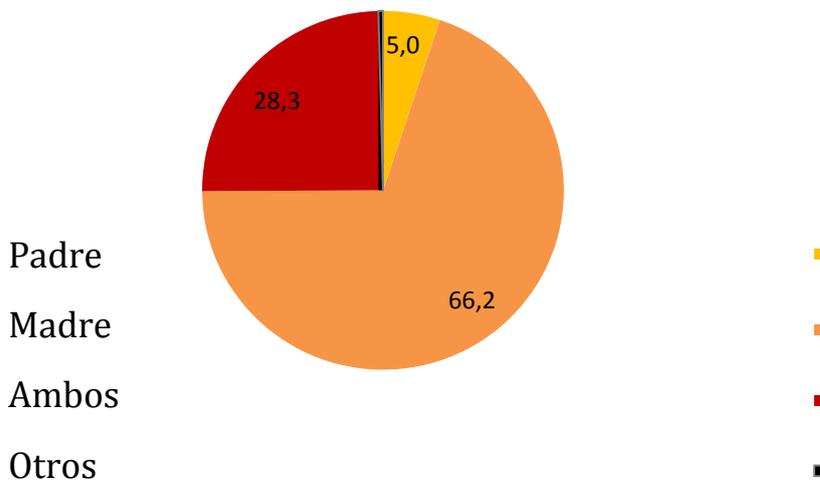
El 43,0% de los matrimonios correspondientes a las resoluciones de separación o divorcio no tenían hijos (menores o mayores dependientes). Este porcentaje fue similar al del año anterior.

El 47,2% tenían solo hijos menores de edad, el 4,6% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 5,2% hijos menores de edad y mayores dependientes. El 26,3% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente).

En el 57,6% de los casos (cónyuges de diferente sexo) se asignó una pensión alimenticia, cifra similar a la del año anterior (57,5%). En el 72,7% el pago de la pensión alimenticia correspondió al padre (75,9% en 2015), en el 4,8% a la madre (4,5% en el año anterior) y en el 22,5% a ambos cónyuges (19,6% en 2015).

La custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 66,2% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (69,9%). En el 5,0% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5,1% de 2015), en el 28,3% fue compartida (24,7% del año anterior) y en el 0,5% se otorgó a otras instituciones o familiares.

Separaciones y divorcios (cónyuges de diferente sexo) según quien ejerce la custodia (%). Año 2015



En el 9,4% de las separaciones y divorcios se fijó una pensión compensatoria. En el 91,4% de ellas el pago de esta fue asignado al esposo.

En lo que concierne a la presentación de la demanda, en el 64,6% de los casos ésta fue presentada por ambos cónyuges, en el 22,9% por la esposa y en el 12,6% por el esposo.

II. CIRCULAR 6/2015 SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (CONCLUSIONES)

1ª En los supuestos de sustracción internacional de menores, debe partirse de la presunción legal de que el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable.

Esta regla general admite derogaciones a través del sistema de excepciones a la restitución que los propios Convenios suscritos por España contienen. La apreciación de excepciones debe hacerse siguiendo pautas interpretativas restrictivas.

2ª Corresponde a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores.

El despacho de los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional (art. 778 sexies LEC) será competencia de los Fiscales encargados de los asuntos de familia, salvo que conforme a las potestades auto-organizativas de cada Fiscalía se acuerde otra regla de reparto.

3ª El Ministerio Fiscal tiene legitimación para plantear *per se* las excepciones al retorno contenidas en los artículos 13 y 20 CH80, para proponer prueba en orden a acreditar o descartar la concurrencia de los presupuestos de las excepciones a la restitución y para promover la adopción de medidas cautelares.

4ª Los Sres. Fiscales orientarán su actuación procesal hacia la dinamización del procedimiento, oponiéndose a cuantas prácticas puedan generar una lesión injustificada a la necesaria celeridad del procedimiento.

5ª Los Sres. Fiscales deberán oponerse a la práctica de pruebas que se orienten a decidir cuál de los progenitores debe ostentar la custodia de los menores afectados y habrán de recurrir las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento sobre retorno que supongan una decisión sobre el derecho de custodia.

6ª En el sistema del CH80 el derecho de custodia quebrantado por el traslado ilícito puede derivar de una resolución judicial o directamente de la aplicación del Derecho vigente en el Estado de residencia.

7ª Aunque el traslado de residencia se lleve a cabo por el progenitor al que se había atribuido la guarda y custodia, si conforme al Derecho del país de origen la facultad de decidir sobre la residencia del menor correspondía conjuntamente a ambos progenitores, a salvo la posible concurrencia de excepciones, procede acordar el retorno.

8ª Cuando España sea el país requerido, habrá de estarse al Derecho aplicable en el país de residencia para calibrar si el progenitor reclamante tenía el cuidado de la persona del menor o disponía de la facultad de decidir sobre su lugar de residencia.

9ª Entran dentro del radio protector del CH80 todas las modalidades del ejercicio del derecho de custodia de menores, pudiendo ser sus titulares tanto personas físicas como jurídicas.

10ª Deberán los Sres. Fiscales partir de que si el menor afectado cumple los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución.

11ª Las excepciones al retorno del menor han de ser objeto de una interpretación restrictiva.

12ª A efectos de evaluar la concurrencia de la excepción de integración, deberán los Sres. Fiscales entender que la reclamación determinante para el cómputo del año es la que se realiza ante las autoridades españolas.

13ª En ningún caso podrá prosperar la alegación de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio si aún no ha transcurrido ese plazo de un año.

14ª No puede a través de la excepción de concurrencia de grave riesgo, denegarse el retorno porque el menor se encuentre bien en España o porque sea dolorosa la separación del progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor o porque el retorno sea incómodo para el menor. Debe evitarse a toda costa que a través de la articulación de la excepción de grave riesgo se decida quién tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

15ª Es frecuente la alegación de grave riesgo de peligro psicológico en relación con menores de corta edad que siempre han vivido con el custodio/sustractor. En este punto debe recordarse que el daño

potencial no traerá causa en el retorno del menor, sino en una eventual negativa del custodio/sustractor a acompañarle. Ello debe llevar como regla general a oponerse a la aplicación de esta excepción ante estas alegaciones, pues de otro modo se permitiría que quien ha cometido un ilícito y quien tiene el dominio del hecho para evitar el daño se prevalega de tal situación.

16^a La opinión del menor como pauta para concretar su interés superior se torna absolutamente esencial, en función de dos criterios: su edad –a mayor edad más peso debe reconocerse a sus opiniones- y su grado de madurez, que modula la importancia de la edad. También es fundamental la argumentación con la que el menor justifica su elección. Debe en estas audiencias tenerse especial cuidado en plantearla de modo que no se haga recaer sobre el menor la carga de la decisión.

17^a El Fiscal no solo puede estar presente e interrogar al menor sino que debe, como regla general, asistir a la exploración del mismo.

18^a La audiencia al menor no debe tener lugar en la vista del juicio. Debe oírsele separadamente. Ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente.

Los Sres. Fiscales promoverán la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales.

19^a El nuevo procedimiento regulado en la LEC es aplicable cualquiera que sea el Convenio, de entre los suscritos por España, que se alegue como fundamento de la petición de restitución (Convenio de Luxemburgo, Convenio de La Haya, Convenio Bilateral con Marruecos y Reglamento Bruselas bis II).

20^a No será aplicable el procedimiento de la LEC cuando el Estado requirente no sea parte en ninguno de los Convenios.

21^a La omisión en la solicitud de alguno de los documentos exigidos por el Convenio en el procedimiento de restitución no debe llevar a la inadmisión sino a la concesión de un plazo de subsanación, conforme al principio *pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses subyacentes.

22^a El carácter preferente y urgente del procedimiento debe llevar a la improcedencia de la acumulación de este procedimiento a cualquier otro.

23^a Ante los cambios de domicilio de los demandados, los Sres. Fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento.

24^a A efectos de ponderar la pertinencia de promover la adopción de medidas cautelares deberá evaluarse si concurre riesgo de que tras la noticia de la incoación del procedimiento el demandado pueda decidir salir de España con el menor para marchar a un tercer país.

25^a El derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, reconocido en la CDN, aconseja que como regla general los Sres. Fiscales apoyen las medidas cautelares que se promuevan a fin de activar el derecho de visitas provisional, salvo que concurran en el caso concreto circunstancias que, a la luz del superior interés del menor, justifiquen el mantenimiento de la situación inicial.

26^a No debe exigirse la comparecencia personal del requirente al acto de la vista.

27^a Deben los Sres. Fiscales tener presente que sólo son admisibles pruebas para decidir sobre la ilicitud o no del traslado o retención, sobre la concurrencia de presupuestos fácticos de las excepciones y sobre las medidas a adoptar. Habrán de ser rechazadas las pruebas que traten de articularse para decidir sobre quien tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

28^a El Fiscal debe intervenir en el procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional previsto en el art. 778 sexies LEC.

29^a A la hora de dictaminar en los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional, los Sres. Fiscales habrán de partir del principio de que desde la perspectiva de nuestro Derecho, un traslado de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en los procedimientos de sustracción internacional de menores, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 17 de noviembre de 2015

LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO

III. ACUERDO SOBRE CRITERIOS DE ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Enumeración de las causas de inadmisión de los recursos:

Recurso de casación: *Son causas de inadmisión del recurso de casación o de alguno de sus motivos las siguientes:*

1. *La interposición de un recurso de casación contra la misma sentencia ante un TSJ (artículo 478.2 LEC).*

2. *La falta de legitimación de la parte recurrente para la interposición del recurso por no afectarle desfavorablemente la resolución que se recurre (artículo 483.2.1.ª LEC, en relación con el artículo 448.1 LEC).*

3. *La formulación del recurso con manifiesto abuso de derecho o cuando entrañe fraude de ley o procesal (artículo 11.2 LOPJ).*

4. *La concurrencia de defectos de forma (artículo 483.2.1.ª LEC, en relación con los preceptos que se indican en cada caso) no subsanables —o no subsanado en el caso que se indica— consistentes en:*

- *La falta de indicación de la modalidad del recurso de casación por razón de la cual se interpone o la indicación en un mismo recurso de dos o más modalidades (artículo 481.1 y 477.2 LEC).*

- *La falta de representación por procurador (artículo 23.1 LEC).*

- *La falta de asistencia de abogado (artículo 31.1 LEC).*

- *La interposición del recurso fuera de plazo -20 días desde el siguiente a la notificación de la sentencia- (artículo 479.1 LEC).*

- *La falta de constitución del depósito para recurrir o de la debida subsanación de tal omisión (DA 15.ª LOPJ).*

- *La falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en el artículo 449 LEC.*

- *La falta de aportación de la certificación de la sentencia impugnada (artículo 481.2 LEC).*

5. *La falta de concurrencia de presupuestos para que la resolución sea recurrible (artículo 483.2.1.º LEC). Esto es, cuando: (a) no sea una sentencia de apelación que ponga fin a la segunda instancia (artículo 477.2 I LEC); (b) sea una sentencia dictada en un asunto tramitado por razón de la cuantía en el que el recurso de apelación no debió ser admitido por no superar los 3.000 € (artículo 455.1 LEC); (c) se trate de un auto, una resolución que no revista forma de sentencia, una sentencia que debió adoptar forma de auto o una sentencia que resuelva una cuestión incidental. Son recurribles los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras resueltos al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (artículos 37.2 y 41), de los Reglamentos CE n.º 1347/2000 y n.º 44/2001, y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento (artículo 477.2 LEC, en relación con la norma aplicable en cada caso).*

6. *La falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso de los requisitos establecidos para los distintos casos (artículo 483.2.2.º LEC, en relación con los preceptos que se indican):*

- *La falta de justificación de los supuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación (artículo 481.1 LEC).*

- *La falta de indicación en el escrito de interposición del recurso de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del TS o el principio general del Derecho infringidos —que ha de hacerse en el encabezamiento o formulación de cada uno de los motivos en los que se funde el recurso o deducirse claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación— o la indicación de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho que no sea aplicable al fondo del asunto, a tenor de la ratio decidendi de la sentencia recurrida (artículo 481.1 LEC y 487.3 LEC).*

- *La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC).*

- *La falta en el escrito de interposición del recurso de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 LEC).*

- *La falta de fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada, en relación con el derecho fundamental cuya vulneración se invoque o con la norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso que se denuncie como infringido (artículo 481.1 LEC).*

- *La falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida o al ámbito de la discusión jurídica habida en la instancia (artículos 477.1 LEC), cuando en el escrito de interposición del recurso: (a) se pretenda una revisión de los hechos probados o una valoración global de la prueba; (b) se funden los motivos de casación implícita o explícitamente en hechos distintos a los declarados probados en la sentencia recurrida o en la omisión total o parcial de los hechos que la AP considere acreditados; (c) se aleguen cuestiones nuevas o que no afecten a la ratio decidendi de la sentencia.*

En el recurso de casación para la tutela judicial civil de derechos fundamentales la Sala Primera del TS debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados.

- *En el recurso de casación por razón de interés casacional: la falta de indicación en el encabezamiento o formulación del motivo de la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o se declare infringida o desconocida, salvo cuando se deduzca claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación (artículo 481.1 LEC).*

- *En el recurso de casación por razón de interés casacional: la falta de expresión por la parte recurrente en el encabezamiento o formulación del motivo de cuál es el elemento, entre los que pueden integrar el interés casacional, en el que se funda la admisibilidad del recurso, salvo cuando se deduzca claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación (artículo 481.1 LEC).*

- *En el recurso de casación por razón de interés casacional fundado en la oposición a la doctrina jurisprudencial del TS o en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP: la falta de aportación del texto de las sentencias en las que se pretenda apoyar la existencia de un interés casacional (artículo 481.2 LEC).*

- *En el recurso de casación por razón de interés casacional fundado en la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia: la falta de indicación del problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia,*

que ha sido resuelto o debió haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia (artículo 481.3 LEC).

7. La falta de concurrencia de los supuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación (artículos 477.2 y 483.2.3. ° LEC, en relación con los artículos que se indican):

- En el recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales: no haberse tramitado para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales el proceso en el que se dictó la sentencia recurrida (artículo 477.2.1. ° LEC).

- En el recurso de casación por razón de la cuantía: la insuficiencia de la cuantía del asunto, por no ser superior a 600.000 €, ser indeterminada o inestimable, o haber aceptado las partes implícita o explícitamente que la cuantía del asunto haya permanecido como indeterminada o inestimable sin que exista resolución en contrario (artículo 477.2.2. ° LEC).

- En el recurso de casación por razón de interés casacional: la inexistencia de este en la resolución del recurso, según el elemento invocado respectivamente para justificar la admisibilidad del recurso: (a) porque la sentencia impugnada no se oponga a la jurisprudencia de la Sala Primera del TS, en los términos expuestos en el apartado III.1 de este Acuerdo; (b) porque no exista jurisprudencia contradictoria de las AAPP, en los términos expuestos en el apartado III.2 de este Acuerdo; o (c) porque hayan transcurrido cinco años o más desde la entrada en vigor de la norma aplicada, en los términos expuestos en el apartado III.3 de este Acuerdo, o exista jurisprudencia en el momento de dictarse la sentencia recurrida sobre el problema jurídico planteado o sobre normas de igual o similar contenido que determine la inexistencia de interés casacional en la resolución del recurso (artículo 477.2.3 LEC).

- En el recurso de casación por razón de interés casacional fundado en la contradicción de jurisprudencia entre las AAPP o en la aplicación de norma con menos de cinco años de vigencia: la desaparición sobrevenida del interés casacional en la resolución del recurso, por haberse resuelto por la jurisprudencia después de la fecha de la sentencia recurrida el problema jurídico planteado en contra del criterio propugnado por la parte recurrente (por analogía con lo dispuesto en el artículo 22.1 LEC).

El carácter sobrevenido de la desaparición del interés casacional se tomará en consideración para resolver sobre las costas.

Recurso extraordinario por infracción procesal: *Concurre una causa de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal o de alguno de sus motivos:*

1. *Cuando el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra una sentencia de la AP dictada a consecuencia de haberse estimado un recurso extraordinario por infracción procesal no se funde en infracciones y cuestiones diferentes de las que fueron objeto del primer recurso (artículo 467 LEC).*

2. *Cuando en el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal no se justifique si la sentencia recurrida es susceptible de recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, por razón de la cuantía o por razón de interés casacional en los términos previstos para cada una de estas modalidades.*

3. *Cuando se interponga recurso extraordinario por infracción procesal contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales y la sentencia no sea susceptible de un recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales (DF 16.1.2.ª LEC).*

4. *Cuando se interponga recurso extraordinario por infracción procesal contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación por razón de la cuantía y la sentencia no sea recurrible en casación por razón de la cuantía (DF 16.1.2.ª LEC).*

5. *Cuando se interponga recurso extraordinario por infracción procesal contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación por razón de interés casacional y no se formule conjuntamente un recurso de casación por razón de interés casacional (DF 16.ª.1.2.ª LEC).*

6. *Cuando se interponga recurso extraordinario por infracción procesal contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación por razón de interés casacional y la sentencia no sea recurrible en casación por razón de interés casacional (DF 16.1.5.ª II LEC).*

7. *Cuando se interponga recurso extraordinario por infracción procesal contra una sentencia con fundamento en que cabe contra ella recurso de casación por razón de interés casacional y el recurso de casación presentado conjuntamente no sea admitido (DF 16.1.5.ª II LEC).*

8. *Cuando, fuera de los casos anteriores, se interponga un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra*

una misma resolución y, tramitándose conjuntamente, la resolución recurrida no sea susceptible de recurso de casación (DF 16.1.5.ª I LEC).

9. Cuando la parte recurrente no se halle legitimada para interponer el recurso por no afectarle desfavorablemente la resolución que se recurre (artículo 473.2.1.º, En relación con el artículo 448.1 LEC).

10. Cuando concurren defectos de forma no subsanables -o no subsanado en el caso que se indica-, consistentes en:

- La falta de representación por procurador (artículo 23.1 LEC).*
- La falta de asistencia de abogado (artículo 31.1 LEC).*
- La interposición del recurso fuera de plazo -20 días desde el siguiente a la notificación de la sentencia- (artículo 470.1 LEC).*
- La falta de constitución del depósito para recurrir, o de la debida subsanación de tal omisión (DA 15.ª LOPJ).*
- La falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en el artículo 449 LEC.*
- La falta de identificación en el escrito de interposición de cuál es la sentencia impugnada o su identificación de manera que dé lugar a confusión (artículo 470.1 LEC).*

11. Cuando no se alegue ninguno de los motivos en los que puede basarse el recurso (artículo 470.2 LEC, en relación con el artículo 469.1 LEC).

12. Cuando se haya omitido el deber de agotar todos los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o el defecto procesal (artículo 470.2 LEC, en relación con el artículo 469.2 LEC).

En esta causa de inadmisión se incluye la alegación de falta de motivación (artículo 469.2 LEC), de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios in iudicando o in procedendo de la sentencia recurrida si no se ha solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia (artículos 214 y 215 LEC).

13. Cuando no se exponga razonadamente la infracción o vulneración cometida o no se exprese de qué manera influyó en el resultado del proceso (artículo 471 LEC).

Se estima comprendida en esta causa de inadmisión la alegación en el escrito de interposición del recurso de infracciones procesales respecto

de las cuales no se justifique que comportan una efectiva indefensión para la parte.

14. Cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, el contenido del recurso carezca manifiestamente de fundamento (artículo 473.2.2.º LEC).

En esta causa de inadmisión se incluyen los motivos de recurso mediante los que se combate la valoración de la prueba hecha por la sentencia recurrida.

La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo cuando, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental.

En esta causa de inadmisión se incluye la alegación de falta de motivación, de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios in iudicando o in procedendo de la sentencia recurrida cuando lo que realmente se evidencie sea una disconformidad de la parte recurrente con los razonamientos de la sentencia impugnada.

15. Cuando se planteen cuestiones sustantivas —no procesales— propias del recurso de casación (artículo 473.2.1.º LEC, en relación con el artículo 469.1 LEC).

Tribunal Supremo, Sala Primera, 30 de diciembre de 2011.

IV. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL Y OTRAS MEDIDAS A ADOPTAR TRAS LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA (ART. PRIMERO)

Artículo primero.

Modificación del Código Civil.

Uno. El artículo 90 queda redactado del siguiente modo:

«1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

El plan de ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos, si los hubiera, como corresponsabilidad parental, con inclusión de los acuerdos sobre:

1.º La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2.º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3.º Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4.º El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo.

5.º Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación.

Si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

La contribución a las cargas familiares, cuando proceda, a los alimentos y a los gastos extraordinarios, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso.

La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la duración o el momento de su cese y la repercusión que éste último tendrá, en su caso, sobre las cargas familiares, la prestación de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges. Igualmente, la determinación, cuando proceda, de la indemnización a la que se refiere el artículo 1.438.

El inventario y liquidación, si procede, del régimen económico del matrimonio o la indicación de que ya fue realizada, y, si lo pactaren, la división de los bienes que tuvieren en comunidad ordinaria indivisa.

La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar alguno de los acuerdos adoptados para adaptarlo a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación de su aprobación habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este caso, los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo si, previa audiencia de dichas personas, prestaren su consentimiento y siempre que fuere en interés de los hijos. El consentimiento de los hermanos menores de edad no será preciso.

El Juez y los cónyuges podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Las obligaciones que se deduzcan del convenio alcanzado entre las partes serán exigibles y susceptibles de ejecución desde que se inste judicialmente su aprobación. Aquéllas cesarán si no se aprobase, sin que tengan efectos retroactivos.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.»

Dos. El artículo 91 queda redactado del siguiente modo:

«1. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas definitivas en relación con el plan de ejercicio de la corresponsabilidad parental, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, la disolución o extinción del régimen económico, la pensión compensatoria o indemnizaciones y las cautelas o garantías respectivas.

A tales efectos, cada uno de los cónyuges podrá realizar sus peticiones en los términos establecidos en el apartado uno del artículo anterior y, en particular, mediante la presentación del plan de corresponsabilidad parental respecto de sus hijos menores, si los hubiera.

Estas medidas podrán ser modificadas cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Los cónyuges podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar para lograr un acuerdo, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales o en cualquier momento con posterioridad. Asimismo, el Juez podrá proponer una solución de mediación en caso de presentación de demanda judicial si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.

Los acuerdos entre las partes obtenidos en la mediación familiar deberán ser aprobados por el Juez, en los términos establecidos en el artículo anterior para el convenio regulador.»

Tres. El artículo 92 queda redactado del siguiente modo:

«1. La nulidad, separación y divorcio no eximen a los progenitores de sus obligaciones para con los hijos.

El Juez y el Ministerio Fiscal, cuando se deba adoptar cualquier medida sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, el cuidado

y la educación de los hijos menores u otra que les afecte, velarán por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Todos los intervinientes en el proceso deberán considerar prioritaria la protección del interés superior de los hijos así como su desarrollo integral, asegurando el respeto completo y efectivo de todos sus derechos.

La patria potestad, en los supuestos del apartado 1, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que el Juez acuerde, en interés de los hijos, que sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos.

El Juez, al establecer el plan de ejercicio de la patria potestad de los hijos, determinará la forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.»

Cuatro. Se añade un nuevo artículo 92 bis con la siguiente redacción:

«1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos menores, que su guarda y custodia sea ejercida por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida, determinando los periodos de convivencia con cada uno.

Podrá establecer, a instancia de uno de los progenitores, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí, aun cuando no medie acuerdo entre ellos. Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés superior de los hijos.

El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, en la extensión que proceda, un régimen para que los hijos se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas conforme al artículo 160, previa audiencia y prestación del consentimiento por estas

personas y por los progenitores de los menores, teniendo siempre presente el interés superior de éstos. El consentimiento de los hermanos menores de edad no será necesario.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente o con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario y conveniente en atención a su edad, madurez y circunstancias, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Asimismo, el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen del Equipo Técnico Judicial o de peritos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los hijos, y sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

El Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos o a su régimen de estancia, relación y comunicación, deberá prestar especial atención y valorar conjuntamente, en todo caso, la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan entre sí y la vinculación con sus hijos; la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia; el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales; los apoyos con los que cuenten; el número de hijos, y cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia. Además, procurará que los hermanos se mantengan juntos.

No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia de doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la

integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el Juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

No se atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género por efectuar cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre o provisional firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Tampoco procederá la adopción de tal medida cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

Si se alegasen en la demanda o en el transcurso del procedimiento, hechos o circunstancias relacionados con los párrafos anteriores que se revelasen inciertos, el Juez deducirá testimonio de las actuaciones y lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que se determinen las responsabilidades a que haya lugar.

Cuando ambos progenitores estuvieren incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez podrá atribuir la guarda y custodia de los hijos a los progenitores, si considera que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos, tras valorar los criterios del apartado 4 y, además, la entidad y gravedad de los hechos, la naturaleza y duración de la pena fijada para el delito y la reincidencia y peligrosidad de los progenitores. En caso contrario, la atribuirá al familiar o allegado de los hijos que, por sus relaciones y vinculación con ellos, considere más idóneo. En defecto de todos ellos o cuando no fueren idóneos para su ejercicio, se atribuirá a la Entidad Pública que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de

protección de los menores. En estos casos, el Juez deberá pronunciarse sobre la forma en la que los progenitores ejercerán, en su caso, la patria potestad y el régimen de estancia, relación y comunicación con sus hijos, así como sobre las facultades tutelares que se conceden a los guardadores.

El Juez adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen establecido de guarda y custodia de los hijos, y el de estancia, relación y comunicación de éstos con cada uno de sus progenitores o con otras personas.

Si el Juez estableciera la guarda y custodia de los hijos o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos a favor de los progenitores que estuvieren incluidos en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los hijos y del otro progenitor, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. También las adoptará cuando la atribución se efectúe por considerar que el delito está prescrito o tras la extinción de la responsabilidad penal del delito cometido.

Las medidas establecidas sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de estancia, relación y comunicación se podrán modificar, limitar o suspender si se dieran nuevas circunstancias o se modificaren las inicialmente consideradas, o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior de los hijos.»

Cinco. El artículo 93 queda redactado del siguiente modo:

«1. El Juez determinará, cuando proceda, la contribución de cada progenitor a la satisfacción de las cargas familiares y, siempre que hubiere hijos menores, la pensión de alimentos por sus necesidades ordinarias y la proporción en la que deben contribuir a los gastos por sus necesidades extraordinarias, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Deben considerarse gastos necesarios ordinarios los comprendidos en el artículo 142 que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.

Serán gastos extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles e indeclinables de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico y los de educación y formación por actividades convenientes, pero no obligatorias, para los hijos, siempre que exista acuerdo sobre las mismas.

No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, pero se consideren adecuados para ellos.

Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos y la contribución a las cargas familiares, en su caso.

Los gastos extraordinarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, a instancia del progenitor con quien convivan, fijará, en la misma resolución, los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes.

La pensión por alimentos podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad, en atención a las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares.

La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en el artículo 152.»

Seis. El artículo 94 queda redactado del siguiente modo:

«Las medidas de este capítulo podrán ser aplicadas, en la extensión que proceda, a los hijos que tengan la capacidad judicialmente complementada al tiempo de regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio de sus progenitores.

Si el establecimiento de la institución de protección y apoyo de los hijos fuera posterior a la nulidad, separación o divorcio de sus progenitores, el Juez podrá acordar, en la resolución que la establezca o en otra posterior, las medidas que fueren precisas en atención a su capacidad o aquéllas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad, conforme a lo establecido en este capítulo.»

Siete. El artículo 95 queda redactado del siguiente modo:

«La sentencia firme de nulidad, separación o divorcio producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.»

Ocho. El artículo 96, queda redactado del siguiente modo:

«1. En defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación.

Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios

suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos.

En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.

En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos.

Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año.

La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla.

Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda.

No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

Si los cónyuges poseyeren la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución.

Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la nueva residencia de los hijos.

El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.»

Nueve. El artículo 97 queda redactado del siguiente modo:

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su necesidad, entidad e importe, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias existentes al momento de la ruptura de la convivencia:

1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y el estado de salud.

3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9ª La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere.

10ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para su actualización, la duración o el momento del cese y las garantías para su efectividad.»

Diez. El artículo 100 queda redactado del siguiente modo:

«Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen.»

Once. El artículo 102 queda redactado del siguiente modo:

«1. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producirán, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1º. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º. Quedarán revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

3º. Quedarán en suspenso los efectos del régimen de participación o los de la sociedad de gananciales, en su caso, siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. En consecuencia, cesará la participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge o la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 respecto de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges, y dejarán de ser

a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas:

La adquisición, tenencia y disfrute de bienes sin que conste el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

4º. Quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido a favor del otro. Si no se dictare sentencia estimatoria o si hubiere reconciliación de los cónyuges quedará sin efecto lo dispuesto en este apartado.

5º. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesará la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Únicamente estarán vinculados a la sociedad de gananciales los actos y gastos realizados por cualquiera de los cónyuges para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, así como para la gestión o administración ordinaria de los bienes gananciales. El cónyuge que hubiera realizado tales actos con sus propios bienes tendrá derecho a ser reintegrado, en la parte que corresponda, en el momento de la liquidación del haber de la sociedad de gananciales.

Los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.

El Secretario judicial, al admitir la demanda, ordenará su anotación en el Registro Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Desde la anotación en el Registro Civil de la demandada de nulidad, separación o divorcio, el acreedor solo podrá reclamar las deudas contraídas por uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales si lo hubieran sido por alguno de los actos señalados en el párrafo anterior.

Las obligaciones que se deduzcan del convenio alcanzado entre las partes serán exigibles y susceptibles de ejecución desde que se inste judicialmente su aprobación. Aquéllas cesarán si no se aprobase, sin que tengan efectos retroactivos.»

Doce. El artículo 103 queda redactado del siguiente modo:

«Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1ª Las relacionadas con el ejercicio de la patria potestad conjunta respecto a los hijos y en particular, el régimen de cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos, así como los periodos de convivencia con cada progenitor, en su caso, y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y el lugar o lugares de residencia de los hijos, y todo ello en interés de éstos.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, hermanos, parientes u otras personas allegadas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio o de colegio del menor.

2ª La atribución del uso de la vivienda, en función de lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos y, si fuera compatible con éstos, para el interés del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y asimismo, previo inventario, determinará los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que habrán de ser retirados, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3ª La contribución de cada cónyuge a las cargas familiares, incluidas, si procede, las «litis expensas», estableciendo las bases para la actualización de cantidades y las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos se haya de abonar por los cónyuges.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que cada uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4ª La fijación, atendidas las circunstancias, de los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición de los mismos, así como sobre la rendición de cuentas.»

Trece. El artículo 142 queda redactado del siguiente modo:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, siempre que no tenga recursos propios para sufragar sus necesidades.

Asimismo, los alimentos a los que se refiere el párrafo primero se prestarán al mayor de edad que, habiendo completado su educación, carezca de medios y se encuentre en búsqueda activa de empleo o tenga el propósito firme y decidido de ejercer una actividad económica por cuenta propia.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.»

Catorce. El apartado 5 y el nuevo apartado 6 del artículo 152 quedan redactados del siguiente modo:

«5º Cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar alimentos y adquiera la independencia económica por disponer de ingresos que le permitan costearse sus propias necesidades, o esté en disposición y condición de procurárselos por sí mismo, aun cuando no los tenga, si su situación de insolvencia es achacable a su mala conducta o a la falta de aplicación al trabajo. Asimismo, cesará cuando no haya terminado su formación por causa que le sea imputable, o una vez completada, no se encuentre en

búsqueda activa de empleo o tenga el propósito firme y decidido de ejercer una actividad económica por cuenta propia.

También se extinguirá cuando el alimentista contrajese matrimonio o mantuviera una relación de afectividad análoga a la conyugal.

6.º Cuando no hubiere relación personal entre el alimentante y el alimentista de forma manifiesta y continuada, si fuere por causa imputable a éste último.»

Quince. El artículo 156 queda redactado del siguiente modo:

«La patria potestad, como corresponsabilidad parental, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cuál sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, falta de capacidad o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Aunque los progenitores vivan separados, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que aquélla sea ejercida total o parcialmente por aquél con quien los hijos convivan.»

Dieciséis. El artículo 159 queda redactado del siguiente modo:

«Cuando se produzca la ruptura del vínculo o de la convivencia matrimonial o de las parejas que mantuvieran análoga relación de afectividad, las relaciones paterno- filiales serán establecidas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 y siguientes.

Estas disposiciones también serán de aplicación cuando los progenitores vivieren separados y no estuvieren unidos por algún vínculo.»

Diecisiete. El artículo 163 queda redactado del siguiente modo:

«Siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los progenitores tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.»

Dieciocho. El artículo 170 queda redactado del siguiente modo:

«Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.»

Diecinueve. El artículo 1.394 queda redactado del siguiente modo:

«Los efectos de la disolución prevista en los dos artículos anteriores se producirán desde la fecha en que se acuerde.

No obstante, los efectos de la sociedad de gananciales quedarán en suspenso con la admisión de la demanda interpuesta en alguno de los casos anteriores, procediendo a la formación del inventario.

El Juez adoptará las reglas provisionales que los cónyuges deban observar en la administración y disposición de los bienes gananciales que se incluyan en el inventario, así como en la rendición de cuentas que deba realizarse, para que sean observadas hasta que se proceda a

la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial. Se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria, salvo que se disponga lo contrario.»

Veinte. El artículo 1.396 queda redactado del siguiente modo:

«Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, se procederá de oficio a su liquidación si hubiere hijos menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada dependientes de los progenitores.

En los demás supuestos, si ninguno de los cónyuges instara la liquidación del régimen económico ganancial en el plazo de un mes, el régimen a aplicar a los bienes inventariados será el de la comunidad proindiviso ordinaria, participando en ella ambos cónyuges por partes iguales.»

Veintiuno. El artículo 1.415 queda redactado del siguiente modo:

«El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395.

Sus efectos quedarán en suspenso con la admisión de la demanda interpuesta en alguno de los casos previstos para su extinción.»

Veintidós. El artículo 1.417 queda redactado del siguiente modo:

«Producida la extinción, se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

La liquidación del régimen se realizará de oficio si hubiere hijos menores o con la capacidad judicialmente complementada dependientes de los progenitores.»

**V. VERSIÓN PUBLICADA DE LOS ARTÍCULOS QUE
COMPONEN LA TESIS:**

**CAPÍTULO PRIMERO: REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA
Y CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS DEL MENOR. NOVEDADES
EN TORNO A LA FUTURA LEY DE CORRESPONSABILIDAD
PARENTAL**

REVISTA DE DERECHO UNED, NÚM. 14, 2014

**REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA
Y CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS
DEL MENOR: NOVEDADES EN TORNO
A LA FUTURA LEY DE CORRESPONSABILIDAD
PARENTAL**

**JURISPRUDE REVISION OF THE CUSTODY AND THE INTEREST
OF THE CHILD: THE FUTURE LAW OF PARENTAL
CO-RESPONSABILITY**

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ

Abogada. Profesora Tutora. Doctoranda del Departamento de Derecho
civil de la UNED¹

Sumario: I. APUNTES PREVIOS: LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA. II. NORMATIVA VIGENTE. 1. Orden de protección. 2. Guarda y custodia consensuada. 3. Guarda y custodia judicialmente determinada. III. CRITERIOS ACTUALES Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA. 1. Supuestos en los que resulta posible su adopción. 2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo. A) Excepcionalidad. B) Relación entre los progenitores. C) Régimen normal y deseable. D) Imprescindible petición de parte. E) No basta una motivación puramente retórica. F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas. G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad. H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento

¹ Agradezco al Departamento de Derecho civil de la UNED, el apoyo que me han dispensado y en particular a mis directoras de tesis por las revisiones sucesivas de mis trabajos y artículos, Profesora M.^a Fernanda Moretón Sanz y M.^a Paz Pous de la Flor.

CAPÍTULO SEGUNDO: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. HACIA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL RECURSO DE CASACIÓN

SHARED CUSTODY: TOWARDS UNIFICATION OF CRITERIA IN APPEAL

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 592-601

CAPÍTULO TERCERO: LA GUARDA Y CUSTODIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON LEGISLACIÓN CIVIL FORAL O ESPECIAL

LA GUARDA Y CUSTODIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON LEGISLACIÓN CIVIL FORAL O ESPECIAL

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ¹
Abogada. Profesora-Tutora UNED
Doctoranda Dpto. Derecho Civil UNED

¹ Agradezco al Departamento de Derecho Civil de la UNED la oportunidad que me brinda para abordar el estudio de una materia tan candente como es la regulación de la guarda y custodia en las diversas CCAA, y especialmente a mis Directoras de tesis, Doña María Fernanda Moretón Sanz y Doña María Paz Pous de la Flor, por su valiosa y paciente labor de corrección y mejora de todos los trabajos realizados hasta la fecha.

**CAPÍTULO CUARTO: REPERCUSIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS
SOBRE GUARDA Y CUSTODIA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO
PENAL**

REPERCUSIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE GUARDA Y
CUSTODIA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL
IMPACT OF VIOLATIONS ON CUSTODY AFTER REFORM PENAL
CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 104 - 119.

Fecha entrega: 18/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

CAPÍTULO QUINTO: RESTITUCIÓN Y RETORNO DE MENORES

RESTITUCIÓN Y RETORNO DE MENORES

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ¹
Abogada. Profesora-Tutora UNED
Doctoranda Dpto. Derecho Civil UNED

¹ Agradezco al Departamento de Derecho Civil de la UNED la oportunidad que me brinda para abordar el estudio de una materia tan candente como es la regulación de la guarda y custodia en las diversas CCAA, y especialmente a mis Directoras de tesis, Doña María Fernanda Moretón Sanz y Doña María Paz Pous de la Flor, por su valiosa y paciente labor de corrección y mejora de todos los trabajos realizados hasta la fecha.

CAPÍTULO SEXTO: RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno-filiales

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ*

RESUMEN: Desde hace varias décadas la doctrina viene analizando la aplicación del instituto de la responsabilidad civil a los daños causados en el ámbito familiar, al hilo de su reconocimiento por algunas resoluciones judiciales. El daño intrafamiliar puede provenir de numerosos actos u omisiones, entre los que cabe citar la infidelidad conyugal, la ocultación de la verdadera paternidad¹ o la declaración indebida de desamparo por la Administración Pública. Pero quizás el supuesto más común en la práctica es el de los daños causados a uno de los progenitores como consecuencia de la vulneración o desconocimiento de las facultades inherentes a la patria potestad, en especial por el incumplimiento del régimen de guarda, comunicación y estancia.

Las relaciones paterno-filiales forman parte del derecho a la vida familiar que garantiza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, precepto que ha de interpretarse en el sentido de que, "...para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar"².

* Abogada. Profesora Tutora UNED. Doctoranda EES del Departamento de Derecho civil de la UNED

¹ La SAP Castellón 12 junio 2014 sintetiza la actual posición jurisprudencial sobre este concreto supuesto.

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Buscemi c. Italia nº 29569/95 y Saleck Bardi c. España nº 66167/09.

CAPÍTULO SÉPTIMO: PENSIÓN COMPENSATORIA Y CORRESPONSABILIDAD ECONÓMICA

Estudios Jurisprudenciales

1.2. Familia

Pensión compensatoria y corresponsabilidad económica: revisión de las tendencias del Tribunal Supremo y la temporalidad prevista legalmente

Compensatory pension and economic responsibility: review of trends of the Supreme Court and temporary provided by law

por

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ*

Abogada. Profesora Titular UNED

Doctoranda EES del Departamento de Derecho civil de la UNED

RESUMEN: La pensión compensatoria ha evolucionado de forma sustancial desde su instauración en el año 1981 hasta nuestros días, pasando de su inicial carácter vitalicio y cuya beneficiaria era generalmente la mujer, a las tendencias actuales, más acordes con la sociedad española del siglo XXI. El presupuesto necesario tanto hoy como en sus inicios sigue siendo el desequilibrio económico, concepto jurídico indeterminado que hay que poner en relación con las restantes obligaciones o cargas familiares a las que deben hacer frente los miembros de la extinta pareja, sobre todo cuando existen menores implicados. El objetivo último ha de ser extender la corresponsabilidad parental también al terreno patrimonial.

ABSTRACT: *Alimony has evolved substantially since its inception in 1981 to the present day, from its initial life tenure and whose beneficiary was generally women, current trends, more in line with the Spanish society of XXI century. The budget needed today and in the beginning is still the economic imbalance, vague legal concept to be put in relation to other obligations or family responsibilities to those faced by members of the former couple, especially when there are children involved. The ultimate goal must be to extend the parental responsibility also to patrimonial field.*

PALABRAS CLAVE: Desequilibrio. Ruptura. Compensación. Evolución. Corresponsabilidad económica.

KEY WORDS: *Imbalance. Ruptura. Compensation. Development. Economic responsibility.*

* Mi agradecimiento al Departamento de Derecho civil de la UNED, y muy especialmente a mis directoras de tesis, Profesoras M.^ª Fernanda MORETÓN SANZ y M.^ª Paz POUS DE LA FLOR, por su dedicación y apoyo continuo, así como a su Director, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho civil de la UNED.

CAPÍTULO OCTAVO: PENSIÓN COMPENSATORIA. CUESTIONES PRÁCTICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

PENSIÓN COMPENSATORIA. CUESTIONES PRÁCTICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Agustina Herranz González

Abogada. Profesora-Tutora de la UNED. Doctoranda del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Sumario:

1. Introducción: Orígenes y evolución de la pensión compensatoria en España
2. Acceso a la pensión de viudedad
3. Normativa aplicable para el reconocimiento de la pensión de viudedad
4. Modificación de la pensión: Retroacción de efectos
5. Convivencia *more uxorio* previa
6. Seguridad jurídica contractual
7. Desequilibrio sobrevenido
8. ¿Cuándo es preceptiva la reconvencción?
9. Conclusiones

Resumen:

Se analizan en este artículo algunas cuestiones prácticas directamente relacionadas con el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, teniendo en cuenta la interpretación que el Tribunal Supremo viene realizando en torno a los requisitos que deben observarse en cada caso. El objetivo es analizar las modulaciones, en algunos casos ciertamente sutiles, que el Alto Tribunal viene aplicando en sus más recientes sentencias. Se ha considerado así mismo que la compleja y casuística regulación del acceso a la pensión de viudedad justifica la transcripción de la norma aplicable.

Abstract:

Discusses in this article some practical issues directly related to access to the widowhood pension in the event of annulment, separation or divorce, taking into account the interpretation that the Supreme Court has been carrying around the requirements to be observed in each case. The aim is to analyse modulations, in some cases certainly subtle, that the High Court has been pursuing in its most recent rulings. He has been likewise considered that the complex and casuistic regulation of access to the widow's pension justifies the transcription of the applicable rules.

Palabras clave:

Acceso viudedad, retroacción de efectos, *more uxorio*, seguridad jurídica, desequilibrio, reconvencción.

Key words:

Access widowhood, feedback effects, more uxorio, legal security, imbalance, counterclaim.

NOTAS

¹ Incluso en el procedimiento consensual, dado que el convenio regulador ha de ser aprobado judicialmente.

² Nos referimos, fundamentalmente, a la atribución del uso del domicilio y ajuar familiar y la pensión de alimentos.

³ Artículo 14 CE.

⁴ Artículo 1.1 CE.

⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, número 257/2013, de 29 de abril, declara la doctrina jurisprudencial sobre interpretación del artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil, estableciendo que debe estar fundada en el interés del menor, así como que la guarda y custodia compartida no debe considerarse algo excepcional, sino que por el contrario debe ser lo normal y deseable.

⁶ Código de Derecho Foral de Aragón, Código Civil de Cataluña.

⁷ El Anteproyecto fue informado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en septiembre de 2013.

⁸ El impago de pensiones está tipificado por el artículo 227 del Código Penal, y castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

⁹ Artículo 103.1º del Código Civil.

¹⁰ Funciones configuradas por el artículo 154 del Código Civil.

¹¹ Artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹² Artículo 773.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹³ Artículo 774.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁴ Incluida, si procede, la exploración de los menores.

¹⁵ Artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁶ Artículos 771.4, 772, y 773.3, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁷ Artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁸ Las especialidades de ejecución consisten, básicamente, en: 1) La posibilidad de imponer multas coercitivas sin límite de tiempo; 2) No procede la sustitución automática en caso de incumplirse obligaciones pecuniarias; 3) El incumplimiento reiterado del régimen de visitas por cualquiera de los progenitores puede conllevar la modificación del régimen de guarda y custodia; 4) En caso de ejecución de gastos extraordinarios que no estén expresamente contemplados en las medidas, es necesaria la declaración judicial previa de que la cantidad reclamada tiene el carácter de gasto extraordinario.

¹⁹ También denominadas en la práctica forense “provisionalísimas”.

²⁰ Artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²¹ Los cónyuges pueden vivir separados, cesa la presunción de convivencia conyugal, quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y cesa la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

²² No es posible la adopción de medidas provisionales cuando ya se hayan adoptado anteriormente, bien como previas a la interposición de la demanda matrimonial, bien como medidas cautelares en el proceso penal ex artículo 544-ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²³ Artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁴ Artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁵ Enfermedades graves o ausencias prolongadas del progenitor, drogodependencias, etc.

²⁶ Aprobado por el Gobierno Español en julio de 2013 e informado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en septiembre del mismo año.

²⁷ Fuente: Internet.

²⁸ En el 81,7% de los casos.

²⁹ El 12,3% de los casos.

³⁰ El 5,3% de los casos.

³¹ Todos los datos proceden del Instituto Nacional de Estadística y se refieren al año 2012.

³² El artículo 3 del Código Civil establece como criterio de interpretación de las normas jurídicas “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

³³ Artículo 1.1 Constitución Española.

³⁴ Artículo 14 Constitución Española.

³⁵ Artículo 9.2 Constitución Española.

³⁶ Fuente: Estudio del Instituto Nacional de Estadística referente al año 2012.

³⁷ Redactada por Ley 15/2005.

³⁸ Párrafo 5.

³⁹ Párrafo 8.

⁴⁰ STC 17 octubre 2012 (EDJ 2012/224014).

⁴¹ STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009/234619).

⁴² Sin perjuicio de su apartado 6.

⁴³ Así resulta del art 456.1 de la LEC.

⁴⁴ Así será no solo cuando no concurren los requisitos exigidos para la interposición del recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional, sino también cuando, aun concurriendo, la parte perjudicada por la resolución judicial no pueda asumir su coste económico. Hay que tener en cuenta que en la actualidad dicho coste se ha visto incrementado de forma considerable por el establecimiento de la preceptiva tasa.

⁴⁵ Con las limitaciones antes expuestas.

⁴⁶ Al interpretar y aplicar el art 92 del CC en cumplimiento de su labor nomofiláctica y uniformadora.

⁴⁷ Artículo 1.6 del Código Civil.

⁴⁸ Reflejada, por tanto, en al menos dos SSTs, aun cuando se cite solamente una.

⁴⁹ La lógica evidencia que, si se ha producido la ruptura, es precisamente porque las relaciones entre los progenitores se han deteriorado, pero ello no debe conllevar automáticamente la exclusión del régimen de guarda y custodia compartida. Si así fuera, las malas relaciones podrían ser propiciadas deliberadamente por el progenitor al que no interese el régimen de guarda y custodia compartida.

⁵⁰ Art 92.5 y 8 CC.

⁵¹ Ignorando el mandato contenido en el artículo 39.2 de la Constitución Española: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...”

⁵² Siempre, eso sí, que hayan solicitado la guarda y custodia para sí.

⁵³ No vinculante desde STC 185/2012, de 17 de octubre.

⁵⁴ Edad, opinión, arraigo social, escolar y familiar de los menores, posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, la situación de las respectivas residencias de los progenitores, la existencia de estructuras de apoyo, etc.

⁵⁵ La norma habla de condena penal por sentencia firme, sin excluir las que puedan dictarse en juicios de faltas.

⁵⁶ La revisión no procedería en caso de sobreseimiento provisional.

⁵⁷ SSTs de 9/3/2012 (RC113/2010) y 12/12/2013 (RC 774/2012).

⁵⁸ Sentencias de 7 de julio de 2011, 19 abril de 2012 y 29 abril 2013.

⁵⁹ A pesar de que varias normas autonómicas sí lo hacen, lo que provoca además una desigualdad carente de fundamento. Así por ejemplo el Código de Derecho Foral de Aragón, artículo 80.2: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, ...”. **Y también el Código Civil de Cataluña, Libro Segundo, artículo 233.10: 2.** “La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo” **Por último, la Ley Valenciana va incluso más allá, estableciendo como regla general la guarda compartida aun cuando las relaciones entre los progenitores no sean buenas. Dice así su artículo 5. 2.** “Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”.

⁶⁰ Aun cuando se trate de un procedimiento consensual, dado que el convenio regulador ha de ser aprobado judicialmente.

⁶¹ Nos referimos, fundamentalmente, a la atribución del uso del domicilio y ajuar familiar y la pensión de alimentos.

⁶² Artículo 14 CE.

⁶³ Artículo 1.1 CE.

⁶⁴ En adelante, LEC.

⁶⁵ En el primitivo procedimiento de las *legis actionis*.

⁶⁶ Vid GARCÍA GARRIDO, M.J.: *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones*.

⁶⁷ Denominado *supplicatio*.

⁶⁸ Aunque más tarde el Príncipe delegó esta competencia en los *praefecti praetorio*.

⁶⁹ Mediante Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1790.

⁷⁰ Su objetivo es la protección de la Ley como expresión de la voluntad general, la efectividad del principio de igualdad legal y la rígida separación de poderes.

⁷¹ Constitución Española de 1812, artículo 259: “Habrá en la Corte un tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia”.

⁷² El artículo 261.9º de la Constitución Española de 1812 atribuía al Tribunal Supremo la tarea de “...conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo...”

⁷³ Denominada “segunda sentencia”.

⁷⁴ Artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

⁷⁵ Xiol Ríos, entre otros.

⁷⁶ Y las de las posteriores leyes de reforma de la LEC, en especial la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

⁷⁷ Vid epígrafes XIV y XV de la E. de M. LEC.

⁷⁸ Sobre los cuales tiene la última palabra el Tribunal Constitucional en virtud de las competencias atribuidas en la propia Constitución, lo que determina que es a éste a quien corresponde establecer la interpretación que corresponda respecto de los distintos derechos contenidos en este precepto.

⁷⁹ De hecho, los recursos de amparo fundamentados en violación de derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE son los más numerosos.

⁸⁰ Con la consiguiente declaración de nulidad y reposición de las actuaciones al momento en que se cometió la falta en caso de estimación.

⁸¹ El recurso en interés de la ley está regulado en los artículos 490 a 493 LEC 2000.

⁸² LEC 2000, artículo 490.

⁸³ En adelante, LOPJ.

⁸⁴ Por la razón evidente de que dicho medio de impugnación fue creado *ex novo* por la vigente LEC.

⁸⁵ El artículo 81.2 CE establece lo siguiente: “*La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*”.

⁸⁶ En los casos de casación autonómica la regla primera de la Disposición Final Decimosexta permite alegar como motivos de casación las infracciones procesales contenidas en el artículo 469 LEC. No queda claro si es posible impugnar los vicios procesales ante el Tribunal Supremo a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en cuyo caso quedaría en suspenso la tramitación del recurso de casación autonómico por aplicación, a *contrario sensu*, de lo establecido en el régimen general que establece la LEC para el caso de que dos litigantes interpongan recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, o si necesariamente hay que acumular en el recurso de casación autonómico todos los motivos, tanto formales como materiales.

⁸⁷ Así lo ordena la regla 3ª de la Disposición final decimosexta de la LEC.

⁸⁸ Eliminado por Ley 37/2011, de 10 de octubre.

⁸⁹ Del mismo modo que durante la vigencia de la anterior LEC era preciso fundamentar los distintos motivos por el apartado correspondiente del artículo, según se impugnara la resolución judicial por motivos materiales o formales.

⁹⁰ Artículo 477.1 LEC.

⁹¹ No obstante, en virtud de lo dispuesto en los artículos 37 a 41 del Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, también deberá ser admitido el recurso de casación contra la resolución que dicte la Audiencia Provincial resolviendo el recurso interpuesto al amparo de los artículos 36 a 40 del mismo Convenio, si bien dado que el procedimiento de *exequatur* se configura como un instrumento de homologación de la resolución sin que el tribunal pueda pronunciarse sobre la cuestión de fondo decidida, el recurso procedente debería ser el extraordinario por infracción procesal. Pero para ello es preciso que se modifique el citado Convenio.

⁹² *Vid* Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de diciembre de 2001.

⁹³ Adoptados en diciembre de 2000.

⁹⁴ Así se establece expresamente en el Preámbulo del Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011.

⁹⁵ Artículo 249.1. 2º LEC.

⁹⁶ Artículo 250.1. 9º LEC.

⁹⁷ *Vid* Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de octubre de 2001.

⁹⁸ *Vid* Autos del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 31 de julio y 27 de noviembre de 2001.

⁹⁹ En los recursos de casación autonómicos el interés casacional se amplía a la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente y a los supuestos en que dicha doctrina no exista (art. 477.3, párrafo segundo, de la LEC).

¹⁰⁰ *Vid* el acuerdo del Tribunal Supremo que se incluye como anexo.

¹⁰¹ Las Sentencias que se citen, necesariamente de la Sala Primera, habrán de ser dos como mínimo, pues en caso contrario no puede considerarse que exista jurisprudencia.

¹⁰² De conformidad con el Auto del Tribunal Supremo de 2/11/2004, “...no queda debidamente acreditada la contradicción jurisprudencial, que exige un criterio interpretativo plasmado en dos Sentencias de una misma Audiencia Provincial (cuando la misma no esté constituida por diferentes Secciones) o de una misma Sección de la misma Audiencia (cuando la misma esté constituida por diferentes Secciones) frente a otro criterio interpretativo antagónico -en relación con la misma cuestión jurídica- recogido en otras dos Sentencias de diferente Audiencia (cuando la misma tampoco esté constituida por diferentes Secciones) o Sección (en el supuesto de estar constituida aquélla por diferentes Secciones), debiendo destacarse, que, en el caso concreto de la jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, **la finalidad del recurso**, tal y como se dejó sentado, entre otros, en los Autos de fecha 9 de abril y 19 de noviembre de 2002 (recursos 59/2002 y 885/2002), **es dejar sentada una Doctrina por el Tribunal Supremo que supere una discrepancia, produciéndose un indirecto efecto unificador...**”

¹⁰³ Artículo 478 de la LEC.

¹⁰⁴ Lo cual resulta plenamente compatible con la LOPJ, puesto que el artículo 56 de la misma atribuye competencia al Tribunal Supremo para conocer de todos los recursos extraordinarios establecidos por la ley.

¹⁰⁵ El de casación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente y el extraordinario por infracción procesal ante el Alto Tribunal.

¹⁰⁶ Redactada por Ley 15/2005.

¹⁰⁷ Párrafo 5.

¹⁰⁸ Párrafo 8.

¹⁰⁹ STC 185/2012.

¹¹⁰ STS número 623/2009, de 8 de octubre.

¹¹¹ Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 6 del mismo precepto legal.

¹¹² Así resulta del artículo 456.1 de la LEC.

¹¹³ Así será no sólo cuando no concurren los requisitos exigidos para la interposición del recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional, sino también cuando, aun concurriendo, la parte perjudicada por la resolución judicial no pueda asumir su coste económico. Hay que tener en cuenta que en la actualidad dicho coste se ha visto incrementado de forma considerable por el establecimiento de la preceptiva tasa.

¹¹⁴ Con las limitaciones antes expuestas.

¹¹⁵ Al interpretar y aplicar el artículo 92 del Código Civil en cumplimiento de su labor nomofiláctica y uniformadora.

¹¹⁶ Artículo 1.6 del Código Civil.

¹¹⁷ Reflejada, por tanto, en al menos dos sentencias del Tribunal Supremo, aún cuando se cite solamente una.

¹¹⁸ Artículo 92.5 y 8 del Código Civil.

¹¹⁹ Artículo 149.1.8ª.

¹²⁰ Citamos por todas la STC, Pleno, 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011.

¹²¹ En adelante, CDFa.

¹²² El Código del Derecho Foral de Aragón consta de 599 artículos, divididos en cuatro Libros y un Título Preliminar; los Libros están divididos en Títulos, Capítulos, Secciones y, ocasionalmente, Subsecciones.

¹²³ Cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las

partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

¹²⁴ Podrá tener cualquier contenido patrimonial, periódico o de única entrega, siempre que permita el cumplimiento de su finalidad.

¹²⁵ En adelante, CCC.

¹²⁶ Las medidas pueden adoptarse con carácter provisional o definitiva y, en ambos casos, tanto de forma consensuada como, en su defecto, por resolución judicial.

¹²⁷ Asistencia que, además, ha de ser independiente para cada uno de los cónyuges.

¹²⁸ Así resulta del artículo 233-11-1. f) del Código Civil de Cataluña.

¹²⁹ Artículo 233-14 CCC.

¹³⁰ Casa nido.

¹³¹ Por consiguiente, la atribución finalizará en todo caso cuando los hijos alcancen la mayoría de edad o se emancipen. Y también en caso de que, tras la atribución inicial, se produzca el cambio de guardador, ya sea de mutuo acuerdo o por resolución judicial.

¹³² La Ley 5/2011, de 1 de abril, establecía en sus dos Disposiciones transitorias su aplicabilidad a los procesos en trámite y la posibilidad de modificar las medidas adoptadas bajo la vigencia de la normativa estatal.

¹³³ En adelante, CP. La derogación se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

¹³⁴ Preámbulo Ley Orgánica 1/2015.

¹³⁵ Preámbulo Ley Orgánica 1/2015.

¹³⁶ En adelante, LECrim.

¹³⁷ Que hasta la reforma operada por la LO 1/2015 tipificaba las faltas contra las personas (arts. 617 a 622), contra el patrimonio (arts. 623 a 628), contra los intereses generales (arts. 629 a 632) y contra el orden público (arts. 633 a 637).

¹³⁸ Como por ejemplo en el caso de las lesiones dolosas o el maltrato de obra, conductas anteriormente tipificadas en el art. 617 y que con la reforma pasan a estar penadas en el art. 147.2 y 3 del CP.

¹³⁹ Concretamente el procedimiento abreviado que regulan los artículos 757, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁴⁰ En el caso de menores sometidos a tutela o guarda administrativa.

¹⁴¹ Téngase en cuenta, además, que no siempre el incumplimiento justificará el cambio de régimen de guarda y custodia.

¹⁴² Medida absolutamente inoperante en el caso de progenitores insolventes.

¹⁴³ Salvo que concurran las circunstancias previstas en el artículo 225 bis. 4 CP.

¹⁴⁴ Por todas, Auto AP Madrid, Sección 23ª, nº 149/2008, de 27 de febrero.

¹⁴⁵ En adelante, LEC 1881.

¹⁴⁶ En adelante, LEC.

¹⁴⁷ Artículos 778 quater a 778 sexies.

¹⁴⁸ En adelante, TEDH.

¹⁴⁹ En adelante, CEDH.

¹⁵⁰ SSTEDH de 25 de enero de 2000, Ignaccolo-Zenide contra Rumanía; de 27 de octubre de 2011, Bergmann contra Chequia; de 24 de mayo de 2011, Saleck Bardi contra España; de 22 de septiembre de 2009, Stochlak contra Polonia.

¹⁵¹ STEDH de 22 de diciembre de 2009, Tapia Gasca y D. contra España.

¹⁵² SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, Mijušković contra Montenegro; de 22 de diciembre de 2009, Tapia Gasca y D. contra España.

¹⁵³ STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia.

¹⁵⁴ *Vid.* STEDH de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria.

¹⁵⁵ STEDH de 13 de julio de 2010, Fușcă contra Rumania.

¹⁵⁶ STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia.

¹⁵⁷ STEDH de 26 de julio de 2011, Shaw contra Hungría.

¹⁵⁸ STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia.

¹⁵⁹ STEDH de 13 de julio de 2010, Fușcă contra Rumania.

¹⁶⁰ STEDH de 13 de abril de 2010, Krivošej contra Serbia.

¹⁶¹ STEDH de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria.

¹⁶² AAP Murcia, secc. 4ª, nº 112/2011, de 10 de junio; AAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 175/2006, de 18 de septiembre.

¹⁶³ Puede consultarse información relativa a esta materia en la siguiente página web: https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287-es.do

¹⁶⁴ En adelante, Ley de Tratados.

¹⁶⁵ Tanto el Convenio de la Haya 1980 como el Convenio de Luxemburgo del mismo año tienen un sustrato común, diferenciándose básicamente en que para la aplicación del segundo es necesario que exista una resolución ejecutiva sobre responsabilidad parental, mientras que el Convenio de la Haya 1980 puede activarse sin resolución previa.

¹⁶⁶ Pueden consultarse los países firmantes en la siguiente página web: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/192/signatures>

¹⁶⁷ Este Convenio tiene su origen en la tercera Conferencia europea sobre los derechos de la familia, celebrada en Cádiz en 1995, sobre "El derecho de la familia en el futuro", en la que se señaló que la internacionalización constante de las relaciones familiares en una Europa unificada da mucha importancia a la cuestión de los derechos de visita transfronteriza de los niños. Véase <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150911.aspx#RelacionesPersonalesMenor>

¹⁶⁸ Entró en vigor el 20 de agosto de 2015.

¹⁶⁹ El exequátur tiene por objeto el reconocimiento de la resolución extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución.

¹⁷⁰ En España, desde 1 de noviembre de 1987.

¹⁷¹ Documento relevante sin duda para la interpretación de este Convenio es el informe Pérez Vera, que puede consultarse en la siguiente página: http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf

¹⁷² Organización Internacional de Policía Criminal. Es la mayor organización de policía internacional, con 190 países miembros, por lo cual es la segunda organización internacional del mundo, tan sólo por detrás de las Naciones Unidas.

¹⁷³ No ocurre lo mismo en otros países, en los que necesariamente han de valerse de Abogado y Procurador de libre designación o, en su caso, nombrados de oficio si es beneficiario de Justicia Gratuita.

¹⁷⁴ En materia de ejecución de resoluciones sobre alimentos rige el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

¹⁷⁵ Este artículo establece lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones...”

¹⁷⁶ Asunto C-211/10 PPU. ECLI EU C 2010 344.

¹⁷⁷ Cuyas respuestas a las cuestiones planteadas se transcriben a continuación por su interés:

«1) Una medida provisional que atribuye la custodia de un menor al progenitor que lo ha sustraído hasta que se dicte la resolución sobre la custodia definitiva no es una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” en el sentido del artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

2) Una orden de restitución está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 8, del Reglamento nº 2201/2003 con independencia de que el órgano jurisdiccional la haya dictado o no basándose en una resolución sobre la custodia dictada por él mismo.

3) Cuando una resolución certificada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con arreglo al artículo 42, apartado 2, del Reglamento nº 2201/2003 es impugnada basándose en la incompetencia del órgano jurisdiccional de origen o la inaplicabilidad del artículo 11, apartado 8, del Reglamento, el único recurso judicial posible consiste en recurrir la propia resolución (y no el certificado) ante

los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro; los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución no disponen de ninguna competencia para denegar o suspender la ejecución.

4) Una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional del Estado de ejecución, por la que se atribuye la custodia provisional al progenitor que ha sustraído al menor, no se opone a la ejecución de una orden de restitución del Estado de origen adoptada previamente con arreglo al artículo 11, apartado 8, del Reglamento nº 2201/2003.

5) Cuando una resolución para la que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento nº 2201/2003 es impugnada porque desde su adopción las circunstancias han cambiado de tal manera que su ejecución pondría en grave peligro el interés superior del menor, el único recurso judicial posible consiste en recurrir la propia resolución (y no el certificado) ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro; los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución no tienen ninguna competencia para denegar o suspender la ejecución.»

¹⁷⁸ Equivalente, por ejemplo, a las medidas previas o provisionales de nuestro país.

¹⁷⁹ La determinación del domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad (STS 642/2012, de 26 de octubre).

¹⁸⁰ Bélgica, República Federal Alemana, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grecia, España y Portugal.

¹⁸¹ El día 1 de mayo de 2004 se incorporaron República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania; Malta y Polonia; en el año 2007 lo hicieron Rumanía y Bulgaria; y el día 1 de julio de 2013 se incorporó Croacia.

¹⁸² Véase la página web del portal europeo de justicia: <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=es&action=home>

¹⁸³ Este sería uno de los supuestos que justifica la dilatación del procedimiento más allá de las seis semanas legalmente previstas.

¹⁸⁴ FORCADA MIRANDA, FRANCISCO-JAVIER: El nuevo Proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II). BITÁCORA MILLENNIUM DIPr. Revista número 3. Forcada Miranda es Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid y representante de España ante la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya.

¹⁸⁵ A excepción de Dinamarca.

¹⁸⁶ La SAP Castellón 12 junio 2014 sintetiza la actual posición jurisprudencial sobre este concreto supuesto: “la invocación del art. 1902 del CC por el actor como fuente de su derecho sugiere el debatido, actual y complejo interrogante de la aplicación del derecho de daños a la familia pues, si una inicial consideración del matrimonio como cuerpo unitario (del marido y la mujer) y la primacía del interés supraindividual sobre el individual de los integrantes de la familia así como de sus respectivos deberes y derechos como de carácter ético o moral decidió y sostuvo, en su momento, el criterio de la inmunidad o privilegio conyugal que rechazaba la aplicación del régimen ordinario de la responsabilidad por daño a los causados entre sí entre los miembros integrantes de la familia por incumplimiento de sus deberes conyugales o paterno filiales, semejante parecer está en decadencia y revisión por la doctrina moderna sustentada en la idea de la familia y el matrimonio como comunidad (y no como institución) donde cada uno de los individuos integrantes desarrolla su personalidad (según visión que comparte la EM de la Ley 15/2005 de 8 de julio para justificar la reforma de la separación y el divorcio) lo que le lleva también a rechazar el principio de especialidad (de acuerdo con el cual en el seno del derecho de familia las consecuencias de los incumplimientos de los deberes por sus integrantes solo pueden ser aquellas específicamente recogidas por la norma y de lo que es reflejo la STD DE 30-7-1999), y que opta decididamente por la resarcibilidad de los daños causados dentro del matrimonio y la familia aplicando el régimen tanto de la culpa contractual como, mas singularmente, el de la extracontractual trasladándose el debate, a partir de ese presupuesto, a la identificación del hecho dañoso (su carácter reiterado y grave en aras de evitar una excesiva proliferación de reclamaciones y porque los parámetros con que han de analizarse la convivencia matrimonial o familiar no pueden ser, a efectos de imputación, asimilados a los propios de la convivencia social), al nexo de causalidad y, sobre todo, al criterio de imputación del daño al cónyuge infractor (por lo dicho del muy específico y especial ámbito en que se produciría el hipotético daño) siendo uno de los supuestos más frecuentes de entre los que motivan este examen el de la revelación de que el hijo que se consideró y trató como propio se conoce después como que no lo es y el posible daño moral consecuente resarcible (de lo que son ejemplos las SS A.P. Valencia de 2-11-2.004 y 5-9-2.007, Barcelona 16-1-2.007, León 2-1-2.007, Cádiz 3-4-2.008 y Murcia 18-11-2.009 todas dictadas en sentido positivo, apreciando el daño moral reclamado). Aborda esta problemática extensamente la SAP Ciudad Real 2ª 52 29-2-2012”.

¹⁸⁷Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Buscemi c. Italia nº 29569/95 y Saleck Bardi c. España nº 66167/09.

¹⁸⁸En el caso de medidas adoptadas de mutuo acuerdo.

¹⁸⁹En aquellos casos en que las medidas hayan sido determinadas mediante la resolución judicial que pone fin al proceso contencioso.

¹⁹⁰ Artículo 154 CC. Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su

personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.

¹⁹¹ En muchas ocasiones ni siquiera se intenta el acuerdo, acudiendo directamente a la vía judicial.

¹⁹² Artículo 142 CC. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

¹⁹³ Las decisiones sobre el cambio de colegio de los hijos deben ser adoptadas de mutuo acuerdo por ambos progenitores por afectar al ejercicio conjunto de la patria potestad (AP Las Palmas, Auto de 30/03/06). La madre reconoció en el interrogatorio que para el cambio del colegio no se puso de acuerdo con el padre, ni solicitó autorización judicial. Y esta decisión unilateral de la madre de cambio del colegio al que asisten los hijos vulnera la patria potestad compartida que ostentan ambos progenitores, por lo que procede requerirla para que de inmediato reintegre a los hijos al antiguo colegio (AP Madrid Auto de 31/03/08).

¹⁹⁴ Generalmente la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

¹⁹⁵ STC 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁹⁶ Ya sea en el auto de medidas provisionales o sentencia de separación, divorcio o relaciones paterno-filiales. También es posible que se determine provisionalmente en la orden de protección dictada en el proceso penal. Por último, nada impide que sean los propios progenitores quienes lo regulen mediante contrato privado (verbal o escrito), sin perjuicio de la intervención judicial en caso de incumplimiento.

¹⁹⁷ Las opciones que contempla el CC son la atribución de la guarda y custodia de los menores de forma compartida, o bien a favor de uno de los progenitores con un régimen de comunicación y estancia del menor con el otro. También es posible establecer un régimen de visitas a favor de los abuelos (art. 90 B) CC).

¹⁹⁸ En adelante, TEDH.

¹⁹⁹ Artículo 8 CEDH: Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de

su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²⁰⁰Salvo que hayan sido expresamente privados de ella por resolución judicial.

²⁰¹Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionales una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

²⁰² Debidamente representado por la persona que deba suplir su capacidad conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la LEC.

²⁰³El TEDH declarará la vulneración del derecho fundamental por parte del Estado en caso de no se hayan utilizado los mecanismos necesarios para la efectividad del derecho, pero en ningún caso la sentencia que dicte afectará al particular.

²⁰⁴ Artículos 705 y ss. LEC.

²⁰⁵Artículos 102 y 104 CC.

²⁰⁶ Artículo 91 CC.

²⁰⁷ Lógicamente, a los insolventes no les afecta en la práctica.

²⁰⁸ Artículo 224, párrafo segundo, del Código Penal: “En la misma pena (prisión de seis meses a dos años) incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”.

Artículo 618.2 Código Penal: “El que incumpliera obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días”.

²⁰⁹Artículos que regulan la responsabilidad civil contractual y extracontractual, respectivamente.

²¹⁰ “La doctrina mayoritaria concibe el daño moral por oposición al daño puramente patrimonial como aquél que afecta a bienes o derechos de naturaleza estrictamente personal, lo cual no es sino reflejo de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: los derechos patrimoniales y los extra patrimoniales o inherentes a la personalidad. La lesión de los primeros genera un

daño patrimonial mientras que la conculcación de alguno de los integrados en la segunda categoría origina un daño moral...

De las sentencias dictadas por el alto tribunal se aprecia una configuración claramente objetiva del daño moral por referencia al bien jurídico lesionado pero también se observa una cierta configuración del daño moral referido a cualquier atentado que incida en la esfera psíquica del sujeto afectado de modo que no se comprenden exclusivamente los daños morales derivados de una lesión a bienes jurídicos concretos sino a bienes o intereses de naturaleza inmaterial, sin necesidad de tipificación sistemática.

No obstante, la afección debe ser de cierta entidad, ya que deben excluirse las molestias, disgustos o alteraciones que derivan de cualquier incumplimiento, pues se trata de evitar una generalización de la indemnización del daño moral o de impedir que su reparación suponga un complemento a la indemnización que suponga una duplicidad de indemnizaciones con el consiguiente enriquecimiento del deudor...

Por otra parte, no resulta de esencial importancia en la determinación del daño moral la naturaleza de la relación jurídica que medie entre los litigantes, ni tampoco el carácter de la prestación cuyo incumplimiento de lugar a su aparición. Lo que genera la obligación de indemnizar el daño moral es la existencia del incumplimiento, el juicio de imputabilidad y su producción efectiva en relación de causalidad, salvo que pueda presumirse razonablemente por notoriedad o máxima de experiencia su producción como consecuencia necesaria del incumplimiento”.

²¹¹ Aunque puede presumirse por notoriedad o máxima de experiencia cuando sea una consecuencia necesaria del incumplimiento, acción u omisión.

²¹² En los casos de nulidad matrimonial o relaciones paterno-filiales.

²¹³ En los casos de divorcio.

²¹⁴ “...el *dies a quo* para el ejercicio de la acción y para contar el plazo del año de acuerdo con el art 1968,2 CC es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad... Por consiguiente, el daño solo se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad”.

²¹⁵ “En esta demanda D. Paulino ha ejercido la acción de responsabilidad civil extracontractual por incurrir los demandados en la infracción del artículo 1902 CC. Es cierto que en realidad la demandada ha infringido, al menos, una obligación legal impuesta a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160

CC que establece el derecho de los progenitores a relacionarse con el hijo, pero al haberse ejercitado la acción por responsabilidad extracontractual, la Sala, en virtud del principio de congruencia, debe resolver sobre el plazo de prescripción de la acción realmente ejercitada”.

²¹⁶ “Debemos examinar, por consiguiente, los requisitos que esta Sala ha venido exigiendo para la existencia de la obligación de responder de acuerdo con lo dispuesto en el art 1902 CC.

El primer requisito exigido consiste en la concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. De acuerdo con los antecedentes resumidos en el Fundamento primero y los documentos que aparecen en los autos, ...D^a Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor su hijo pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente porque en las diversas resoluciones reseñadas aparece actuando por medio de procurador. Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales.

El segundo elemento que hay que estudiar es si concurre o no daño. El problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos, hasta el punto de que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no solo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo.

El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Debe tenerse en cuenta además un nuevo elemento y es que el moderno derecho de familia rechaza la imposición coactiva de obligaciones que puedan limitar la personalidad de los individuos, por lo que aun cuando sea posible sancionar el incumplimiento de las obligaciones entre padres e hijos, se imponen modulaciones en interés de los propios hijos”.

²¹⁷ “Este tipo de daños ha empezado a ser considerado en diferentes Tribunales como fuente de la indemnización. El Tribunal de Roma, en sentencia de 13 junio 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas, condenó a la

madre a indemnizar al padre por haberlo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo. Entendió que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho.

...el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso *Elholz vs Alemania*, sentencia de 13 julio 2000) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. ...Hay que poner de relieve que, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (Sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 julio 2000, caso *Ciliz vs Países Bajos*)”.

²¹⁸ “En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

²¹⁹ Incluyendo los morales.

²²⁰ Incluido el Tribunal Constitucional.

²²¹ Incluyendo el daño moral.

²²² Salvo el breve paréntesis de la Segunda República.

²²³ Artículo 59 CC: “El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario”.

²²⁴ Artículo 60 CC: “El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador”.

²²⁵ Artículo 61 CC: “Tampoco puede la mujer, sin licencia o por poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley”.

²²⁶ Incluso se hacía constar en determinados documentos oficiales, como por ej. el DNI, que la profesión de la mujer era “sus labores”.

²²⁷ Dado que uno de los criterios de interpretación de las normas es, precisamente, la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, tal como establece el artículo 3.1 CC.

²²⁸ Tal como se recoge ya en el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental y se analiza posteriormente.

²²⁹ Artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social: “...Asimismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante”.

²³⁰ STS, Sala 4ª, 29 enero 2014: “...el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa - más allá de los alimentos de los hijos - tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente permitirá el acceso, en su caso, a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. En realidad, resulta difícil impedir el acceso a la prestación en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el supérstite sea acreedor a cualquier suma periódica a costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma.

La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria *strictu sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación, o su naturaleza jurídica”.

²³¹ Introducida por Ley 15/2005, de 8 de julio.

²³² Entre otras, la edad, estado de salud, cualificación profesional, duración del matrimonio, etc.

²³³ Artículo 97. 9ª CC: “Cualquier otra circunstancia relevante”.

²³⁴ Artículo 100 CC.

²³⁵ El artículo 101 CC contempla las siguientes: Por el cese de la causa que la motivó (lo que habrá que entender como cese del desequilibrio), por contraer el acreedor nuevo matrimonio y por vivir maritalmente con otra persona. No obstante, existen otras causas de extinción que examinaremos más adelante.

²³⁶ STS 27 octubre 2011: "... esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal.

²³⁷ STS, Sala 1ª, 2 diciembre 1987: "...debemos declarar y declaramos que la llamada pensión compensatoria, regulada en el art. 97 del Código Civil, no puede acordarse por el Juez de oficio y sí, sólo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio". En el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS 25 marzo 2014, que cita la anterior.

²³⁸ No cabe aplicar el artículo 97 CC a las uniones de hecho, aunque algunas resoluciones judiciales lo aplican por analogía (SSAP Las Palmas 29 octubre 2002, Madrid 16 enero 2003, Cádiz 12 noviembre 2003, Murcia 8 marzo 2004). Parece más adecuado en estos casos recurrir al concepto de "enriquecimiento injusto", en aplicación de los artículos 10.9 y 1.887 CC, para lograr la compensación o indemnización que pueda resultar procedente.

²³⁹ No es posible establecerla como medida provisional, dado que no la contempla el artículo 103 CC. A mayor abundamiento, el procedimiento de medidas provisionales finaliza mediante Auto, mientras que la pensión compensatoria ha de ser establecida por sentencia.

²⁴⁰ SAP Barcelona 27 abril 2005.

²⁴¹ Artículo 1.255 CC: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente..."

²⁴² Véase Pérez Martín, Antonio Javier: *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, número 115. El Derecho Editores. 1 de septiembre de 2011.

²⁴³ A través del procedimiento establecido en el artículo 770 y concordantes de la LEC.

²⁴⁴ SSAP Asturias 30 junio 2005 y SSTSJ Cataluña 28 octubre y 11 diciembre 2003.

²⁴⁵ En caso de que en el convenio regulador o sentencia no se hayan previsto las bases para la actualización, la misma se llevará a cabo aplicando el IPC del año anterior. La actualización se puede llevar a cabo en cualquier tiempo, mientras que los atrasos prescriben por el transcurso de cinco años "La referida pensión por desequilibrio participa de la naturaleza de una deuda de valor que, como tal, se

hace susceptible en su efectividad de mecanismos de actualización,...En consecuencia, la no reclamación por la acreedora durante varios años de las actualizaciones que le correspondían no implica la renuncia, y tampoco la exclusión, de un derecho que la ley le atribuye, ...Debe, por ello, distinguirse entre la revalorización en sí, que es imprescriptible por la propia naturaleza de la pensión, y los atrasos derivados de la misma, que pueden caer, por el contrario y previa su invocación por el obligado, bajo las previsiones del artículo 1966. (SAP Madrid 12 mayo 2006).

²⁴⁶ SSAP Álava 25 marzo 1999 y Valladolid 10 septiembre 1996.

²⁴⁷ SAP Albacete 29 julio 2004.

²⁴⁸ Desde que se acredite la convivencia, generalmente.

²⁴⁹ Hay que tener en cuenta que en las prestaciones de tracto sucesivo el *dies a quo* es el del primer impago, no el de la sentencia.

²⁵⁰ Artículo 1.966 CC.

²⁵¹ En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5ª, de 29 mayo 2009: "Para el cálculo de la pensión compensatoria la cantidad que percibe el esposo debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer".

²⁵² El Anteproyecto de Ley sobre Corresponsabilidad Parental establece que debe quedar garantizado en todo caso el derecho de los menores a una vivienda digna (nueva redacción del artículo 96.1).

²⁵³ Ya sea en régimen de guarda y custodia compartida o durante el período de visitas.

²⁵⁴ Como por ejemplo la pensión no contributiva, la ayuda familiar, la RAI, etc.

²⁵⁵ Según se refleja en la STS 1 marzo 2011, "La obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia".

²⁵⁶ Artículo 1.1 CE: "España se constituye en un Estado social ..."

²⁵⁷ Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado en julio de 2013 y actualmente en trámite.

²⁵⁸ La sentencia dictada por el Juzgado Mixto número 3 de Linares (Jaén) el 5 de abril de 2011 en los autos 73/2011, no aprueba las cláusulas relativas a la liquidación de gananciales “...en tanto no es susceptible de ser aprobado el pacto de liquidación por vía del proceso de petición de divorcio, existiendo un proceso especial de liquidación del régimen conyugal (art. 860 y ss LEC) dotado de particularidades y caracteres que han de ser respetados...”.

²⁵⁹ Recordemos que la liquidación comienza por la formación del inventario conforme a lo establecido en el artículo 809 LEC. Y, una vez firme el mismo, hay que proceder a la liquidación a través del procedimiento regulado en los artículos siguientes.

²⁶⁰ En la actualidad únicamente se puede efectuar la liquidación de los bienes de carácter ganancial, y únicamente en los procedimientos consensuales.

²⁶¹ Según los resultados de la EPA del primer trimestre de 2014, la tasa de emancipación de los jóvenes de entre 16 y 29 años es del 23,78%. Por tanto, respecto del 76,22% las obligaciones de los progenitores se pueden prolongar durante más de veinte años (Fuente: www.injuve.es. Fecha de la consulta: 15 de julio de 2014).

²⁶² La obligación de prestar alimentos a los hijos se mantiene incluso después de la mayoría de edad cuando no han terminado su formación por causas que no les sean imputables (Art. 142 CC). La previsión contenida en este artículo como excepción se ha convertido en la regla general en la actualidad, puesto que prácticamente ningún joven ha acabado su formación a los dieciocho años.

²⁶³ Incluyendo los seguros vinculados a dichas obligaciones.

²⁶⁴ El supuesto más común es el contrato de alquiler.

²⁶⁵ Ley 30/1981, de 7 de julio.

²⁶⁶ El subrayado se ha añadido para resaltar las materias excluidas.

²⁶⁷ La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entró en vigor el día 8 de enero de 2001.

²⁶⁸ La STS 4 diciembre 2012 recuerda la especialidad en materia probatoria aplicable a los procedimientos matrimoniales, entre otros: “Constituye doctrina consolidada (SSTS de 2 de noviembre de 2011, RC n.º 1003/2010; 5 de octubre de 2011, RC n.º 185/2009; 13 de junio de 2011, RCIP n.º 1255/2009 y 25 de abril de 2011, RC n.º 646/2008) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia (como las recogidas en los artículos 271.1 LEC y 460 LEC) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1 LEC contiene dos reglas sobre la

prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decreta de oficio cuantas pruebas estime pertinentes”.

²⁶⁹ El acceso a la casación generalmente tiene lugar a través del supuesto de “interés casacional”, si bien nada impide que puedan hacerlo por razón de la cuantía.

²⁷⁰ Los argumentos en contra se pueden resumir, básicamente, en la falta de previsión legal expresa y la imposibilidad de prever una evolución favorable en la fortuna del beneficiario. La temporalidad de la pensión se defiende, por el contrario, con numerosos argumentos: su finalidad es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas; no es una renta vitalicia, ni el matrimonio genera *per se* derecho a percibirla; la temporalidad de la pensión fomenta la autonomía económica, evita la pasividad del beneficiario y potencia el afán de reciclaje o reinserción laboral, cumpliendo así una función preventiva de la desidia o indolencia del receptor; evita situaciones abusivas y previene conductas fraudulentas, fomentando la autonomía basada en la dignidad de la persona; etc.

²⁷¹ Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980.

²⁷² “Esta Sala debe declarar que la reforma del año 2005 vino a mencionar expresamente la posibilidad de fijar una pensión temporal, pero con anterioridad era ya una práctica admitida” (STS 26 marzo 2014).

²⁷³ Se refiere a los relacionados en el artículo 97 CC.

²⁷⁴ Cuando la percepción de la pensión compensatoria aleja a su beneficiario del mercado laboral o profesional, cesan o no comienzan sus cotizaciones sociales y, en consecuencia, la posibilidad de acceder en el futuro a prestaciones (desempleo, jubilación, etc.) derivadas del régimen público.

²⁷⁵ Artículo 3.1 Código Civil.

²⁷⁶ Aborda el análisis de la regulación establecida en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria CALAZA LÓPEZ, M.S “*El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores (1)*”, en Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 8564, 2015.

REVISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GUARDA
Y CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS
DEL MENOR: NOVEDADES EN TORNO
A LA FUTURA LEY DE CORRESPONSABILIDAD
PARENTAL

JURISPRUDE REVISION OF THE CUSTODY AND THE INTEREST
OF THE CHILD: THE FUTURE LAW OF PARENTAL
CO-RESPONSABILITY

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ

Abogada. Profesora Tutora. Doctoranda del Departamento de Derecho
civil de la UNED¹

Sumario: I. APUNTES PREVIOS: LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA. II. NORMATIVA VIGENTE. 1. Orden de protección. 2. Guarda y custodia consensuada. 3. Guarda y custodia judicialmente determinada. III. CRITERIOS ACTUALES Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA. 1. Supuestos en los que resulta posible su adopción. 2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo. A) Excepcionalidad. B) Relación entre los progenitores. C) Régimen normal y deseable. D) Imprescindible petición de parte. E) No basta una motivación puramente retórica. F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas. G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad. H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento

¹ Agradezco al Departamento de Derecho civil de la UNED, el apoyo que me han dispensado y en particular a mis directoras de tesis por las revisiones sucesivas de mis trabajos y artículos, Profesora M.^a Fernanda Moretón Sanz y M.^a Paz Pous de la Flor.

en las nuevas tendencias. IV. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA. VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Resumen: La seguridad jurídica en materia de guarda y custodia aconsejan establecer criterios comunes de actuación. El objetivo es la tutela del supremo interés del menor, principio rector en esta materia. La STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) ha establecido como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

Palabras clave: Guarda y custodia; interés del menor; crisis matrimoniales; corresponsabilidad parental

Abstract: Legal certainty regarding custody advice establish common performance criteria. The objective is the protection of the interests of the child, guiding principle in this matter. The STS April 29, 2013 (EDJ 2013/58481) has been established as legal doctrine that shared custody is to be regarded as the normal regime and more convenient for the child.

Key words: Custody; interest of the child; marital crisis; parental responsibility.

Recepción original: 28/04/2014

Aceptación original: 26/05/2014

I. APUNTES PREVIOS: LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

La ordenación de las relaciones entre el menor y sus progenitores ante la desintegración familiar se efectúa, de ordinario, mediante el correspondiente pronunciamiento judicial sobre guarda y custodia². Medidas, por otra parte, de gran repercusión tanto en el aspecto personal como en el patrimonial³, por lo que resultan una de las cuestiones más controvertidas. Así mismo, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico consagra la igualdad no solo como derecho fundamental⁴, sino también como valor superior⁵ que debe

² Incluso en el procedimiento consensual, dado que el convenio regulador ha de ser aprobado judicialmente.

³ Nos referimos, fundamentalmente, a la atribución del uso del domicilio y ajuar familiar y la pensión de alimentos.

⁴ Artículo 14 CE.

⁵ Artículo 1.1 CE.

presidir toda actuación pública. Todo ello aconseja unificar los criterios de actuación sobre la materia, a modo de protocolo al que puedan remitirse los operadores jurídicos. Dicha seguridad o certeza legal y judicial se hace más evidente dada la coexistencia de la normativa estatal con la de nuestras Comunidades Autónomas, si bien se reclama también ante la diversidad de criterios seguidos en territorio común.

La fórmula para lograr esa deseada unificación de criterios no puede ser otra que la elaboración, consolidación y aplicación homogénea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, dado que de conformidad con lo establecido por el art 1.5 del Código Civil (en adelante, CC), la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico y, por tanto, debería ser aplicada por todos y cada uno de los órganos judiciales con independencia de su ubicación dentro del territorio nacional.

En nuestro país con carácter general la guarda y custodia de los menores se ha venido atribuyendo a la madre, con el consabido régimen de visitas a favor del padre. Patrón que se mantiene en la actualidad según informe sobre porcentajes de atribución de la guarda y custodia publicado por el INE en relación con el año 2012, al cual haremos mención más adelante. Sin embargo, es evidente que el sustrato social en el que se fundamentaba tradicionalmente la atribución de la guarda y custodia a la madre ha variado de forma sustancial, puesto que en la actualidad tanto el hombre como la mujer trabajan fuera del hogar y, así mismo, comparten las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, con la ayuda inestimable de los abuelos. Tal vez por ello cada vez son más los varones que solicitan la atribución de la guarda y custodia de sus hijos menores, bien de forma exclusiva, bien para compartirla con la madre. En definitiva, el hombre ya no se conforma con «visitar» a sus hijos y tenerlos esporádicamente en su compañía, sino que exige compartir sus cuidados y educación en términos de estricta igualdad. Los abundantes foros, páginas web y otros movimientos sociales activos en diversos ámbitos, son buena prueba de ello.

En resumen, la sociedad española actual está demandando un cambio radical en esta materia para que la guarda y custodia de los hijos menores de edad se reparta entre sus progenitores en términos de estricta igualdad y sin discriminación alguna por razón de sexo, tal como proclama el artículo 14 de la vigente Constitución. No podemos olvidar que, conforme establece el artículo 3.1 del CC, uno de los parámetros a tener en cuenta en la interpretación y aplicación de la Ley es, precisamente, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

Aunque esa «rebelión» de los padres españoles está dando sus frutos tanto en el ámbito judicial⁶, como en el ámbito legislativo a través de las modificaciones llevadas a cabo en determinadas legislaciones autonómicas⁷, no cabe duda de que aún queda mucho camino por recorrer. Y el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental, aprobado por el Gobierno de la Nación en julio de 2013 y actualmente en trámite de audiencia, podría ser un buen punto de partida para esa andadura⁸.

En cualquier caso no cabe duda de que la regulación de la guarda y custodia de los menores es un tema candente y altamente conflictivo por la gran repercusión que su atribución a uno u otro de los progenitores conlleva en la práctica. Y ello porque no solo afecta a las relaciones personales, sino también a las patrimoniales, dado que con carácter general el progenitor que obtiene la guarda y custodia tiene derecho al uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar, así como a administrar la pensión de alimentos que el progenitor no custodio viene obligado a abonar. Y todo ello hasta tanto los hijos se independicen personal y económicamente, lo que en muchas ocasiones supone un lapso de tiempo demasiado largo. Entretanto, el otro progenitor se ve alejado de sus hijos, frecuentemente sin un lugar donde vivir y con la obligación de pagar cantidades a las que, en ocasiones, ni siquiera puede hacer frente. Impago de pensiones que, por otra parte, está tipificado como delito⁹.

II. NORMATIVA VIGENTE

Las medidas que afectan a los menores ante la ruptura de sus progenitores están contenidas básicamente en el Capítulo IX del Título I

⁶ La STS, Sala Primera, número 257/2013, de 29 de abril, declara la doctrina jurisprudencial sobre interpretación del artículo 92.5, 6 y 7 del CC, estableciendo que debe estar fundada en el interés del menor; así como que la guarda y custodia compartida no debe considerarse algo excepcional, sino que por el contrario debe ser lo normal y deseable.

⁷ Código de Derecho Foral de Aragón, Código Civil de Cataluña.

⁸ El Anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, e informado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 19 de septiembre de 2013. En dicho informe se pone de manifiesto la «conveniencia» de modificar numerosos aspectos del Anteproyecto. Por su parte, la Asociación Española de Abogados de Familia elaboró un informe el 24 de octubre de 2013 en el cual directamente se proponen redacciones alternativas a la práctica totalidad de los artículos contenidos en el Anteproyecto. El Anteproyecto puede consultarse en la página web del Ministerio de Justicia www.mjusticia.gob.es

⁹ El impago de pensiones está tipificado por el artículo 227 del Código Penal, y castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de de seis a veinticuatro meses.

del CC bajo la rúbrica «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», así como en el Capítulo X del mismo Título, rubricado «De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio». Las citadas medidas resultan aplicables tanto a los hijos matrimoniales como a los no matrimoniales, en virtud de la regla sexta del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Si bien la ruptura de los progenitores en nada afecta al ejercicio de la patria potestad, que seguirá ejerciéndose conjuntamente por ambos salvo que la sentencia se pronuncie sobre la privación de la misma, la custodia de los hijos menores de edad y no emancipados sí se ve afectada por la crisis familiar, debiendo pronunciarse el Juez sobre la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía en caso de que los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo al respecto, así como cuando dicho acuerdo no sea aprobado judicialmente¹⁰.

De la conjunción de los artículos 92, 94 y 160 del CC se colige que nos encontramos ante un derecho-deber del progenitor, puesto que, por un lado, el primero de los preceptos citados establece que «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos», de donde se deduce que continúan teniendo, entre otras, la obligación de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Obligaciones todas ellas derivadas de las funciones que comprende la patria potestad¹¹. Por otra parte, los artículos 94 y 160 del CC configuran el derecho de visitas como una verdadera facultad atribuida por la ley a favor del progenitor que no tiene la guarda y custodia de los menores, facultad que podrá limitar o suspender el juez si concurren circunstancias graves que así lo aconsejen, o bien cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. En cualquier caso, el régimen de visitas debe ser entendido como un mal menor tendente a permitir unas relaciones paterno-filiales estables que haga posible cubrir las necesidades afectivas tanto del menor como del progenitor que no tiene la guarda y custodia, así como las necesidades educacionales y de estabilidad de los hijos para que la separación de los padres les afecte lo menos posible. Así se refleja en numerosas resoluciones judiciales, de entre las cuales citamos el auto de la AP de Valencia

¹⁰ Artículo 103.1.º del CC.

¹¹ Funciones configuradas por el artículo 154 del CC.

de 27-1-1994: «Debe buscarse siempre el interés y beneficio objetivo de la menor, y es evidente que para un hijo es provechoso el contacto con uno y otro progenitor para alcanzar un desarrollo pleno y armónico».

El artículo 90 del CC establece, entre los extremos a los que necesariamente habrá de referirse el convenio regulador que los cónyuges han de acompañar a la demanda de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, los referentes a la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sometidos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los menores con el progenitor que no viva con ellos. Por su parte, el artículo 103 del mismo cuerpo legal hace lo propio en relación con las medidas provisionales que habrá de acordar el juez en defecto de acuerdo de ambos cónyuges. Finalmente, el artículo 91 impone al Juez la obligación de establecer dichas medidas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, cuando no haya acuerdo entre los progenitores o bien el mismo no sea aprobado.

En la actualidad las medidas sobre guarda y custodia de los hijos menores pueden quedar fijadas de las tres formas que se exponen a continuación:

1. Orden de protección

Entre las diversas medidas que cabe incluir en la orden de protección que regula el artículo 544-ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el apartado 7 del citado precepto legal incluye las de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y el régimen de prestación de alimentos. Solo cabe acordarlas cuando no existan previamente y tienen una vigencia inicial de treinta días. Si durante ese plazo se incoa un procedimiento de familia ante el orden civil, la vigencia de las medidas adoptadas en el ámbito penal se amplía durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, debiendo ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez civil en ese término.

2. Guarda y custodia consensuada

Es la que pactan los progenitores en el convenio regulador al que se refiere el artículo 90 del CC, o bien mediante el acuerdo al que pueden llegar en la comparecencia de medidas previas¹², medidas provisionales¹³, o bien en la vista del proceso de nulidad, separación o divorcio¹⁴. Alcanzado el acuerdo, y previo informe no vinculante del Ministerio Fiscal, el juez debe acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia, tal como establece el artículo 92.5 del CC. Ahora bien, no procederá en ningún caso la guarda conjunta en caso de que alguno de los progenitores esté incurso en un procedimiento penal por alguno de los delitos que se relacionan en el apartado 7 del mismo precepto legal, ni cuando existan indicios fundados de violencia doméstica.

La medida sobre guarda y custodia de los hijos menores viene regulada en el apartado A) del artículo 90 del CC en los siguientes términos: «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos».

Por tanto, y salvo los casos excluidos por el artículo 92.7 del CC, la guarda y custodia de los menores puede distribuirse de mutuo acuerdo entre ambos progenitores como tengan por conveniente, sin perjuicio del necesario refrendo judicial cuyo objetivo es garantizar que se tutelen convenientemente los intereses de los menores implicados. Las distintas posibilidades pueden resumirse como sigue:

- Atribuir la guarda y custodia de todos los hijos menores íntegramente a uno de los progenitores.
- Atribuir la guarda y custodia de uno o varios hijos a la madre y la del resto al padre.
- Distribuir la guarda y custodia entre ambos progenitores de forma que los menores permanezcan un determinado tiempo con cada uno de ellos en sus respectivos domicilios (15 días, un mes, seis meses, etc.).

¹² Artículo 771.2 de la LEC.

¹³ Artículo 773.3 de la LEC.

¹⁴ Artículo 774.1 de la LEC.

- Establecer un domicilio para los hijos en el cual se vayan alternando los padres temporalmente para ejercer la guarda y custodia.

Partiendo del modelo de guarda y custodia elegido, los progenitores habrán de pactar también los restantes extremos que atañen a los hijos menores, en particular cuál será su domicilio, el pago de los gastos ordinarios y extraordinarios y el régimen de visitas del progenitor no custodio, en su caso.

El procedimiento consensual está regulado en el artículo 777 de la LEC. Presentada la demanda junto con la propuesta de convenio regulador, y previa ratificación de los cónyuges en la petición de separación o divorcio, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos. Practicada la prueba propuesta por los cónyuges y la que el tribunal considere necesaria¹⁵, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose sobre el convenio regulador presentado. Este último pronunciamiento puede consistir en:

- Aprobar el mismo, cuando estime que tutela suficientemente el interés de los menores.
- No aprobarlo en todo o en parte. En este caso el tribunal concederá a las partes un plazo de diez días para proponer un nuevo convenio. Si el documento reformado tampoco es aprobado, el tribunal dictará auto estableciendo las medidas que considere oportunas.

La resolución judicial que apruebe en su totalidad la propuesta de convenio regulador solo podrá ser recurrida, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal. La que deniegue la separación o el divorcio, y la que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges, podrá ser recurrida en apelación. Por último, las medidas así adoptadas podrán ser modificadas bien de mutuo acuerdo, bien en proceso contencioso¹⁶.

3. Guarda y custodia judicialmente determinada

Cuando no existe acuerdo entre los progenitores el régimen de guarda y custodia ha de ser necesariamente establecido por el tribu-

¹⁵ Incluida, si procede, la exploración de los menores.

¹⁶ Artículo 777 de la LEC.

nal competente aplicando el artículo 92 del CC que, resumidamente, establece lo siguiente:

- Que el juez puede acordar la privación de la patria potestad, así como decidir que la misma se ejerza total o parcialmente por uno de los progenitores.
- Que la guarda y custodia compartida se acordará siempre que exista acuerdo entre ambos progenitores (inicial o sobrevenido), o bien, de forma excepcional, a instancia de una de las partes y previo informe del Ministerio Fiscal.
- Que en ningún caso procederá la guarda conjunta cuando alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por alguno de los delitos relacionados en el apartado 7 del citado artículo, ni cuando existan indicios fundados de violencia doméstica.
- Que antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia el juez debe recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores, valorar las alegaciones de las partes y la prueba practicada, así como la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.

Los procedimientos establecidos en la LEC para la adopción de medidas son los que se exponen a continuación. En todos los casos, las medidas adoptadas son inmediatamente ejecutivas dado que, por un lado, el auto de medidas previas o provisionales no admite recurso alguno¹⁷; y, por otro lado, los recursos que puedan interponer las partes contra la sentencia que pone fin al procedimiento no suspende la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en dicha sentencia¹⁸. Por lo que se refiere a su ejecución forzosa, el artículo 776 de la LEC remite a las normas generales establecidas en el Libro III de la misma Ley, con las especialidades que se detallan en el propio artículo¹⁹.

¹⁷ Artículos 771.4, 772, y 773.3, todos ellos de la LEC.

¹⁸ Artículo 774.5 de la LEC.

¹⁹ Las especialidades de ejecución consisten, básicamente, en: 1) La posibilidad de imponer multas coercitivas sin límite de tiempo; 2) No procede la sustitución automática en caso de incumplirse obligaciones pecuniarias; 3) El incumplimiento reiterado del régimen de visitas por cualquiera de los progenitores puede conllevar la modificación del régimen de guarda y custodia; 4) En caso de ejecución de gastos extraordinarios que no estén expresamente contemplados en las medidas, es necesaria la declaración judicial previa de que la cantidad reclamada tiene el carácter de gasto extraordinario.

a) Medidas previas a la demanda²⁰.—El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del CC, entre las cuales se encuentra la que es objeto de estudio. El procedimiento aplicable es el previsto en el artículo 771 de la LEC que, resumidamente consiste en que el Secretario judicial cita a las partes a una comparecencia dentro de los diez días siguientes; si no hay acuerdo o el mismo no se aprueba judicialmente, se oye a las partes y se practican las pruebas que procedan. Si alguna de ellas no puede practicarse en el acto, se practicará dentro del plazo de diez días. Seguidamente el tribunal resuelve mediante auto, contra el que no cabe recurso alguno.

Las medidas así acordadas solo subsisten si se interpone la demanda de nulidad, separación o divorcio dentro de los treinta días siguientes, en cuyo caso se unirán las actuaciones sobre adopción de medidas, pudiendo el tribunal completar o modificar las mismas previa celebración de nueva comparecencia²¹.

b) Medidas provisionales.—Una vez interpuesta y admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen por ministerio de la Ley los efectos a que se refiere el artículo 102 del CC²² y pueden adoptarse todas o alguna de las medidas contempladas en el artículo 103 del CC, a petición de parte y con carácter provisional entretanto se tramita el procedimiento principal²³. En cuanto al procedimiento, el artículo 773 de la LEC remite al mismo que hemos expuesto en relación con las medidas provisionalísimas.

También el demandado puede solicitar en la contestación a la demanda que se adopten medidas provisionales, cuando las mismas no hayan sido fijadas anteriormente ni se haya solicitado su adopción por la parte demandante. En este caso la petición se sustanciará en la vista principal siempre que la misma se celebre en el plazo de diez días, y si no es posible hacerlo en el breve plazo indicado se convocará igualmente a ambos cónyuges a la comparecencia antes referida.

²⁰ También denominadas en la práctica forense «provisionalísimas».

²¹ Artículo 772 de la LEC.

²² Los cónyuges pueden vivir separados, cesa la presunción de convivencia conyugal, quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y cesa la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

²³ No es posible la adopción de medidas provisionales cuando ya se hayan adoptado anteriormente, bien como previas a la interposición de la demanda matrimonial, bien como medidas cautelares en el proceso penal ex artículo 544-ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las medidas provisionales mantendrán su vigencia hasta que sean sustituidas por las fijadas en la sentencia que ponga fin al proceso de nulidad, separación o divorcio.

c) Medidas definitivas.–Son aquellas que se adoptan en la sentencia que pone fin al proceso de nulidad, separación o divorcio. El procedimiento es el previsto en los artículos 770 y 774 de la LEC.

En todos los casos, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes²⁴. Igualmente es preceptiva la intervención de abogado y procurador, si bien ambos cónyuges pueden valerse de una sola defensa y representación en los supuestos consensuados²⁵. No obstante, cuando alguna de las partes solicite la ejecución forzosa de las medidas pactadas, el Secretario requerirá a la otra parte para que designe nuevo abogado y procurador.

III. CRITERIOS ACTUALES Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

De conformidad con la normativa vigente, en esta materia el criterio que debe primar sobre cualquier otro es el supremo interés del menor. Ahora bien, lo realmente dificultoso es concretar ese principio general o concepto indeterminado en cada caso para así poder decantarse por un concreto régimen de guarda y custodia.

En este sentido, la STS, Sala 1.^a número 495/2013, de 19 de julio de 2013, ha interpretado el mismo de la siguiente forma: «Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel».

A priori, pues, y salvo en determinados supuestos muy concretos en los cuales no resulte aconsejable la convivencia del menor con alguno de sus progenitores por existir una total y absoluta falta de inte-

²⁴ Artículo 749 de la LEC.

²⁵ Artículo 750 de la LEC.

rés hacia el niño o bien por algún otro motivo insoslayable²⁶, el supremo interés del menor debería hallarse en el mantenimiento de un *status* lo más parecido posible al que tenía antes de la ruptura de sus padres, de forma que su relación con ambos progenitores y sus respectivas familias cambie lo menos posible. Probablemente esta es la única forma de que el desarrollo físico y emocional del niño sea el adecuado. Y para lograr ese objetivo es evidente que se imponen los regímenes de guarda y custodia compartida, sin perjuicio de adecuar los pronunciamientos a las condiciones de todo tipo que concurran en cada caso concreto.

Tal como refleja en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a respetar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

Ese parece ser también el sentimiento generalizado de la población española en la actualidad, siendo muchas las personas de los ámbitos más diversos que se han pronunciado en público en este sentido. A título de ejemplo se transcriben parcialmente las manifestaciones efectuadas recientemente por el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Sr. Seijas Quintana²⁷: «El derecho de familia debe adaptarse a la realidad. Bajo esta premisa el magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, José Antonio Seijas Quintana, defendió ayer durante una conferencia ofrecida en el Ateneo Jovellanos las bondades de la custodia compartida. «Posiblemente esto no sea la panacea de los problemas de la ruptura familiar, pero a mi juicio es muy útil y beneficia sobre todo a los menores, que son los que hay que proteger. Hay otros sistemas igual de defendibles pero debería ir imponiéndose poco a poco la custodia compartida», argumentaba el juez admitiendo que aún «se están dando los primeros pasos en este campo»».

Y es que, pese a las bondades que el régimen de guarda y custodia compartida ofrece sobre el papel, la realidad es que la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales siguen atribuyendo la guarda y custodia de los menores a la madre²⁸, frente a las escasas resoluciones que optan por la guarda compartida²⁹, y las casi simbólicas que se la

²⁶ Enfermedades graves o ausencias prolongadas del progenitor, drogodependencias, etc.

²⁷ <http://www.lne.es/gijon/2013/12/13/seijas-quintana-aboga-imponer-guardia/1513904.html>. Fecha consulta: 21/04/2014.

²⁸ En el 81,7% de los casos.

²⁹ El 12,3% de los casos.

atribuyen al padre³⁰. En el resto de los casos se le atribuye a otros familiares o a instituciones públicas³¹. Sin embargo, como también hemos expuesto anteriormente en la actualidad no existe justificación objetiva alguna para que esos patrones se sigan perpetuando. Es más, son muchos los motivos que abogan precisamente porque la guarda y custodia se reparta entre ambos progenitores de forma más igualitaria, entre otros:

- Es la sociedad actual la que propugna el cambio, y su demanda debe ser tenida en cuenta como criterio de interpretación de la normativa aplicable³².
- De conformidad con nuestra vigente Constitución la igualdad es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico³³, está absolutamente vetada la discriminación por razón de sexo³⁴ y los poderes públicos están obligados a promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva³⁵.
- El mantenimiento del rol de cuidadora de los hijos en la mujer entorpece gravemente el proceso de igualación de sexos, impidiendo su inserción socio-laboral en condiciones de igualdad con el hombre y, consiguientemente, generar derecho a prestaciones por desempleo, incapacidad permanente o jubilación.

Podríamos continuar esbozando las razones que justifican un cambio radical en la materia, pero la realidad es que es que ni el legislador estatal se ha atrevido a coger al toro por los cuernos en el Anteproyecto de Ley Sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio actualmente en trámite, ni las legislaciones autonómicas más vanguardistas en la materia han conseguido un cambio sustancial de tendencia. A título de ejemplo, en el año 2012 la guarda y custodia compartida se estableció en el 21% de los casos en Cataluña y en el 19% en el caso de Aragón, mientras que su atribución a la madre alcanzó el 74% en ambas Comunidades³⁶.

³⁰ El 5,3% de los casos.

³¹ Todos los datos proceden del Instituto Nacional de Estadística y se refieren al año 2012.

³² El artículo 3 del CC establece como criterio de interpretación de las normas jurídicas «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

³³ Artículo 1.1 CE.

³⁴ Artículo 14 CE.

³⁵ Artículo 9.2 CE.

³⁶ Fuente: Estudio del Instituto Nacional de Estadística referente al año 2012.

1. Supuestos en los que resulta posible su adopción

De conformidad con la actual redacción del artículo 92 del CC³⁷ la guarda y custodia compartida puede acordarse en dos supuestos: a) Cuando lo soliciten ambos progenitores³⁸; b) Cuando, a pesar de no existir acuerdo al respecto, el Juzgador considere que de esa forma se tutela más eficazmente el supremo interés del menor³⁹. Por otra parte, a partir de que el TC declarara la nulidad del inciso «favorable» contenido en el apartado 8 del art 92⁴⁰, corresponde exclusivamente al Juez valorar la conveniencia o no de acordar este régimen, con independencia del sentido en el que se pronuncie el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

La STS 28 septiembre 2009 (EDJ 2009/229007), ha dejado sentado que «...la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las NNUU sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo SSTC 143/1990, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero».

Pero no obstante esta supremacía del interés del menor, la complejidad de la cuestión se manifiesta, básicamente, en dos aspectos: En primer lugar, determinar cuál es el supremo interés del menor en cada caso concreto: Tarea que no resulta en absoluto sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar en la que, normalmente, se incardina. Es inevitable que cuando se produce la ruptura entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, relegando los de los menores a un segundo plano. Del estudio del derecho comparado se extrae la conclusión, asumida por el TS⁴¹, de que deben tomarse en cuenta criterios como, por ejemplo, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor; sus aptitudes personales; los deseos manifestados por

³⁷ Redactada por Ley 15/2005.

³⁸ Párrafo 5.

³⁹ Párrafo 8.

⁴⁰ STC de 17 octubre 2012.

⁴¹ STS de 8 octubre 2009.

los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios; los horarios y actividades de ambos; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en general, cualquier otro que permita lograr el objetivo perseguido, esto es: Establecer un régimen de guarda y custodia que permita a los menores llevar una vida lo más normalizada posible teniendo en cuenta que la convivencia a partir de la ruptura necesariamente ha de ser más compleja.

La segunda cuestión no es menos problemática, puesto que se trata de dilucidar quién es la persona o el órgano judicial al que le corresponde la facultad de apreciar ese supremo interés. En los procedimientos consensuales prevalece el criterio de los progenitores, conforme resulta del apartado 5 del art 92 del CC⁴². Pero cuando el consenso no es posible, la cosa se complica. Como dice la STS 8 de octubre 2009 (EDJ 2009/234619), «...el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa”...».

Dicho de otra forma: Dado que la «delimitación de la realidad» o fijación de hechos probados corresponde a los órganos judiciales de instancia, y el interés del menor depende de la situación material casuística, los pronunciamientos sobre medidas solo podrán ser combatidos ante el TS en los casos siguientes: 1) A través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando la sentencia que se dicte incurra en alguna de las infracciones susceptibles de fundamentar este recurso conforme a las normas que le son propias. Habrá que acudir por tanto a este remedio siempre que se considere que la situación de hecho que se refleja en la resolución judicial no se corresponde con la realidad. 2) A través del recurso de casación cuando, a pesar de que la delimitación de la realidad realizada por el

⁴² Sin perjuicio de su apartado 6.

órgano *a quo* sea acertada, no se haya fundado la decisión en el supremo interés del menor.

Por consiguiente, en la *praxis* resulta decisivo que en el procedimiento judicial se despliegue la actividad probatoria necesaria para acreditar la situación de hecho. Y en el supuesto de que las pruebas propuestas sean inadmitidas, habrán de utilizarse cuantos recursos y demás remedios procesales sean procedentes en derecho, a fin de mantener la posibilidad de formular recurso extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se dicte.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que tanto las cuestiones formales como las materiales son susceptibles de ser revisadas por las AAPP a través del recurso de apelación⁴³ y, por lo tanto, será la Audiencia competente la que en la mayoría de las ocasiones dicte la resolución definitiva⁴⁴.

En suma, la determinación de cuál es el interés del menor en cada caso concreto corresponde a los progenitores⁴⁵ en los procedimientos consensuales, mientras que en los contenciosos corresponderá:

1. Al juzgado de primera instancia, cuando ambas partes se aquieten con la sentencia dictada.
2. A la AP correspondiente, cuando alguna o ambas partes interpongan recurso de apelación.
3. Al TS, siempre que proceda recurso extraordinario y las partes efectivamente lo interpongan.

2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo

La Sala Primera del TS⁴⁶ se ha pronunciado ya sobre numerosas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa. Existe, por tanto, un cuerpo de doctrina jurisprudencial que, además de permitir fundamentar en su vulneración el recurso de casación por interés casacional, es complemento del ordenamiento jurídico⁴⁷ y, como tal, ha de ser aplicada

⁴³ Así resulta del art 456.1 de la LEC.

⁴⁴ Así será no solo cuando no concurren los requisitos exigidos para la interposición del recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional, sino también cuando, aún concurriendo, la parte perjudicada por la resolución judicial no pueda asumir su coste económico.

⁴⁵ Con la limitaciones antes expuestas.

⁴⁶ Al interpretar y aplicar el art 92 del CC en cumplimiento de su labor nomofiláctica y uniformadora.

⁴⁷ Artículo 1.6 del CC.

por el resto de los órganos judiciales. Sin pretensiones de exhaustividad, al día de hoy existe jurisprudencia sobre las siguientes materias⁴⁸:

A) Excepcionalidad

La STS 22 de julio 2011 (EDJ 2011/155183), interpreta el adjetivo «excepcional» del art 92.8 del CC, afirmando que este apartado hay que ponerlo en relación con el 5 y, por lo tanto, la excepcionalidad está referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas.

Dice la citada resolución: «El texto actualmente vigente del art 92.8 CC, redactado por Ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor”. La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el art 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla».

B) Relación entre los progenitores

La misma Sentencia citada en el apartado anterior establece que las relaciones entre los cónyuges, por sí mismas, no resultan relevan-

⁴⁸ Reflejada, por tanto, en al menos dos SSTS, aún cuando se cite solamente una.

tes para determinar cuál sea el régimen de guarda y custodia más conveniente⁴⁹.

En particular advierte que «de aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

C) Régimen normal y deseable

La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece que la guarda y custodia compartida no es excepcional, sino que debe considerarse la mejor solución porque permite al menor seguir relacionándose del modo más razonable con ambos progenitores.

En efecto, tras razonar profusamente las razones en que se fundamenta, dicha sentencia establece lo siguiente: «3.º Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

⁴⁹ La lógica evidencia que, si se ha producido la ruptura, es precisamente porque las relaciones entre los progenitores se han deteriorado, pero ello no debe conllevar automáticamente la exclusión del régimen de guarda y custodia compartida. Si así fuera, las malas relaciones podrían ser propiciadas deliberadamente por el progenitor al que no interese el régimen de guarda y custodia compartida.

D) Imprescindible petición de parte

También la STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) determina la necesidad de que la guarda y custodia compartida sea solicitada, al menos, por uno de los progenitores: «En ambos casos⁵⁰, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El CC, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse».

E) No basta una motivación puramente retórica

En relación con la motivación de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia, la STS 7 julio 2011 (EDJ 2011/146903), después de citar la doctrina tanto propia como del TC sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales en general, concluye afirmando en los siguientes términos, la insuficiencia de una motivación puramente retórica: «La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida...De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso».

F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas

También de forma reiterada se ha pronunciado el Alto Tribunal sobre la materia revisable en casación: «Así pues, de conformidad con la doctrina jurisprudencial citada tendrán acceso a la casación las cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustantiva (función nomofiláctica), pero no la apreciación de la prueba o valoración de las cir-

⁵⁰ Art 92.5 y 8 CC.

cunstancias que concurren en cada caso concreto. Así resulta por ejemplo de la STS 323/2012, de 25 de mayo. Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio)».

G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad

La determinación del domicilio del menor es una de las facultades inherentes a la patria potestad y, por ello, corresponde a ambos progenitores la decisión al respecto. En caso de desacuerdo, resolverá el juez conforme establece el art 156 del CC, pero sin perder de vista el supremo interés del menor, pudiendo dar lugar a un cambio de guarda y custodia.

Lo anterior resulta de lo dilucidado por la STS 26 octubre 2012 (EDJ 2012/232597): «Es cierto que la CE, en su art 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia (...) la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (art 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la

infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte».

H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento en las nuevas tendencias

Por último, el TS abre la puerta a la modificación de las medidas sobre guarda y custodia adoptadas con anterioridad, con fundamento en que la actual doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica supone una variación sustancial de las circunstancias a los efectos previstos en los artículos 91 CC y 775 LEC.

Dice así la STS 25 noviembre 2013 (EDJ 2013/239137):«A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del TC, de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del CC sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor».

IV. ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

El texto consta de cinco artículos: El primero de ellos se desglosa en dieciocho apartados mediante los cuales se modifican los artículos 90 a 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 163, 170 y 1396, y se introduce un nuevo artículo 92 bis, todos ellos del CC; el artículo segundo se compone de once apartados que atañen a la modificación de los artículos 770, 771, 774, 775 a 777 y 807 a 811 de la LEC; los artículos tercero y cuarto del Anteproyecto afectan, respectivamente, al artículo 38 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Registro Civil, y 40 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, de Registro Civil; y, finalmente, el artículo quinto introduce modificaciones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

Si bien el Anteproyecto introduce modificaciones dignas de alabanza, como por ejemplo la necesidad de que los progenitores propongan un plan de ejercicio de la patria potestad conjunta tanto en los supuestos de mutuo acuerdo como en los contenciosos, en relación con la guarda y custodia la nueva regulación, además de no contener previsión alguna sobre los hijos no matrimoniales⁵¹, se queda poco menos que en agua de borrajas puesto que no conlleva cambios sustanciales.

La redacción del artículo 92 bis del CC, de nuevo cuño, es la siguiente: «1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por dos, de forma compartida.- Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí».

La novedad estriba, pues, en que se contempla expresamente la posibilidad de que el juez establezca un régimen de guarda y custodia compartida aunque ninguno de los cónyuges la haya solicitado⁵². Posibilidad que, ciertamente, no está contemplada en la actual regulación; pero tampoco está prohibida, por lo que nada impide al juez acordarla en interés del menor.

Como es de ver, a pesar de las demandas sociales, de la apertura que las regulaciones autonómicas introducen en la materia y de las actuales tendencias jurisprudenciales, la nueva redacción ni tan siquiera establece la guarda y custodia compartida como la opción más deseable en defecto de acuerdo. De hecho no se decanta en ningún sentido, limitándose a dejar el arbitrio judicial sometido al dificultoso e inespecífico criterio rector del interés del menor. Es más, las restantes medidas que necesariamente han de establecerse tras la ruptura parten de la hipótesis de que la guarda y custodia se ha atribuido a uno solo de los progenitores.

Se mantiene así mismo la necesidad de recabar informe⁵³ del Ministerio Fiscal antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como la exploración del menor y el dictamen de expertos, en ambos

⁵¹ Ignorando el mandato contenido en el artículo 39.2 de la Constitución Española: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...».

⁵² Siempre, eso sí, que hayan solicitado la guarda y custodia para sí.

⁵³ No vinculante desde STC 185/2012, de 17 de octubre.

casos si se estima necesario; incluyendo el segundo párrafo del apartado 3 del nuevo artículo un largo elenco de cuestiones a las que el juez debe prestar especial atención⁵⁴. En definitiva, y al igual que en la actualidad, el juez habrá de tener en cuenta todos aquellos parámetros que le permitan identificar el supremo interés del menor para poder tutelarlos en cada caso concreto.

Pero no solo resulta criticable la nula virtualidad de la reforma para cambiar la situación actual sobre guarda y custodia. Si analizamos el apartado 5 del nuevo artículo vemos, en primer lugar, las graves consecuencias para los hijos que se derivan de que cualquiera de sus progenitores resulte condenado en sentencia firme por alguno de los ilícitos penales que se relacionan en el mismo. Y ello porque en ese caso no solo se prohíbe tajantemente al juez que atribuya al agresor la guarda y custodia individual o compartida, sino que ni tan siquiera cabe establecer un régimen de comunicación y estancia. Establece el párrafo en cuestión lo siguiente: «No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos».

Entendemos que la medida es absolutamente desorbitada, se plantea como un castigo para el progenitor y no tiene en cuenta el supremo interés del menor que, como antes se ha expuesto, está vinculado directamente con la convivencia o, al menos, relación con ambos progenitores. Evidentemente lo ideal sería que todos los niños tuvieran unos padres perfectos y que ningún menor tuviera que padecer las consecuencias de las agresiones que se puedan llegar a producir entre ellos. Pero el caso es que los niños viven en un mundo real, no ideal; y en ese mundo real por desgracia es frecuente que se produzcan dispu-

⁵⁴ Edad, opinión, arraigo social, escolar y familiar de los menores, posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, la situación de las respectivas residencias de los progenitores, la existencia de estructuras de apoyo, etc.

tas e incluso agresiones en el entorno familiar. Por tanto, si esas agresiones se producen habrá que analizar el caso concreto, tener en cuenta su gravedad, las circunstancias en las que se produzca, la situación en la que quedaría el menor si se le priva del contacto con sus progenitores, etc. En definitiva, impedir toda relación de un niño con alguno de sus progenitores o con ambos porque, por ejemplo, han sido condenados por una falta de lesiones⁵⁵, es absolutamente desproporcionado y atenta contra el supremo interés del menor.

Tampoco resulta admisible que mediante ley ordinaria se supriman, restrinjan o modifiquen derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo concretamente a la presunción de inocencia, garantizada por el artículo 24.2 de la Constitución, derecho que resulta cercenado por el párrafo segundo del artículo 92 bis, apartado 5, del Código Civil⁵⁶.

Privar a un progenitor de la guarda y custodia de sus hijos con fundamento en la existencia de un proceso penal en trámite en el que todavía no se ha dictado resolución firme de condena es, sencillamente, inviable. Y ello porque, además de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, va en contra de los más elementales principios generales del derecho emanados de nuestro vigente ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide. Y ello por mucho que el propio artículo prevea la revisión del régimen de guarda y custodia en caso de que se dicte sentencia absolutoria o se decrete el sobreseimiento libre⁵⁷, porque pueden transcurrir varios años entretanto y la relación paterno filial perdida durante ese tiempo no se puede recuperar de ningún modo. Para colmo de despropósitos, ni tan siquiera es preciso que exista un proceso penal en curso, sino que basta con que el juez civil considere que existen indicios fundados de la comisión de tales hechos.

Esta redacción hace oídos sordos también a la doctrina jurisprudencial conforme a la cual la mala relación entre los progenitores únicamente tiene relevancia a efectos de la atribución de la guarda y

⁵⁵ La norma habla de condena penal por sentencia firme, sin excluir las que puedan dictarse en juicios de faltas.

⁵⁶ «No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito».

⁵⁷ La revisión no procedería en caso de sobreseimiento provisional.

custodia compartida cuando la misma afecta, perjudicándolo, el interés de los menores⁵⁸.

Y a mayor abundamiento, una vez más no se ha tenido en cuenta el supremo interés del menor, por los mismos motivos expuestos en relación con los supuestos de condena anteriormente examinados.

La exposición de motivos del Anteproyecto que comentamos pretende justificar tales medidas en el «compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género en todos los ámbitos de la sociedad», olvidando al parecer que el bien jurídico que debe proteger esta concreta norma es el supremo interés del menor, que no tiene por qué coincidir con el interés de sus progenitores ni con los del resto de la sociedad.

De mantenerse esta redacción que criticamos abiertamente, probablemente no solo será cuestionada su constitucionalidad, sino que aumentarán de forma considerable las denuncias entre cónyuges con el fin de «inhabilitar» a su adversario y así lograr sus objetivos personales sobre guarda y custodia. Con el riesgo de que, si las denuncias son cruzadas, los menores puedan terminar al cuidado de familiares, allegados, o incluso entidades públicas, tal como prevé el apartado 6 de la norma que comentamos.

Por si todo lo anterior no fuera lo suficientemente grave, la reforma sobre guarda y custodia es abiertamente contraria a la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo⁵⁹ que considera requisito esencial para acordar judicialmente el régimen de custodia compartida la petición de al menos uno de los cónyuges.

V. CONCLUSIONES

1. Los pronunciamientos judiciales sobre guarda y custodia repercuten notablemente en la vida de progenitores e hijos menores.

2. En aras de la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica es conveniente que se establezcan criterios comunes sobre la materia, a modo de protocolo de actuación al que puedan acudir los operadores jurídicos.

3. Dada la diversidad de fuentes sobre guarda y custodia, y teniendo en cuenta la distribución de competencias entre Estado y Comuni-

⁵⁸ SSTS de 9 de marzo de 2012 y 12 de diciembre de 2013.

⁵⁹ SSTS de 7 de julio de 2011, 19 de abril de 2012 y 29 de abril de 2013.

dades Autónomas, la uniformidad únicamente puede lograrse mediante la jurisprudencia emanada del TS en cumplimiento de las funciones nomofiláctica y uniformadora que tradicionalmente tiene atribuidas.

4. En materia de guarda y custodia ha de prevalecer el supremo interés del menor sobre cualquier otra consideración. Para su determinación hay que escudriñar las circunstancias casuísticamente.

5. La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

6. En la actualidad existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial emanado de las sentencias contestes del TS al pronunciarse sobre numerosas cuestiones concretas relacionadas con la guarda y custodia compartida. Jurisprudencia que, como complemento del ordenamiento jurídico que es, debe ser aplicada por los órganos judiciales, y en cualquier caso es apta para fundamentar el recurso de casación por interés casacional.

7. El cauce para el acceso a la casación de los pronunciamientos sobre guarda y custodia es el previsto en el art 477.2.3 de la LEC, es decir, por interés casacional. También cabe impugnar las infracciones procesales que puedan producirse cuando concurren los requisitos para el recurso extraordinario por infracción procesal.

8. La reforma en curso no aporta modificaciones sustanciales al actual sistema de guarda y custodia, haciendo oídos sordos a las demandas de la sociedad actual, a las más recientes tendencias jurisprudenciales y a las novedades legislativas de ámbito autonómico. No obstante, el Anteproyecto amplía el abanico de posibilidades y abre las puertas a la custodia compartida a través de su reconocimiento expreso, lo que puede generar confianza e incrementar las peticiones. En todo caso, la nueva regulación cerrará las puertas a futuras decisiones judiciales denegatorias de la guarda y custodia compartida por el mero hecho de que no estar contemplada en la legislación vigente.

9. La nueva redacción ni tan siquiera establece la guarda y custodia compartida como la opción más deseable en defecto de acuerdo⁶⁰,

⁶⁰ A pesar de que varias normas autonómicas sí lo hacen, lo que provoca además una desigualdad carente de fundamento. Así por ejemplo el Código de Derecho Foral de Aragón, artículo 80.2: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores,...». **Y también el Código Civil de Cataluña, Libro Segundo, artículo 233.10: 2.** «La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose

a pesar de que la realidad social actual parece propugnar como más conveniente que se convierta en la regla o modelo general, sin perjuicio de que se pueda acreditar la conveniencia de atribuir la guarda y custodia a uno solo de los progenitores en el caso concreto.

10. La doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida que resulta de la STS 257/2013, de 19 de abril, no perderá su vigencia aún cuando se apruebe el Anteproyecto en trámite sin modificaciones, puesto que el fundamento de la citada resolución judicial no resulta contrario a la nueva redacción. Esta es, por tanto, la tabla de naufragio a la que la sociedad española debe agarrarse para conseguir flexibilizar el régimen de guarda y custodia tradicional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: Derecho Civil. (Introducción y Parte General). Volumen Primero. Bosch, Barcelona, 1991.

ÁLVAREZ LÓPEZ, C.: «Más sobre la custodia compartida». El Derecho Editores. Base de Datos de Bibliografía.

BONET NAVARRO, A.: «Los recursos en el proceso civil». La Ley, Madrid, 2000.

CORDÓN MORENO F. y OTROS: Comentarios a la Lec. Aranzadi, Navarra, 2001.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATE-NA, V.: Introducción al derecho procesal y derecho procesal civil (Parte general y especial). Colex, Madrid, 2000.

CRESPO GARRIDO, M.^a y MORETÓN SANZ, M.^a F.: Conciliación de trabajo y familiares claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina. Editorial Colex, Madrid, 2010.

DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, M.: «Cambio de guarda y custodia. El síndrome de alienación parental. Aspectos prácticos». Revista de

al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo» **Por último, la Ley Valenciana va incluso más allá, estableciendo como regla general la guarda compartida aún cuando las relaciones entre los progenitores no sean buenas. Dice así su artículo 5. 2.** «Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

Derecho de Familia: Doctrina, jurisprudencia, legislación. págs. 310 y sigs.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «Comentarios parciales al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio». El Derecho Editores. Revista de Derecho de Familia El Derecho, n.º 13.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: Principios de Derecho civil. Tomo 6. Derecho de Familia. Marcial Pons, Madrid, 2013, 12.^a ed.

LORCA NAVARRETE, A. M.: Tratado de Derecho Procesal Civil. (Parte general. El nuevo proceso civil). Dykinson, Madrid, 2000.

MAGRO SERVET, V.: «Custodia compartida. Respuesta de los Tribunales», El Derecho Editores. Revista de Jurisprudencia El Derecho, n.º 2, pág. 5.

MORENO VELASCO, V.: «Acercamiento a las medidas judiciales ante el síndrome de alienación parental». El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho, n.º 2482, pág. 1.

MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R.: Separación y divorcio tras la Ley 15/2005. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

NIEVA FENOLL, J.: El Recurso de Casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Bosch, Barcelona, 1998.

PÉREZ VEGA, A.: «La guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad y la violencia de género». El Derecho Editores. Diario de Jurisprudencia El Derecho, n.º 2206, pág. 1.

PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, J. M.: «Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida». El Derecho Editores. Boletín de Derecho de Familia, n.º 110.

POUS DE LA FLOR, M.^a P.: «Igualdad conyugal y custodia compartida en la Ley 15/2005, de 8 de julio», Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, Vol. 1, 2006, págs. 1743-1766.

SILGUERO ESTAGNAN, J.: El control de los hechos por el Tribunal Supremo. Dykinson, Madrid, 1997.

TAMAYO HAYA, S. «El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del derecho civil en materia matrimonial», Texto de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia. Año 2005. Cd.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: Comentarios a la nueva LEC. Doctrina y jurisprudencia ley 1/2000. Editorial Dijusa, Madrid, 2000.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Tribunal Constitucional

STC 185/2012, de 17 de octubre

2. Tribunal Supremo

STS de 21/07/2011 (RC 338/2009)

STS de 22/07/2011 (RC 813/2009)

STS de 03/10/2011 (RC 1965/2009)

STS de 10/01/2012 (RC 1784/2009)

STS de 09/03/2012 (RC 113/2010)

STS de 29/04/2013 (RC 2525/2011)

STS de 07/06/2013 (RC 1128/2012)

STS de 19/07/2013 (RC 2964/2012)

STS de 19/11/2013 (RC 2637/2012)

STS de 29/11/2013 (RC 494/2012)

STS de 12/12/2013 (RC 774/2012)

STS de 17/12/2013 (RC 2645/2012)

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA LA
UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL
RECURSO DE CASACIÓN

SHARED CUSTODY: TOWARDS UNIFICATION OF
CRITERIA IN APPEAL

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 592-601



Agustina
HERRANZ
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de febrero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: La seguridad jurídica en materia de guarda y custodia aconsejan establecer criterios comunes de actuación. El objetivo es la tutela del supremo interés del menor, principio rector en esta materia. La STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) ha establecido como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

PALABRAS CLAVE: Uniformidad. Principio rector. Doctrina jurisprudencial. Régimen normal. Compartida.

ABSTRACT: Legal certainty regarding custody advise establish common performance criteria. The objective is the protection of the interests of the child, guiding principle in this matter. The STS April 29, 2013 (EDJ 2013/58481) has been established as legal doctrine that shared custody is to be regarded as the normal regime and more convenient for the child.

KEY WORDS: Uniformity, guiding principle, jurisprudence, normal arrangements, shared.

SUMARIO: I. Apuntes previos sobre la relevancia de los pronunciamientos sobre guarda y custodia. II.- Doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida.- 1. Supuestos en los que resulta posible su adopción.- 2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo. III.- Conclusiones.

I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

La ordenación de las relaciones entre el menor y sus progenitores cuando se produce la desintegración familiar se efectúa, de ordinario, mediante el correspondiente pronunciamiento judicial sobre guarda y custodia¹. Y como estas resoluciones repercuten tanto en sus vidas como en sus economías², resulta una de las cuestiones más controvertidas. Por otra parte, la igualdad, consagrada como derecho fundamental³ y como valor superior del ordenamiento jurídico⁴, evidencia la necesaria unificación de criterios de actuación a modo de protocolo al que puedan remitirse los operadores jurídicos. Dicha seguridad o certeza legal y judicial se hace más evidente dada la coexistencia de la normativa estatal con la de nuestras Comunidades Autónomas, si bien se reclama también ante la diversidad de criterios seguidos en territorio común.

La deseada unificación de criterios resulta viable mediante la elaboración, consolidación y aplicación homogénea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ya que sabido es que el art 1.5 CC establece que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, y por ello, ha de ser aplicada por todos y cada uno de los órganos judiciales con independencia de su ubicación dentro del territorio nacional.

1 Incluso en el procedimiento consensual, dado que el convenio regulador ha de ser aprobado judicialmente.

2 Nos referimos, fundamentalmente, a la atribución del uso del domicilio y ajuar familiar y la pensión de alimentos.

3 Art. 14 CE.

4 Art. 1.1 CE.

• Agustina Herranz González

Abogada en ejercicio desde 1995. Ha participado como discente en numerosos cursos de especialización (Violencia de género, menores, derecho penitenciario, extranjería, etc.). Profesora tutora de la UNED desde el año 1997, ha publicado varios artículos. En posesión del Certificado-Diploma de Estudios Avanzados, actualmente prepara la tesis doctoral en el Departamento de Derecho Civil de la UNED.

II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

I. Supuestos en los que resulta posible su adopción

De conformidad con la actual redacción del art. 92 CC⁵, la guarda y custodia compartida puede acordarse en dos supuestos: a) Cuando lo soliciten ambos progenitores⁶; b) Cuando, a pesar de no existir acuerdo al respecto, el Juzgador considere que de esa forma se tutela más eficazmente el supremo interés del menor⁷. Por otra parte, a partir de que el TC declarara la nulidad del inciso “favorable” contenido en el apartado 8 del art 92⁸, corresponde exclusivamente al Juez valorar la conveniencia o no de acordar este régimen, con independencia del sentido en el que se pronuncie el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

La STS 28 septiembre 2009 (EDJ 2009/229007) ha dejado sentado que “la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como ‘estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional’, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las NNUU sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo SSTC 143/1990, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero”.

Pero no obstante esta supremacía del interés del menor, la complejidad de la cuestión se manifiesta, básicamente, en dos aspectos: En primer lugar, determinar cuál es el supremo interés del menor en cada caso concreto: Tarea que no resulta en absoluto sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar en la que, normalmente, se incardina. Es inevitable que cuando se produce la ruptura entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, relegando los de los menores a un segundo plano. Del estudio del derecho comparado se extrae la conclusión, asumida por el TS⁹, de que deben tomarse en cuenta criterios como, por ejemplo, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor; sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en

5 Redactada por Ley 15/2005.

6 Párrafo 5.

7 Párrafo 8.

8 STC 17 octubre 2012 (EDJ 2012/224014).

9 STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009/234619)

sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios; los horarios y actividades de ambos; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en general, cualquier otro que permita lograr el objetivo perseguido, esto es: Establecer un régimen de guarda y custodia que permita a los menores llevar una vida lo más normalizada posible teniendo en cuenta que la convivencia a partir de la ruptura necesariamente ha de ser más compleja.

La segunda cuestión no es menos problemática, puesto que se trata de dilucidar quién es la persona o el órgano judicial al que le corresponde la facultad de apreciar ese supremo interés. En los procedimientos consensuales prevalece el criterio de los progenitores, conforme resulta del apartado 5 del art. 92 CC¹⁰. Pero cuando el consenso no es posible, la cosa se complica. Como dice la STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009/234619), “el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor; no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren ‘esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa’”.

Dicho de otra forma: Dado que la “delimitación de la realidad” o fijación de hechos probados corresponde a los órganos judiciales de instancia, y el interés del menor depende de la situación material casuística, los pronunciamientos sobre medidas solo podrán ser combatidos ante el Tribunal Supremo en los casos siguientes: 1) A través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando la sentencia que se dicte incurra en alguna de las infracciones susceptibles de fundamentar este recurso conforme a las normas que le son propias. Habrá que acudir por tanto a este remedio siempre que se considere que la situación de hecho que se refleja en la resolución judicial no se corresponde con la realidad. 2) A través del recurso de casación cuando, a pesar de que la delimitación de la realidad realizada por el órgano a quo sea acertada, no se haya fundado la decisión en el supremo interés del menor.

Por consiguiente, en la praxis resulta decisivo que en el procedimiento judicial se despliegue la actividad probatoria necesaria para acreditar la situación de hecho. Y en el supuesto de que las pruebas propuestas sean inadmitidas, habrán de utilizarse cuantos recursos y demás remedios procesales sean procedentes en derecho, a fin de mantener la posibilidad de formular recurso extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se dicte.

10 Sin perjuicio de su apartado 6.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que tanto las cuestiones formales como las materiales son susceptibles de ser revisadas por las AP a través del recurso de apelación¹¹ y, por lo tanto, será la Audiencia competente la que en la mayoría de las ocasiones dicte la resolución definitiva¹².

En suma, la determinación de cuál es el interés del menor en cada caso concreto corresponde a los progenitores¹³ en los procedimientos consensuales, mientras que en los contenciosos corresponderá:

1º) Al juzgado de primera instancia, cuando ambas partes se aquieten con la sentencia dictada.

2º) A la AP correspondiente, cuando alguna o ambas partes interpongan recurso de apelación.

3º) AITS, siempre que proceda recurso extraordinario y las partes efectivamente lo interpongan.

2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo

La Sala Primera del TS¹⁴ se ha pronunciado ya sobre numerosas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa. Existe, por tanto, un cuerpo de doctrina jurisprudencial que, además de permitir fundamentar en su vulneración el recurso de casación por interés casacional, es complemento del ordenamiento jurídico¹⁵ y, como tal, ha de ser aplicada por el resto de los órganos judiciales. Sin pretensiones de exhaustividad, al día de hoy existe jurisprudencia sobre las siguientes materias¹⁶:

A) *Excepcionalidad*: La STS 22 julio 2011 (EDJ 2011/155183), interpreta el adjetivo "excepcional" del art 92.8 del CC, afirmando que este apartado hay que ponerlo en relación con el 5 y, por lo tanto, la excepcionalidad está referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas: "El texto actualmente vigente del art 92.8 CC, redactado por Ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo

11 Así resulta del art 456.1 LEC.

12 Así será no solo cuando no concurren los requisitos exigidos para la interposición del recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional, sino también cuando, aun concurriendo, la parte perjudicada por la resolución judicial no pueda asumir su coste económico. Hay que tener en cuenta que en la actualidad dicho coste se ha visto incrementado de forma considerable por el establecimiento de la preceptiva tasa.

13 Con la limitaciones antes expuestas.

14 Al interpretar y aplicar el art 92 CC en cumplimiento de su labor nomofláctica y uniformadora.

15 Art. 1.6 CC

16 Reflejada, por tanto, en al menos dos SSTs, aun cuando se cite solamente una.

8 dice: 'Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor'. La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla 'fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor'. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la 'excepcionalidad', a que se refiere el art 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla".

B) *Relación entre los progenitores*: La misma Sentencia citada en el apartado anterior establece que las relaciones entre los cónyuges, por sí mismas, no resultan relevantes para determinar cuál sea el régimen de guarda y custodia más conveniente¹⁷: "De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".

C) *Régimen normal y deseable*: La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece que la guarda y custodia compartida no es excepcional, sino que debe considerarse la mejor solución porque permite al menor seguir relacionándose del modo más razonable con ambos progenitores.

En efecto, tras razonar profusamente las razones en que se fundamenta, dicha sentencia establece la siguiente doctrina: "3º Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario,

17 La lógica evidencia que, si se ha producido la ruptura, es precisamente porque las relaciones entre los progenitores se han deteriorado, pero ello no debe conllevar automáticamente la exclusión del régimen de guarda y custodia compartida. Si así fuera, las malas relaciones podrían ser propiciadas deliberadamente por el progenitor al que no interese el régimen de guarda y custodia compartida.

habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

D) Imprescindible petición de parte: También la STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) determina la necesidad de que la guarda y custodia compartida sea solicitada, al menos, por uno de los progenitores: “En ambos casos¹⁸, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El CC, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.

E) No basta una motivación puramente retórica: En relación con la motivación de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia, la STS 7 julio 2011 (EDJ 2011/146903), después de citar la doctrina tanto propia como del TC sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales en general, concluye afirmando la insuficiencia de una motivación puramente retórica: “La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor; por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida... De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor; que después no aplica para resolver el recurso”.

F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas: También de forma reiterada se ha pronunciado el Alto Tribunal sobre la materia revisable en casación: “Así pues, de conformidad con la doctrina jurisprudencial citada tendrán acceso a la casación las cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustantiva (función nomofiláctica), pero no la apreciación de la prueba o valoración de las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Así resulta por ejemplo de la STS 323/2012, de 25 de mayo. Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor; motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio)”.

G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad: La determinación del domicilio del menor es una de las facultades inherentes a la patria potestad y, por ello, corresponde a ambos progenitores la decisión al respecto. En caso de desacuerdo, resolverá el juez conforme establece el art 156 CC, pero sin perder de vista el supremo interés del menor; pudiendo dar lugar a un cambio de guarda y custodia.

Así resulta de la STS 26 octubre 2012 (EDJ 2012/232597): "Es cierto que la CE, en su art 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar; lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia [...] la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (art 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte".

H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento en las nuevas tendencias: Por último, el TS abre la puerta a la modificación de las medidas sobre guarda y custodia adoptadas con anterioridad, con fundamento en que la actual doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica supone una variación sustancial de las circunstancias a los efectos previstos en los artículos 91 CC y 775 LEC.

Dice así la STS 25 noviembre 2013 (EDJ 2013/239137): "A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del TC, de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del CC sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora

de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor”.

III. CONCLUSIONES

1ª) Los pronunciamientos judiciales sobre guarda y custodia repercuten notablemente en la vida de progenitores e hijos menores.

2ª) En aras de la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica es conveniente que se establezcan criterios comunes sobre la materia, a modo de protocolo de actuación al que puedan acudir los operadores jurídicos.

3ª) Dada la diversidad de fuentes sobre guarda y custodia, y teniendo en cuenta la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, la uniformidad únicamente puede lograrse mediante la jurisprudencia emanada del TS en cumplimiento de las funciones nomofiláctica y uniformadora que tradicionalmente tiene atribuidas.

4ª) En materia de guarda y custodia ha de prevalecer el supremo interés del menor sobre cualquier otra consideración. Para su determinación hay que escudriñar las circunstancias casuísticamente.

5ª) La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

6ª) En la actualidad existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial emanado de las sentencias constantes del TS al pronunciarse sobre numerosas cuestiones concretas relacionadas con la guarda y custodia compartida. Jurisprudencia que, como complemento del ordenamiento jurídico que es, debe ser aplicada por los órganos judiciales, y en cualquier caso es apta para fundamentar el recurso de casación por interés casacional.

7ª) El cauce para el acceso a la casación de los pronunciamientos sobre guarda y custodia es el previsto en el art 477.2.3 de la LEC, es decir, por interés casacional. También cabe impugnar las infracciones procesales que puedan producirse cuando concurren los requisitos para el recurso extraordinario por infracción procesal.

8ª) Conforme a la redacción de la regla primera de la DF decimosexta, cuando la competencia para conocer del recurso de casación venga atribuida a un TSJ es posible acumular la denuncia de los vicios procesales a la casación autonómica, o bien reservarlos para hacerlos valer mediante la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal ante el TS.

**LA GUARDA Y CUSTODIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON
LEGISLACIÓN CIVIL FORAL O ESPECIAL**

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ¹
Abogada. Profesora-Tutora UNED
Doctoranda Dpto. Derecho Civil UNED

¹ Agradezco al Departamento de Derecho Civil de la UNED la oportunidad que me brinda para abordar el estudio de una materia tan candente como es la regulación de la guarda y custodia en las diversas CCAA, y especialmente a mis Directoras de tesis, Doña María Fernanda Moretón Sanz y Doña María Paz Pous de la Flor, por su valiosa y paciente labor de corrección y mejora de todos los trabajos realizados hasta la fecha.

RESUMEN

En materia de guarda y custodia coexisten en nuestro sistema jurídico la normativa propia del Estado con la emanada de las Comunidades Autónomas con legislación civil foral o especial, lo que genera diversidad de trato para situaciones fácticas sustancialmente iguales. Multiplicidad de normas que se contraponen más o menos abiertamente al régimen común dado que, a excepción de la Comunidad Navarra, el resto de las Autonomías se decantan claramente a favor del régimen de guarda y custodia compartida, regulando además con detalle otras medidas relacionadas con el uso de la vivienda, gastos ordinarios y extraordinarios, pensión compensatoria y otras medidas directamente relacionadas con la ruptura de pareja. El cambio de criterio legal se justifica en las expectativas y deseos de los ciudadanos, constituyendo muy probablemente el germen de la proyectada reforma del Código Civil que se plasmó en el Anteproyecto actualmente en trámite, absolutamente necesaria para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley con independencia de la Comunidad Autónoma en la que tengan su residencia.

SUMMARY

In terms of custody coexist in our legal system the law of the State with the emanation of the Autonomous Communities with foral or special civil legislation, which generates diversity of treatment for substantially equal factual situations. Multiplicity of rules that are more or less openly opposed to the common system since, with the exception of the Community of Navarre, the rest of the Autonomies clearly favor the shared custody regime, and also regulate in detail other measures related to the use of housing, ordinary and extraordinary expenses, compensatory pension and other measures directly related to the breakup of partners. The change of legal criteria is justified in the expectations and desires of the citizens, most likely constituting the germ of the projected reform of the Civil Code which was reflected in the preliminary draft currently under way, absolutely necessary to guarantee the equality of all citizens before the Law independent of the Autonomous Community in which they have their residence.

PALABRAS CLAVE

Constitución, competencia, derecho foral o especial, coexistencia, igualdad.

KEYWORDS

Constitution, competence, regional or special law, coexistence, equality.

SUMARIO: I. VISIÓN DE CONJUNTO. 1. Doctrina del Tribunal Constitucional. 2. Ley aplicable. II. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. 1. Introducción. 2. Rasgos generales. 3. Ejercicio del deber de crianza y educación. A) Durante la convivencia familiar. B) Tras la ruptura. 4. Regulación consensuada. 5. Regulación judicial. 6. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. 7. Gastos ordinarios y extraordinarios. 8. Pensión compensatoria. 9. Medidas provisionales. 10. Autoridad familiar de otras personas. III. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. 1. Introducción. 2. La responsabilidad parental. 3. El plan de parentalidad. 4. Ejercicio de la guarda. 5. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. 6. Pactos pre o post ruptura. 7. Otras cuestiones de interés. A) La prestación compensatoria. B) La vivienda familiar. 8. Conclusiones. IV. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA. 1. Introducción. 2. Guarda y custodia. 3. Supresión de la guarda y custodia. 4. Regulación supletoria. V. PAÍS VASCO. 1. Introducción. 2. Objeto y ámbito de aplicación. 3. Pactos pre-ruptura. 4. El convenio regulador. VI. COMUNIDAD VALENCIANA. 1. Breve resumen de su vigencia.

I. VISION DE CONJUNTO

La Constitución Española de 1978² reserva al Estado la competencia exclusiva sobre legislación civil, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Con base en esta previsión constitucional en la actualidad han desarrollado legislación propia en materia de relaciones paterno-filiales Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco y la Comunidad Valenciana, mientras que el resto de las Comunidades Autónomas se rigen por la normativa común contenida esencialmente en el artículo 92 del Código Civil. Coexisten en nuestro país, por tanto, varios regímenes distintos para determinar los derechos y obligaciones de los progenitores en relación con sus hijos menores.

1. Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en relación con la interpretación del artículo 149.1.8ª CE, estableciendo que³:

a) La expresión “allí donde existan” referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer la competencia legislativa *ex art.* 149.1.8ª CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior;

b) La remisión a los «derechos civiles forales o especiales» alcanza no solo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución;

c) La competencia se limita a la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho civil foral o especial previamente existente;

d) La garantía del artículo 149.1.8ª CE no se extiende a las normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de la entrada en vigor de la Norma Suprema;

² Artículo 149.1.8ª.

³ Citamos por todas la STC, Pleno, 192/2016, de 16 de noviembre de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011.

e) La costumbre es susceptible de legislarse, de tal modo que mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el derecho consuetudinario puede pasar a ser derecho legislado.

2. Ley aplicable

La aplicación al caso concreto de la normativa común o de la emanada de alguna de las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial viene determinada por la vecindad civil, cuya delimitación está regulada en los artículos 14 y 15 del Código Civil. Las causas de adquisición de la vecindad civil pueden agruparse en las siguientes categorías:

a) Por filiación: El hijo adquiere la vecindad civil que tienen sus progenitores en el momento del nacimiento o adopción. Si los padres tienen distinta vecindad civil, el hijo adquiere la de aquél respecto del cual se haya determinado antes la filiación; en su defecto, la del lugar de nacimiento; y, en último término, la vecindad de derecho común.

Además, los padres de común acuerdo, o bien el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de los progenitores durante los seis meses posteriores al nacimiento o a la adopción. Y también el propio hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad posterior de los padres, no afectan a la vecindad civil de los hijos. En consecuencia, el eventual cambio de domicilio de un menor como consecuencia de la atribución de su guarda y custodia a un progenitor cuya vecindad civil sea distinta de la que ostenta dicho menor, no conlleva por sí misma la alteración de la vecindad de éste, por lo que la ley personal aplicable a las eventuales modificaciones de medidas relativas al menor que se pudieran instar permanece inalterable hasta tanto se modifique su vecindad por alguna de las causas legalmente establecidas.

b) Por matrimonio: Si bien el matrimonio por sí mismo no altera la vecindad civil, cualquiera de los cónyuges no separado legalmente o de hecho podrá optar por la vecindad civil del otro.

c) Por residencia: También se adquiere la vecindad civil por residencia continuada de dos años, siempre que el interesado manifieste de forma expresa su voluntad, o bien por residencia continuada de diez años sin que el interesado manifieste su voluntad en contra. Ambas declaraciones han de hacerse constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda, prevalece la vecindad civil correspondiente al lugar de nacimiento.

d) Por adquisición de la nacionalidad española: El extranjero ha de optar al inscribir la adquisición de la nacionalidad por la vecindad civil del lugar de residencia o

de nacimiento, por la de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o, en su caso, por la del cónyuge. Si se adquiere la nacionalidad por carta de naturaleza, la vecindad civil vendrá determinada en el Real Decreto de concesión. En caso de recuperación de la nacionalidad española, la vecindad será la que ostentaba el interesado al tiempo de su pérdida.

Con estas premisas, pasamos a examinar la legislación civil foral o especial promulgada por las Comunidades Autónomas en relación con la materia que nos ocupa, así como los efectos prácticos de su aplicación a través de las resoluciones judiciales emanadas de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Constitucional.

II. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

1. Introducción

La norma vigente en la Comunidad aragonesa es el Código del Derecho Foral de Aragón⁴, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón⁵ que contiene el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En vigor desde el día 23 de abril de 2011, en su parte introductoria se refiere a las diversas normas que refunde, entre ellas a la “Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, aprobada en ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en las materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral aragonés y de Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés, reconocidas en los artículos 149.1.8.ª y 6.ª de la Constitución y 71.2 y 3 del Estatuto de Autonomía de 2007”.

El objetivo de la Ley citada es “regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, promoviendo el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y de igualdad entre el hombre y la mujer”. La pretensión de la norma es dar respuesta a una importante demanda social, generando un cambio sustancial del modelo tradicional con el fin de favorecer el interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. La custodia compartida se configura en ella como la norma general en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores, salvo que exista un pacto de relaciones familiares que establezca la custodia individual.

El modelo de custodia compartida que asume el Código aragonés pretende aunar el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores con el derecho-deber de los padres de participar en la crianza y educación de los menores. Las ventajas de la custodia compartida, se afirma, “son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres,

⁴ En adelante, CDFA.

⁵ El Código del Derecho Foral de Aragón consta de 599 artículos, divididos en cuatro Libros y un Título Preliminar; los Libros están divididos en Títulos, Capítulos, Secciones y, ocasionalmente, Subsecciones.

permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos”.

El Código del Derecho Foral de Aragón dedica a esta materia el Título II del Libro I, que lleva por título “De las relaciones entre ascendientes y descendientes”, al que se incorporan los artículos procedentes de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padre, vigente hasta la entrada en vigor de la nueva norma.

2. Rasgos generales

Aragón fue la primera Comunidad Autónoma en legislar sobre esta materia, mostrándose abiertamente partidaria de la custodia compartida y estableciendo la misma como opción preferente. El artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón establece de forma clara y contundente que el Juez acordará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, dejando a salvo los supuestos en los que se acredite que la custodia individual es más conveniente. La decisión sobre guarda y custodia de los hijos menores, sea individual o compartida, habrá de fundamentarla el Juez en el *plan de relaciones familiares* que debe presentar cada uno de los progenitores, teniendo en cuenta los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos;
- b) Su arraigo social y familiar;
- c) Su opinión, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años. Especial relevancia se atribuye a la opinión de los mayores de catorce años, disposición coherente con los derechos de la personalidad que el propio Código del Derecho Foral de Aragón les reconoce en otros preceptos;
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos;
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; y,
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

El Juez está facultado para solicitar de oficio o a instancia de parte los informes médicos, sociales o psicológicos que estime convenientes para determinar cuál sea el modo de ejercicio de la autoridad familiar y el régimen de custodia más conveniente en el caso concreto, evitando la separación de los hermanos siempre que sea posible y salvo que existan circunstancias que justifiquen la separación.

La norma dispone que no será suficiente para considerar desaconsejable la custodia compartida la simple oposición de uno de los progenitores a su adopción, así como, de forma similar a la prohibición contenida en el Código Civil, que no procederá su atribución ni individual ni compartida al progenitor incurso en un proceso penal seguido por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, siempre que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

3. Ejercicio del deber de crianza y educación

A) Durante la convivencia familiar

Con carácter general y salvo las excepciones legalmente previstas, el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados corresponde a ambos progenitores entretanto se mantiene la convivencia familiar. Deber que se enmarca en el ejercicio de la autoridad familiar, institución que se configura como una función inexcusable que ha de ejercerse personalmente y siempre en interés del hijo. Comprende los derechos y deberes que se desglosan en el artículo 65 del CDFFA:

a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas;

b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades;

c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años;

d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos;

El CDFFA establece la obligación del hijo de colaborar en las tareas del hogar o negocio familiar entretanto viva con la familia, sin que por ello pueda reclamar pago o recompensa alguna. También se establece la posibilidad de que los padres destinen los productos del trabajo o industria del hijo, así como los frutos de sus bienes, a las necesidades familiares. Los progenitores han de sufragar los gastos de educación y crianza de los hijos mayores o emancipados que carezcan de recursos propios, pero “solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para aquella formación se complete”, extinguiéndose en todo caso a los veintiséis años salvo pacto o resolución judicial en contra.

El ejercicio de la autoridad familiar se ejercerá por ambos progenitores conforme a los posibles pactos reflejados en documento público o, en su defecto, según los usos sociales o familiares. Dicho ejercicio, no obstante, corresponderá en exclusiva a uno de los progenitores en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, así como en virtud de una resolución judicial que así lo establezca. En caso de divergencias entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir a la Junta de Parientes o al Juez para que resuelva “lo más favorable al interés del hijo”.

B) Tras la ruptura

Los efectos de la ruptura o fin de la convivencia de aquellos progenitores que tengan hijos a cargo se contemplan en los artículos 75 y siguientes, cuya finalidad declarada es promover unas relaciones continuadas entre padres e hijos mediante la participación responsable, compartida e igualitaria de ambos progenitores en la crianza y educación de los menores, así como que éstos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Los derechos y principios básicos que han de regir las relaciones post ruptura son los siguientes:

a) La ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar;

b) Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos;

c) En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos:

- Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.

- Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares.

- El derecho del hijo menor a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, se rige por lo dispuesto en el artículo 6.

- Los anteriores derechos se armonizarán de acuerdo con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor.

4. Regulación consensuada

En el artículo 77 se prevé expresamente la posibilidad de que los progenitores otorguen lo que se denomina “pacto de relaciones familiares”, que deberá concretar como mínimo los acuerdos alcanzados en relación con los siguientes extremos:

- a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos;
- b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas;
- c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar;
- d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos;
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial;
- f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrá llevar a cabo en los siguientes supuestos:

- a) Por mutuo acuerdo de los padres;
- b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares;
- c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes;
- d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados;
- e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares;
- f) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

El pacto de relaciones familiares y sus posibles modificaciones posteriores únicamente producirán efectos una vez aprobado judicialmente, oído el Ministerio Fiscal. La aprobación procederá siempre que los acuerdos contenidos en el pacto no sean contrarios a normas imperativas y, además, garanticen suficientemente el interés de los hijos. En caso necesario se concederá a los progenitores un plazo para modificar los acuerdos no aprobados, resolviendo el Juez lo procedente una vez presentado el nuevo pacto o finalizado el plazo concedido. Si en el régimen de relación del menor con sus hermanos,

abuelos y otros parientes o allegados que finalmente se establezca se derivan derechos y/u obligaciones para estos últimos, deberán ser oídos antes de su aprobación.

La mediación familiar se contempla como posible vía para la resolución de discrepancias tanto antes de iniciarse el procedimiento judicial como una vez presentada la demanda en los términos que resultan del artículo 78. No es posible la mediación, empero, en los supuestos previstos en el artículo 80.6⁶.

5. Regulación judicial

A falta de pacto, el Juez determinará el régimen aplicable y dictará las medidas necesarias para garantizar la relación de los menores con ambos progenitores, hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, así como para evitar su sustracción y las perturbaciones dañosas derivadas del cambio de titular de la potestad de guarda. A tal efecto acordará las medidas que estime necesarias, pudiendo ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. Se prevé expresamente la revisión cuando se haya establecido un régimen de guarda y custodia individual en atención a la corta edad del hijo.

La norma se posiciona abiertamente a favor de la custodia compartida, que deberá ser acordada por el Juez en interés de los hijos menores salvo cuando la custodia individual sea más conveniente. En este último caso se fijará un régimen de comunicación, estancia o visitas del menor con el progenitor no custodio que garantice el ejercicio por éste de las funciones derivadas de la autoridad familiar.

Para la determinación del régimen más conveniente en cada caso concreto el Juez tendrá en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de los progenitores, así como los siguientes parámetros:

- a) La edad de los hijos;
- b) El arraigo social y familiar de los hijos;
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años;
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos;

⁶ Cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres;

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Para formar su convicción acerca del régimen más conveniente el Juez podrá recabar, de oficio o a instancia de parte, informes médicos, sociales o psicológicos emitidos por especialistas cualificados e independientes, procurando no separar a los hermanos salvo que concurran circunstancias que lo justifiquen. Aunque resulta obvio, la norma prevé expresamente que la oposición de uno de los progenitores a la custodia compartida no será suficiente para considerar que no es la mejor para los menores.

6. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar

El rasgo definitorio en relación con la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar es su limitación temporal, que fijará el Juez en defecto de acuerdo. También puede ordenar el Juez el destino de la vivienda, e incluso su venta, cuando la misma es propiedad de los progenitores y lo considera necesario para unas adecuadas relaciones familiares. Por lo demás, se atribuirá al progenitor custodio en los casos de guarda individual, y al que tenga más dificultad de acceso a una vivienda cuando se establezca el régimen de custodia compartida. No contempla la norma el sistema denominado “casa nido”, conforme al cual los menores permanecen en la vivienda familiar y son los progenitores los que se alternan en el uso de la misma durante sus respectivos períodos de custodia. No obstante es posible acogerse a dicho sistema mismo mediante pacto, al no encontrarse expresamente prohibido.

7. Gastos ordinarios y extraordinarios

La regla general en relación con los gastos ordinarios y con los extraordinarios necesarios es la contribución de los progenitores en proporción a sus respectivos ingresos, fijando el Juez la cantidad en atención a las necesidades y recursos de los hijos y las posibilidades de los padres. Los gastos extraordinarios no necesarios serán sufragados en atención a los acuerdos de los progenitores y, en su defecto, los abonará el progenitor que haya decidido su realización.

8. Pensión compensatoria

Denominada por el Código aragonés “asignación compensatoria”, procede en los mismos supuestos previstos en el Código Civil. El Juez determinará su naturaleza temporal o indefinida, su cuantía y la forma de abono⁷ en atención a los siguientes parámetros:

a) Los recursos económicos de los padres.

⁷ Podrá tener cualquier contenido patrimonial, periódico o de única entrega, siempre que permita el cumplimiento de su finalidad.

- b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.
- c) La edad de los hijos.
- d) La atribución del uso de la vivienda familiar.
- e) Las funciones familiares desempeñadas por los padres.
- f) La duración de la convivencia.

Al igual que las restantes medidas, podrá ser revisada cuando varíen sustancialmente las circunstancias y se extinguirá en caso de convivencia marital (con o sin matrimonio), cumplimiento del plazo o incumplimiento de su finalidad.

9. Medidas provisionales

Todas las medidas analizadas pueden adoptarse también con carácter provisional. Están legitimados para solicitarlas los progenitores, los hijos mayores de catorce años y el Ministerio Fiscal.

10. Autoridad familiar de otras personas

El CDFA atribuye el ejercicio compartido de la autoridad familiar al cónyuge de la persona que la ostenta, siempre que sea el único titular de la misma y, además, el menor conviva con ambos. Atribución que se mantendrá incluso en caso de fallecimiento del titular inicial, encargándose el cónyuge sobreviviente de la educación y crianza de los menores y asumiendo a tal fin la correspondiente autoridad familiar.

A falta de padrastro o madrastra que asuma de forma efectiva la autoridad familiar la misma pasará a los abuelos, confiriendo preferencia a los que mejor relación tengan con el nieto. Si los abuelos viven separados la preferencia corresponderá al que más se ocupe del nieto y, en última instancia, al de menor edad. En último lugar el CDFA confiere la autoridad familiar a los hermanos mayores de edad del menor huérfano.

Esta autoridad familiar comprende en el ámbito personal los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, pero no se extiende a la gestión de los bienes del menor. Puede ser objeto de privación o suspensión al igual que en el caso de los padres, e inscribirse en el Registro Civil. En caso de divergencias sobre a quién corresponde la misma, cualquier interesado puede acudir a la Junta de Parientes del menor o, en último extremo, al Juez.

III. COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

1. Introducción

Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial en Cataluña se regulan en el capítulo III del libro segundo de su Código Civil⁸, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio. Tras una primera sección dedicada a enunciar los diversos procedimientos para la adopción de medidas con escasas diferencias respecto del régimen común⁹, la sección segunda entra de lleno a delimitar en qué consiste la responsabilidad parental y las cuestiones que, como mínimo, debe abordar el plan de corresponsabilidad que necesariamente han de presentar los progenitores junto con la demanda tanto si instan el procedimiento de mutuo acuerdo como en caso de que la nulidad, separación o divorcio haya de tramitarse de forma contenciosa.

Estas mismas disposiciones son aplicables a la ruptura de parejas estables, en los términos que resultan de los diversos apartados del artículo 234.

2. La responsabilidad parental

Constituye la institución equivalente a la patria potestad en el ámbito del derecho común y, al igual que ésta, con carácter general mantiene su carácter compartido tras la ruptura familiar, por lo que debe continuar ejerciéndose conjuntamente en la medida de lo posible. El CCC configura la potestad parental como una función inexcusable de protección de los hijos menores no emancipados que ha de ejercerse en interés del hijo y cuya finalidad es el desarrollo pleno de su personalidad. Incluye no solo la guarda y protección de la persona, sino también de los bienes, y conlleva una serie de deberes que se concretan en protección y convivencia con los hijos, alimentarles, educarles y proporcionarles una formación integral. Los padres son, además, los representantes de los hijos menores, y están legitimados para administrar sus bienes. Funciones, deberes y facultades, por tanto, coincidentes en lo sustancial con lo establecido en el Código Civil español.

Conforme establece el artículo 236-4, los progenitores y sus hijos tienen derecho a relacionarse entre sí aunque no tengan “el ejercicio de la potestad”, salvo en el caso de menores adoptados o cuando exista una resolución judicial o administrativa que establezca lo contrario. También se configura un derecho de relación recíproco entre los menores y sus abuelos, hermanos y demás personas próximas. Relación que debe ser favorecida por los padres y a la que únicamente pueden oponerse por una causa justa.

3. El plan de parentalidad

Su objetivo es concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales y los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Ha de regular al menos los siguientes puntos:

⁸ En adelante, CCC.

⁹ Las medidas pueden adoptarse con carácter provisional o definitiva y, en ambos casos, tanto de forma consensuada como, en su defecto, por resolución judicial.

- a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

La propuesta de plan parental puede prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar en caso de que surjan controversias en su aplicación, así como futuras modificaciones para adaptarlo a las necesidades de los hijos en sus diferentes etapas evolutivas.

4. Ejercicio de la guarda

Cuando el plan de parentalidad se inserta en un procedimiento consensuado, con independencia del momento en el que se haya alcanzado el acuerdo y de que haya existido o no mediación familiar el juez deberá aprobar el mismo siempre que no perjudique el interés de los menores afectados. A falta de acuerdo, “la autoridad judicial debe adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos el deber de alimentos y, si procede, el régimen de relaciones personales con abuelos y hermanos”. También se pronunciará, a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan, sobre los alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados hasta tanto los mismos “tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos”. Así mismo, previa petición de parte el juez adoptará “las medidas pertinentes respecto al uso de la vivienda familiar y su ajuar, la prestación compensatoria, la compensación económica por razón del trabajo si el régimen económico es el de separación de bienes, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes comunes o en comunidad ordinaria indivisa”.

Ciñéndonos a las medidas relacionadas con la guarda de los hijos menores, el artículo 233-8 del Código Civil catalán parte de la base de que las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos mantienen su carácter compartido tras la ruptura, por

lo que deben continuar ejerciéndose conjuntamente en la medida de lo posible. Consecuentemente, el artículo 233-10 2 establece que, a falta de acuerdo entre los progenitores o si el mismo no es aprobado, la autoridad judicial debe determinar la forma de ejercer la guarda “ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales”. No obstante, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

En definitiva, el CCC muestra su preferencia por la guarda compartida salvo cuando se acredite que resulta más conveniente para el menor la guarda individual. Por otra parte, se contempla también la posibilidad excepcional de que se encomiende la guarda a los abuelos, otros parientes, personas próximas o, en defecto de todos ellos, a una institución idónea, confiriéndoles “funciones tutelares con suspensión de la potestad parental”.

5. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda

De conformidad con el artículo 233-11 habrán de ponderarse las propuestas contenidas en el plan de parentalidad con los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

e) La opinión expresada por los hijos.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

En todo caso se ha de procurar no separar a los hermanos, salvo que concurran circunstancias que lo justifiquen. Además, y con el fin de tutelar el interés de los hijos, no se atribuirá la guarda al progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme por actos de violencia familiar o de género, ni tampoco cuando existan indicios fundados de que ha incurrido en tal conducta, siempre que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

6. Pactos pre o post ruptura

El artículo 233-5 del CCC regula la validez y relevancia de los posibles acuerdos de los progenitores no incluidos en el convenio regulador. Pactos que pueden haber sido adoptados tanto antes de la ruptura y en previsión de la misma, como con posterioridad. La regla general es que vinculan a los cónyuges y, por tanto, puede exigirse su cumplimiento de forma acumulada junto con la acción de nulidad, separación o divorcio, así como en la solicitud de medidas provisionales. No obstante, los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada¹⁰ son anulables a instancia de cualquiera de los cónyuges durante los tres meses siguientes a su adopción, salvo que se haya producido la contestación a la demanda del procedimiento matrimonial en el que se pretendan hacer valer.

En cualquier caso, los acuerdos de los progenitores únicamente serán eficaces si son conformes con el interés de los menores cuando estén relacionados con la guarda, relaciones personales o alimentos de los hijos. Además, para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda sobre los hijos menores, el pacto únicamente será un criterio más a ponderar conjuntamente con el resto¹¹.

7. Otras cuestiones de interés

Tanto la atribución del uso de la vivienda como la prestación compensatoria guardan en el CCC una relación directa con la forma de ejercer la guarda sobre los menores y alimentos:

A) La prestación compensatoria

Puede solicitarla el cónyuge más perjudicado por la ruptura, petición que debe llevarse a cabo, de forma análoga a lo establecido en el derecho común, “en el primer proceso matrimonial”. La prestación está sometida a un doble límite, ya que no podrá exceder del nivel de vida del que gozaba el solicitante durante la vigencia del matrimonio, ni del nivel que pueda mantener el cónyuge obligado a su pago una vez computados, en su caso, los alimentos de los hijos, que son prioritarios¹².

La cuantía de la prestación compensatoria puede ser establecida mediante pacto pre o post ruptura y, en su defecto, por resolución judicial. En caso de que uno o los dos cónyuges renuncien a la prestación mediante pactos no incorporados a una propuesta de convenio regulador, dicha renuncia no será efectiva en tanto en cuanto esos pactos “comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor”. En caso de determinación judicial de la prestación el juez tendrá en cuenta para fijar su cuantía y duración especialmente las siguientes variables:

¹⁰ Asistencia que, además, ha de ser independiente para cada uno de los cónyuges.

¹¹ Así resulta del artículo 233-11-1.f) del Código Civil de Cataluña.

¹² Artículo 233-14 CCC.

a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial.

b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos.

c) Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes.

d) La duración de la convivencia.

e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.

En cuanto al pago, puede establecerse en forma de capital (bienes o dinero) o en forma de pensión. En caso de desacuerdo, la autoridad judicial debe emitir una resolución sobre la modalidad de pago atendiendo a las circunstancias del caso y, especialmente, a la composición del patrimonio y a los recursos económicos del cónyuge deudor.

Si se establece el pago en forma de capital la autoridad judicial puede, previa petición del cónyuge deudor, “aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y con devengo del interés legal a contar del reconocimiento”. Si, por el contrario, se establece en forma de pensión, tendrá carácter limitado en el tiempo salvo excepciones, debiendo ser abonada en dinero y por mensualidades anticipadas. A instancia de parte pueden adoptarse medidas tendentes a garantizar el pago, así como fórmulas de actualización.

La modificación de la prestación compensatoria fijada en forma de pensión solamente puede llevarse a cabo para disminuir su importe en caso de que mejore la situación económica de que la percibe o empeore la de quien la paga. Deben tenerse en cuenta para determinar la capacidad económica del deudor sus nuevos gastos familiares, así como el derecho de alimentos de todos sus hijos dado su carácter prioritario.

El derecho a prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por cambios en la fortuna del acreedor o deudor que la justifiquen; por contraer nuevo matrimonio, convivir maritalmente con otra persona o fallecer el acreedor; y por vencimiento del plazo establecido. Por el contrario, no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, si bien “el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital”.

B) La vivienda familiar

El CC de Cataluña regula de forma mucho más detallada que el Código Civil español todo lo relacionado con la atribución y/o distribución de la vivienda y ajuar familiar tras la ruptura, lo que siempre resulta clarificador y es fuente de seguridad jurídica. El apartado 20 del artículo 233 contempla la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar

la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares a uno de ellos para satisfacer “en la parte que proceda” los alimentos de los hijos comunes. La medida posibilita la distribución consensuada de la carga económica tras la ruptura, teniendo en cuenta su evidente su contenido patrimonial. También pueden acordar los progenitores distribuir el uso de la vivienda entre ellos por períodos determinados, manteniendo en ella permanentemente los hijos¹³, o no. En cualquier caso “no son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso”.

A falta de acuerdo o en caso de que el mismo no sea aprobado, la autoridad judicial atribuirá el uso de los referidos bienes preferentemente “al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta”¹⁴, debiendo ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge. Vemos que también se valora la atribución del uso de la vivienda a falta de acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior, el uso de la vivienda familiar corresponderá al cónyuge más necesitado cuando se establezca un régimen de guarda compartida o bien no existan hijos menores o incapacitados. También cuando, correspondiendo a uno de los cónyuges el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos, sea previsible que dicho cónyuge la siga necesitando después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

En el caso de que existan hijos menores solo con carácter excepcional podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador “si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”.

La atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado “debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

En todos los casos la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos. Además, a instancia de uno de los cónyuges puede excluir su atribución si el cónyuge guardador tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y la de los hijos, así como cuando el que lo solicita garantiza la pensión de

¹³ Casa nido.

¹⁴ Por consiguiente, la atribución finalizará en todo caso cuando los hijos alcancen la mayoría de edad o se emancipen. Y también en caso de que, tras la atribución inicial, se produzca el cambio de guardador, ya sea de mutuo acuerdo o por resolución judicial.

alimentos y, en su caso, la prestación compensatoria, en cuantía suficiente para cubrir las necesidades de vivienda.

Si los cónyuges no son propietarios de la vivienda, la atribución del uso queda limitada a la extinción del derecho que tengan sobre la misma o a la petición de restitución del propietario en caso de precario. La sentencia puede prever la adecuación de las prestaciones de alimentos o compensatoria si se produce esa eventualidad, siendo igualmente posible acudir al procedimiento de modificación de medidas en caso de que no se hubiera contemplado.

El derecho de uso puede ser anotado o inscrito en el Registro de la Propiedad. Posibilidad que también existe en el derecho común por aplicación de la Ley Hipotecaria, si bien el Código Civil español no la contempla expresamente. También se concreta la distribución de los gastos de la vivienda, de forma que “las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución”, mientras que “los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso”. Lógicamente si el uso se distribuye proporcionalmente entre ambos, esa misma proporción determinará la contribución de cada uno de ellos.

Por último, el artículo 233-24 detalla las causas por las que se extingue el derecho de uso, en concreto:

1. Por las causas pactadas entre los cónyuges;
2. Si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.
3. Si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:

a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.

b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.

c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.

d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

8. Conclusiones

a) La legislación catalana establece una cierta preferencia por el régimen de guarda compartida según se deduce de la consideración de las responsabilidades de los progenitores para con sus hijos con ese mismo carácter tanto antes como después de la

ruptura, y en especial de la previsión expresa de que dichas responsabilidades deben ejercitarse conjuntamente en la medida de lo posible.

b) Sin perjuicio de lo anterior, el juez puede establecer que la guarda se ejerza de forma individual si considera la misma más beneficiosa para el hijo.

c) El plan de parentalidad debe acompañar a toda demanda o contestación que se presente en un procedimiento sobre nulidad, separación, divorcio o medidas sobre menor no matrimonial, tanto si el procedimiento es consensuado como si es contencioso. En dicho documento los progenitores han de concretar la forma en que pretenden ejercer los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental.

d) A falta de acuerdo entre los progenitores, el juez determinará el régimen de guarda más conveniente o beneficioso para el hijo teniendo en cuenta los criterios que expresamente se establecen.

e) El uso de la vivienda y ajuar familiares se atribuirá con carácter general al progenitor guardador, o bien se distribuirá entre ambos progenitores en caso de que se establezca un régimen de guarda compartida. No obstante, se prevé la posibilidad de atribuir su uso al cónyuge más necesitado, o bien no atribuirlo a ninguno de ellos, cuando concurren las circunstancias específicamente previstas.

f) Todos los pronunciamientos de contenido económico (pensión de alimentos, uso de la vivienda, gastos, prestación compensatoria) están directamente relacionados entre sí y con el ejercicio de la responsabilidad parental, debiendo ponderarse todos ellos en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

g) No procederá la atribución de la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista, ni tampoco cuando haya indicios fundados de haberlos cometido, siempre que los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas de dichos delitos.

h) Se prevé de forma expresa el establecimiento de un régimen de relaciones personales de los menores con sus abuelos, parientes y allegados, previa audiencia de los interesados y con su consentimiento, quedando facultados todos ellos para reclamar su ejecución.

IV. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

1. Introducción

La Comunidad Foral de Navarra se rige en la materia que analizamos por la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, norma que entró en vigor el día 28 de junio siguiente. Tras remitirse a las normas nacionales e internacionales relacionadas con la protección de la familia y de la infancia, apuesta “porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores”.

La norma foral, de tan solo tres artículos, contiene una regulación parca y poco definida, encomendando al Gobierno Navarro que lleve a cabo en el plazo de un año un proyecto de Ley Foral de modificación del Fuero Nuevo de Navarra en materia de Derecho de Familia, “sede natural de una reforma de este tipo, integrándose con el resto de instituciones con las que debe conformar un sistema coherente”.

2. Guarda y custodia

Entretanto se produce la modificación planificada, la norma vigente no se decanta por uno u otro régimen de guarda y custodia, residenciando en el Juez la facultad de decidir en cada caso concreto en atención a los intereses de los hijos. El sistema se articula con carácter preferente a través del denominado “pacto de relaciones familiares”, que habrán de alcanzar los progenitores por sí solos o a través de la mediación familiar.

En defecto de pacto, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o bien atribuirle de forma individual a cualquiera de los progenitores “cuando así convenga a los intereses de los hijos”. Para decidir sobre la modalidad de custodia más conveniente en cada caso el Juez tendrá en cuenta, además de lo solicitado por cada uno de los padres, los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.
- c) El arraigo social y familiar de los hijos.
- d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.
- h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

La decisión deberá orientarse a “conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos”. Si se opta por la custodia compartida, el Juez fijará el régimen de convivencia. Si, por el contrario, atribuye la custodia a uno de los progenitores, “fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el

ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra”. En todo caso y salvo que concurran circunstancias concretas que lo justifiquen, no se debe separar a los hermanos.

3. Supresión de la guarda y custodia

Al igual que las restantes normas que regulan la atribución de la guarda y custodia, la Ley 3/2011 establece de forma expresa que no procederá la atribución de la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando concurran determinadas circunstancias relacionadas con la violencia doméstica o de género. Sin embargo, contiene al menos dos especificaciones dignas de resaltar:

a) En primer lugar, el requisito de estar incurso en un proceso penal incoado por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, ha de concurrir conjuntamente con el requisito de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Esta “doble incriminación” exige, por tanto, una resolución judicial en la que de forma expresa se hagan constar los concretos indicios racionales de criminalidad que concurran. A título de ejemplo esa fundamentación la podemos encontrar en la resolución judicial por la que se adoptan medidas cautelares, en la orden de protección y, en último extremo, en el auto de apertura de juicio oral. La doble exigencia conlleva un plus garantista, no siendo suficiente que exista un proceso penal en trámite para privar a uno o ambos progenitores de la guarda y custodia de sus hijos menores.

Sin embargo, la norma foral también incorpora la prohibición de atribuir la guarda y custodia “cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género”. Hemos de entender que en este caso los indicios se ponen de manifiesto en el procedo civil, es decir, ante el Juez competente para la adopción de las medidas, y conlleva igualmente la prohibición de atribuir al autor de esos indicios la guarda y custodia aún cuando no existe ningún proceso penal en curso y, por supuesto, sin necesidad de que exista una resolución judicial motivada en la que se reflejen esos indicios. Vemos por tanto que en este segundo caso se ha prescindido de cualquier garantía, resultando a nuestro juicio contradictorios ambos pasajes.

b) Como corolario de lo anterior, se establece de forma expresa que “la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos”.

4. Regulación supletoria

Fiel a su título, la Ley Foral 3/2011 omite cualquier mención a las restantes medidas que es necesario abordar cuando se produce la ruptura, limitándose a regular lo relacionado

con la guarda y custodia. Es preciso, por tanto, acudir al sistema de fuentes para complementar la norma foral, a fin de proveer lo necesario en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución de los progenitores a los alimentos de los menores y, en definitiva, sobre las cuestiones que resulte necesario regular en cada caso concreto. A tal efecto resulta de aplicación, en primer lugar, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, en especial la Ley 63 que regula los derechos y deberes inherentes a la patria potestad en términos muy similares al Código Civil:

“La patria potestad sobre los hijos menores no emancipados y sobre los incapacitados corresponde conjuntamente al padre y a la madre, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación.
2. Representarlos en cuantos actos les conciernan y no puedan legalmente realizar por sí mismos, salvo que guarden relación con bienes cuya administración no corresponda a los padres y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 64.
3. Administrar y disponer de sus bienes en las condiciones que establece la Ley 65, y usufructuarlos dando a los frutos percibidos las aplicaciones que demanden el interés de los hijos a quienes pertenezcan los bienes y el de la familia a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada.

Corresponde también a los padres la defensa de los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos e incluso de los no concebidos.

Los hijos, por su parte, deben obedecer a los padres en tanto permanezcan bajo su potestad, respetarlos siempre y contribuir al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella”.

El ejercicio de la patria potestad tampoco difiere sustancialmente del régimen común:

“Las funciones inherentes a la patria potestad se ejercerán por el padre y la madre según lo convenido y, en defecto de pacto, por ambos conjuntamente. Serán, sin embargo, válidos los actos que cualquiera de ellos realice por sí solo para atender a las necesidades ordinarias de los hijos, según las circunstancias familiares y el uso del lugar, o en situaciones que exijan una urgente solución.

En los casos de declaración de ausencia o de incapacitación de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro; en el de imposibilidad de uno de los padres, podrá el otro recabar del Juez la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad.

Si hubiera desacuerdo, los Parientes Mayores, a solicitud conjunta de ambos padres, y el Juez, a petición de cualquiera de éstos, resolverán su discrepancia, después de oír a los

interesados e intentar la conciliación, atribuyendo sin ulterior recurso la facultad de decidir, en el caso concreto sometido a su conocimiento, al padre o a la madre. Cuando las circunstancias lo aconsejen podrá también el Juez, por un plazo que no exceda de dos años, distribuir entre ellos las funciones de la patria potestad o atribuir ésta a uno de los dos”.

Así mismo, la Ley 72 establece que el padre y la madre, aun cuando no sean titulares de la patria potestad o no les corresponda su ejercicio, están obligados a velar por sus hijos menores o incapacitados y prestarles alimentos.

Por último, y siguiendo con el sistema de fuentes, procederá la aplicación supletoria del Código Civil y demás legislación común en todo aquello que no se encuentre previsto en la normativa foral.

V. PAÍS VASCO

1. Introducción

La norma aplicable en esta Comunidad Autónoma es la Ley 7/2015, de 30 de junio, que entró en vigor el 10 de octubre de 2015. Fruto de una iniciativa legislativa popular cuya andadura comenzó en el año 2011 avalada por más de 85.000 firmas, es fiel reflejo de la demanda de la ciudadanía vasca para la implantación de la guarda y custodia compartida, régimen que se considera el más adecuado como punto de partida. No obstante, debe prevalecer en todo caso el interés superior del menor, al cual deberá oírse en relación con las medidas que le afecten a partir de los doce años de edad. El objetivo de la norma es conjugar la corresponsabilidad parental y el derecho de los menores a la custodia compartida y a relacionarse con ambos progenitores de la forma más igualitaria posible. En sus seis capítulos se definen y regulan los derechos y deberes de los interesados desde la óptica de la Convención de los Derechos del Niño, abogando por los pactos pre-ruptura como medio de disminuir la litigiosidad llegado el momento y destacando las conveniencia de acudir a la mediación familiar cuando se produce la crisis.

2. Objeto y ámbito de aplicación

La norma vasca resulta de expresa aplicación, además de a los procesos de nulidad, separación y divorcio, a los de extinción de las parejas de hecho, los de modificación de las medidas adoptadas en cualquiera de ellos, los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia y los que versen sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos comunes. El objeto declarado de la Ley que analizamos es garantizar, salvo circunstancias excepcionales, las relaciones continuadas de los menores no solo con sus progenitores, sino también con sus hermanos, abuelos, parientes y allegados.

Para determinar cuándo resulta aplicable, la Ley se remite en primer lugar al elemento personal, siendo de obligada aplicación cuando la persona o personas con autoridad parental sobre el menor tengan la vecindad civil vasca o hayan elegido dicha vecindad en

documento público auténtico antes de contraer matrimonio o constituir la pareja de hecho. También será de aplicación cuando el lugar de residencia común del matrimonio en el momento de presentar la demanda, o la residencia inmediatamente anterior a la ruptura en el caso de las parejas de hecho, estuviera situado en el País Vasco.

3. Pactos pre-ruptura

El artículo 4 contempla la posibilidad de regular las consecuencias de la ruptura con carácter anticipado, ya sea antes del inicio de la convivencia o durante la misma. Su contenido podrá extenderse a todas las materias previstas para el convenio regulador, o bien limitarse a alguna o algunas de ellas. También pueden incluir el compromiso de someter el conflicto a mediación antes de acudir a la vía judicial. En cuanto a su forma, se exige la escritura pública para su validez, quedando sin efecto si en el plazo de un año no se contrae matrimonio o comienza la convivencia.

4. El convenio regulador

Al contrario de lo establecido por el Código Civil, en el régimen vasco es obligado presentar al Juez una propuesta de convenio regulador junto con la demanda de separación, divorcio, nulidad del matrimonio o medidas paterno filiales tanto si el procedimiento es de mutuo acuerdo como si se tramita de forma contenciosa a instancia de cualquiera de los progenitores. El documento debe contemplar, en primer lugar, cómo va a llevarse a cabo lo que denomina “ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos o hijas, como corresponsabilidad parental”, incluyendo las medidas que se estimen convenientes sobre las siguientes materias:

“1) La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores.

2) El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, su cuidado y educación y su ocio.

3) Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos.

4) Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

5) Las reglas de recogida y entrega de los y las menores en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas”.

Así mismo habrá de regular el convenio los aspectos económicos globalmente considerados, teniendo en cuenta aspectos tan relevantes como la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares o la capacidad económica de ambos progenitores:

“b) La contribución, si procediera, a las cargas familiares y a los alimentos, respecto a las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, a su tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores, a la capacidad económica de estos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes”.

Deberá contemplar igualmente el preceptivo convenio regulador la atribución y/o distribución de uso no solo de la vivienda y ajuar familiar, sino también de otras posibles residencias que pertenezcan a alguno de los progenitores siempre que hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar y no se les haya dado “un destino definitivo”. También habrá de prever la duración del uso y su repercusión sobre otras medidas económicas, en concreto sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

En relación con la pensión compensatoria, su regulación se remite a lo establecido en el artículo 97 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco.

La propuesta de convenio podrá remitir a la mediación familiar, con carácter previo a la vía judicial, para “resolver mediante el diálogo aquellos problemas que puedan surgir con motivo de la interpretación o cumplimiento del propio convenio regulador”. Además, podrá contener “el inventario y liquidación del régimen económico del matrimonio, o del establecido en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco, y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera”.

En caso de existir pactos pre-ruptura serán de obligada aplicación, complementando los mismos con lo dispuesto en la norma foral en todo aquello que no haya sido expresamente previsto.

El convenio regulador podrá modificarse en los siguientes supuestos:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes.
- b) En virtud de las causas que consten en el propio convenio regulador.
- c) A instancia de una de las partes o del Ministerio Fiscal, cuando hubiera sobrevenido una alteración sustancial de circunstancias.

d) Por incumplimiento grave o reiterado, de manera injustificada, de las obligaciones establecidas en el ejercicio conjunto de la patria potestad.

El convenio regulador será aprobado por el Juez salvo cuando sea dañoso para los hijos, resulte gravemente perjudicial para una de las partes o sea contrario a normas imperativas. La resolución que deniegue la aprobación será motivada y concederá a las partes un plazo de veinte días para presentar una nueva propuesta en relación con los aspectos no aprobados. Si tampoco esta segunda propuesta es aprobada, el Juez resolverá lo procedente, completando o sustituyendo las propuestas de los progenitores.

Las medidas aprobadas podrán ser modificadas por el mismo procedimiento cuando así lo aconsejen las necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los progenitores. Tanto el convenio regulador como sus posibles modificaciones o la extinción del mismo “producirán efectos cuando sean aprobados judicialmente, oído el Ministerio Fiscal y, en su caso, los hijos e hijas menores”.

VI. COMUNIDAD VALENCIANA

1. Breve resumen de su vigencia

Siguiendo la tónica general examinada anteriormente en relación con otras Autonomías, la Comunidad Valenciana dictó su propia norma reguladora en la materia que nos ocupa. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, se decantó claramente a favor de la guarda compartida, estableciendo la misma como principio general y relegando la guarda individual para los supuestos excepcionales en los que resultara más conveniente para el interés del menor.

La norma valenciana fue sometida a recurso de inconstitucionalidad con fundamento en la posible vulneración de la Constitución Española por el legislador autonómico, al excederse en el ejercicio de sus competencias sobre derecho civil. Interpuesto el recurso, se acordó inicialmente suspender la vigencia de la Ley, si bien finalmente fue levantada dicha suspensión mediante Auto 161/2011, de 22 de noviembre.

En consecuencia, la norma resultó plenamente aplicable en la Comunidad Valenciana durante casi cinco años, hasta que fue declarada inconstitucional y por consiguiente nula mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2016, de 16 de noviembre.

Entretanto, los principios rectores que inspiran la citada norma fueron elevados a la categoría de doctrina judicial por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia 9/2013, de 6 de septiembre, dictada al resolver un recurso de casación en materia de derecho foral. Sentencia que estableció como doctrina de la Sala que la mera entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 1 de abril, constituía un cambio de circunstancias suficiente para solicitar la modificación de las medidas adoptadas conforme a la legislación estatal, consolidando igualmente la excepcionalidad del régimen de custodia individual.

El Tribunal Constitucional, por su parte, fundamenta la declaración de inconstitucionalidad en la falta de acreditación de que a la fecha de entrada en vigor de la Constitución Española pervivieran en la Comunidad Valenciana reglas consuetudinarias en materia de relaciones paterno-filiales o, en su caso, alguna institución conexas que justifique su desarrollo legislativo.

No obstante, y al contrario de lo que establecía la propia Ley derogada¹⁵, el Tribunal Constitucional declara expresamente que la nulidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, no afecta a las situaciones jurídicas creadas y consolidadas durante su vigencia, por considerar que las resoluciones judiciales en las que se aplicó la norma declarada nula se dictaron en atención al “superior beneficio de los menores”, principio que en todo caso debe prevalecer “independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal o autonómico”. En consecuencia, termina afirmando el Tribunal que la Sentencia no debe conllevar necesariamente la modificación de las medidas adoptadas al amparo de la norma declarada nula.

¹⁵ La Ley 5/2011, de 1 de abril, establecía en sus dos Disposiciones transitorias su aplicabilidad a los procesos en trámite y la posibilidad de modificar las medidas adoptadas bajo la vigencia de la normativa estatal.

BIBLIOGRAFÍA

Arozamena Sierra, J., «Competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8 de la Constitución», en *Actualidad Civil*, 1988; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «Derecho Civil Foral», en *Aranzadi Civil*, n.º 18, 2001, págs. 1 y ss.; Capilla Roncero, F., «El Código Civil y el Estado de las Autonomías: la supletoriedad del Código Civil», en la obra colectiva *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, coordinado por B. Moreno Quesada, editorial Tecnos, Madrid, 1989; Díez-Picazo, Luis, «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil», en la obra colectiva *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, coordinado por B. Moreno Quesada, editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs. 13 y ss.; Durán Rivacorba, R., *Derecho Interregional*, editorial Dykinson, Madrid, 1996; Elizalde y de Aymerich, Pedro de, «El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 37, 1984, n.º 2, págs. 389-436; Lalaguna Domínguez, E., *La diversidad de las legislaciones civiles en España*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; Lasarte Álvarez, Carlos, «Comentario al artículo 149.1.8», en Oscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1988; Puig i Ferrol, L., «El denominado problema foral desde la perspectiva de un centenario», en la obra colectiva *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1617-1636; Sánchez González, María Paz, «Competencia de los parlamentos autonómicos en la elaboración del Derecho Civil. Estudio del artículo 149.1.8.º de la Constitución», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, 1986, n.º 4, págs. 1121-1168.

REPERCUSIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS SOBRE GUARDA Y
CUSTODIA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

IMPACT OF VIOLATIONS ON CUSTODY AFTER REFORM PENAL
CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 104 - 119.

Fecha entrega: 18/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ
Abogada. Profesora-Tutora UNED
Doctoranda Dpto. Derecho Civil UNED
aherranz@ubeda.uned.es

RESUMEN: Tras la derogación del Libro III del Código Penal (en adelante, CP) la repercusión en el ámbito punitivo de los incumplimientos relacionados con el régimen de guarda y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores queda limitada al delito de sustracción de menores, sin perjuicio del genérico delito de desobediencia grave tipificado por el artículo 556 CP.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, justifica la despenalización de las infracciones penales de carácter leve afirmando que “Sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos, configurándose en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa. La pretensión es clara: reservar al ámbito penal el tratamiento de las conductas más graves de la sociedad, que por ello deben merecer un tratamiento acorde a su consideración”.

La reforma deroga, pues, los artículos 618.2 y 622 del Código Penal, “... sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los artículos 226 y siguientes. Y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

La opción de política legislativa se justifica por la necesidad de primar “...la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada religiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad”. La previsible consecuencia de la despenalización de las faltas contra las relaciones familiares es el inevitable retraso de la respuesta judicial ante el incumplimiento, en detrimento del derecho a la vida familiar que garantiza nuestra Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: reforma; despenalización; incumplimiento; sustracción menores; desobediencia.

ABSTRACT: Following repeal of Book III of the Penal Code in penal matters impact of defaults related to care and stay regime of minor children with their parents it is limited to the crime of child abduction, notwithstanding the generic crime gross disobedience typified by Article 556 CP.

The Preamble to the Organic Law 1/2015, of March 30, justifies the decriminalization of criminal offenses mild stating that “Only those offenses carrying punitive enough reproach as for inclusion in the list of crimes are maintained, configured in mostly as misdemeanors punishable by fine. The aim is clear: criminal law book to treat the most serious conduct of society, which is why they deserved a treatment according to their consideration”.

Repealing reform therefore Articles 618.2 and 622 of the Penal Code, “... not including new criminal sanctions for the most serious breach of conduct of family duties are already criminalized in Articles 226 et seq. And the serious breaches of agreements or statements can result in liability for disobedience. Cases of pure obstruction, defective compliance or noncompliance without sufficient gravity have a penalty system in Article 776 of the Code of Civil Procedure”.

The choice of legislative policy is justified by the need to prioritize “... the rational use of public justice, to reduce the high litigation that falls on courts, with measures to promote an efficient and agile judicial response to conflicts that may arise. At the time, the criminal law should be reserved for the settlement of disputes particularly serious”. The predictable consequence of the decriminalization of offenses against family relations is the inevitable delay of the judicial response to the breach, to the detriment of the right to family life as guaranteed in our Constitution and the European Convention on Human Rights.

KEY WORDS: reform; legalization; compliance; minor theft; disobedience.

SUMARIO: 1. Antecedentes.- 2. Principio de intervención mínima.- 3. Doctrina del Tribunal Supremo.- 4. Repercusión de la reforma.- 5. Tutela penal de los incumplimientos sobre régimen de guarda y custodia.- 6. Doctrina del Tribunal Constitucional.- 7. Excusa absolutoria.- 8. Ilícitos semejantes a la sustracción de menores.- 9. Desobediencia a la autoridad.- 9.1. Desobediencia a la autoridad judicial.- 9.2. Vulneración del principio de legalidad penal.- 9.3. Sustracción de menores.

1. Desde su incorporación mediante Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, el art. 225 bis CP ha constituido la respuesta más enérgica de nuestro Ordenamiento frente a los incumplimientos de las resoluciones judiciales o administrativas sobre guarda y custodia de los hijos menores de edad o discapacitados. Encuadrado en el capítulo III, Título XII, Libro I bajo la rúbrica “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, el delito de sustracción de menor forma parte de un variado elenco de figuras delictivas destinadas a castigar desde el impago de pensiones hasta la sustracción internacional.

Los arts. 618.2 y 622 CP, por su parte, se ocupaban hasta ahora de los incumplimientos leves relacionados con el régimen de visitas y custodia, respectivamente, aplicando para su enjuiciamiento el expeditivo juicio de faltas. Este procedimiento, carente de fase instructora, proporcionaba al justiciable una respuesta judicial rápida, especialmente en los juicios tramitados como “inmediatos” *ex* arts. 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM).

Por último, las conductas claramente renuentes al cumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de custodia y visitas quedaban bajo la tutela del art. 556 del mismo cuerpo legal, que tipifica de forma genérica el delito de desobediencia a la autoridad.

Este sencillo y eficaz esquema ha quedado desmembrado tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

2. Según resulta del Preámbulo de la LO 1/2015, “La reducción del número de faltas -delitos leves en la nueva regulación que se introduce- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte,

pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”.

La norma citada deroga íntegramente el Libro III del Código Penal⁴¹, y si bien es cierto que algunos de los ilícitos anteriormente calificados como falta se han transformado en la nueva regulación en delitos leves⁴², no ocurre lo mismo en el ámbito de los incumplimientos del régimen de custodia y estancia de los hijos menores de edad con sus progenitores, anteriormente castigados por los arts. 618.2 y 622 CP. El ámbito de aplicación de cada uno de los preceptos penales citados lo resume a la perfección la SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, 1/2015, 7 enero 2015, “El art. 622 del CP castiga el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa por la que se atribuye la guarda y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar y el art. 618 CP los incumplimientos de obligaciones familiares impuestas en convenio o resolución judicial, no sólo de tipo económico sino de cualquier otra clase, encajando en este último precepto los incumplimientos relativos al régimen de visitas”.

En la práctica, estos tipos penales daban cobertura al amplio abanico de incumplimientos que, de ordinario, se producen en el desarrollo de la relación paterno-filial. Su derogación conlleva la total despenalización del incumplimiento leve en esta materia, quedando limitada la vía penal a la sustracción de menores tipificada por el art. 225 bis CP y la desobediencia grave del art. 556 del mismo cuerpo legal, cuyo enjuiciamiento ha de llevarse a cabo a través del proceso penal común⁴³, con la consiguiente e inevitable demora en la respuesta judicial. Lo que a su vez repercutirá, previsiblemente de forma negativa, en la tutela del derecho a la vida familiar.

3. El Alto Tribunal ya venía remitiendo la solución de los conflictos surgidos en torno al régimen de estancia de los menores con sus progenitores a las normas de carácter civil o administrativo⁴⁴, en especial el art. 776.3 LEC. Así por ejemplo en S. 823/2012, 31 enero 2013, afirma: “Esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los

⁴¹ Que hasta la reforma operada por la LO 1/2015 tipificaba las faltas contra las personas (arts. 617 a 622), contra el patrimonio (arts. 623 a 628), contra los intereses generales (arts. 629 a 632) y contra el orden público (arts. 633 a 637).

⁴² Como por ejemplo en el caso de las lesiones dolosas o el maltrato de obra, conductas anteriormente tipificadas en el art. 617 y que con la reforma pasan a estar penadas en el art. 147.2 y 3 del CP.

⁴³ Concretamente el procedimiento abreviado que regulan los arts. 757, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁴ En el caso de menores sometidos a tutela o guarda administrativa.

hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador”.

Sin duda esta vía posibilita la tutela del derecho a la vida familiar tanto del progenitor como, en su caso, de los menores que sufran de forma reiterada los incumplimientos. Pero presenta varios escollos importantes:

- El primero es que, por definición, no cabe acudir a este remedio ante el primer incumplimiento, puesto que ha de ser reiterado.
- No existe tampoco una pauta definida de lo que debe considerarse “reiteración”, debiendo por ello delimitarse caso por caso.
- El cambio de régimen hay que llevarlo a cabo a través de un procedimiento de modificación de medidas, con la consiguiente demora en la consecución del objetivo.
- Finalmente, la tutela del orden jurídico perturbado no queda garantizada a través de esta vía, porque como dice la STS antes citada los incumplimientos solo se tienen en cuenta como “...una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio...”.
- La resolución judicial únicamente se pronunciará sobre el régimen futuro, pero no acarreará sanción alguna para los incumplimientos previos, con la consiguiente impunidad para el infractor.

Consciente de que este remedio no da respuesta a todos los supuestos que en la práctica se producen⁴⁵, en la misma sentencia el Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de acudir a la vía coercitiva para lograr el cumplimiento, bien sea a través de la imposición de las multas previstas en el art. 776.2 LEC⁴⁶, o bien mediante la exigencia de responsabilidad penal “...al haberse incumplido una resolución judicial clara y terminante acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, según resulta de los artículos 556 y 622 del CP”. Remite también al Convenio de la Haya de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en relación con el “... efecto disuasorio que puede producir en aquellos padres que se

⁴⁵ Téngase en cuenta, además, que no siempre el incumplimiento justificará el cambio de régimen de guarda y custodia.

⁴⁶ Medida absolutamente inoperante en el caso de progenitores insolventes.

sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se pudieran cometer con motivo del derecho de visitas”. Recordemos que el citado Convenio tiene por objeto “velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

La norma de cierre del sistema punitivo en el ámbito de la guarda y custodia de menores la conforma el art. 225 bis CP, que castiga la sustracción de menores en los términos que más adelante se analizan.

4. Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la sentencia comentada llegamos a la conclusión de que, siempre que sea posible, los conflictos relacionados con el régimen de guarda y custodia deben resolverse mediante la aplicación de los remedios establecidos en la misma normativa utilizada para su establecimiento. Corolario lógico del principio de intervención mínima del derecho penal, cuya aplicación debe limitarse a aquellos supuestos en los que el resto del ordenamiento jurídico no resulta suficiente para tutelar los intereses en juego. Solo cuando la norma civil o administrativa se revela inoperante se debe acudir a la vía penal para restaurar el orden jurídico perturbado por el incumplimiento.

Conviene, no obstante, tener presente que el aforismo “justicia retardada, justicia denegada” tiene una especial relevancia en esta materia, porque el daño generado por la vulneración del derecho a la vida familiar se multiplica exponencialmente cuando el reencuentro o el disfrute de la compañía mutua entre el menor y su progenitor se demora durante meses o incluso años, a la espera de largos, complicados y a veces excesivamente garantistas procedimientos judiciales. En ocasiones incluso resulta imposible retomar la relación paterno-filial perdida, porque el transcurso del tiempo se ha encargado de romper todos los lazos afectivos entre el menor y su progenitor. En este sentido se pronuncia la STS, Sala 1ª, 720/2002, 9 julio 2002: “El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar”. Y es ahí donde la derogación de los arts. 618.2 y 622 CP va a tener una incidencia claramente negativa, porque mientras que hasta ahora la sanción al incumplidor y el desvalor asociado a la misma se implementaba en brevísimos plazos, a partir de la reforma solamente tendrán acceso al orden penal las conductas más graves y, además, la respuesta judicial sufrirá la inevitable demora inherente a la tramitación procesal ordinaria. Los incumplimientos leves, por el contrario, quedan

despenalizados, si bien podrán ser objeto de ejecución en vía civil o, en su caso, servir de base a un procedimiento de modificación de medidas.

5. El único tipo penal específicamente relacionado con el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores vigente en la actualidad es el delito de sustracción de menores. Tipificado en el art. 225 bis CP, por imperativo del principio de última ratio del derecho penal su aplicación ha de limitarse a los incumplimientos más graves del régimen de guarda y custodia, siempre que concurren todos y cada uno de los elementos del tipo. Su redacción es la siguiente:

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

a) El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

b) La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

Si bien el tenor literal de este precepto legal abarca, a priori, cualquier supuesto de traslado forzoso de un menor de su lugar de residencia, así como el quebrantamiento del régimen de custodia al que esté sometido por imperativo de una resolución judicial o administrativa, su aplicación práctica resulta ciertamente dificultosa. Incluye el desplazamiento dentro o fuera del territorio nacional y el sujeto activo del delito puede ser uno o ambos progenitores, pero también los ascendientes del menor (abuelos, bisabuelos) y los parientes del progenitor sustractor por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado (hijos, hermanos, cuñados).

El elemento material del tipo lo constituye el hecho de sustraer al menor, concepto jurídico que el propio precepto delimita, configurando las siguientes variantes:

a) Traslado del menor: La “sustracción” en este caso se concreta, según el apartado 2.1º del art. 225 bis CP, en trasladar al menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor o guardador con el que habitualmente conviva. El delito se perfecciona por el mero desplazamiento inconsciente del menor. La dificultad probatoria gira en torno al “consentimiento”, correspondiendo su carga al sustractor siempre que el guardador niegue haberlo prestado.

b) Retención del menor incumpliendo gravemente una resolución judicial o administrativa: El elemento material del tipo en este caso consiste en retener al menor más allá de lo autorizado por la resolución judicial o administrativa, cuya existencia constituye requisito *sine qua non* para que pueda incurrirse en este ilícito penal. La esencia del tipo, en este caso, es la no devolución del menor a su legítimo guardador al término del período de estancia con el sustractor.

6. Para el análisis de las ya anunciadas dificultades de aplicación del art. 225 bis CP vamos a partir de la STC 196/2013, 2 diciembre 2013. Esta resolución se pronuncia sobre un supuesto de hecho que se resume en el traslado de un menor al extranjero por su padre sin consentimiento de la madre. Retención que se mantiene de forma ininterrumpida durante más de ocho años, sin que la progenitora tenga conocimiento del lugar donde se encuentra el menor durante todo este tiempo. La demanda de amparo se interpone contra la Sentencia 212/2012, de 26 de abril, dictada por el Juzgado de lo Penal

número 2 de Jaén, que condenó al padre del menor como autor de un delito previsto y penado por el art. 225 bis 1 y 3 CP a las penas de tres años de prisión, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante siete años, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante tres años, pago de las costas procesales e indemnización a la madre del menor en la cuantía de 600.000 euros. Dicha Sentencia fue confirmada por la número 182/2012, 17 julio 2012, dictada por la Sección 1ª de la AP de Jaén, a la cual también alcanza el recurso.

La demanda de amparo se fundamenta en la infracción del principio de legalidad, dado que cuando el progenitor trasladó al menor en el año 1998 no se encontraba vigente el precepto penal aplicado. También se invoca el error invencible que conlleva el desconocimiento de la tipificación del delito de sustracción de menores con posterioridad al traslado del menor, así como la falta de notificación al sustractor de las resoluciones judiciales que otorgaron la guarda y custodia a la madre, al haber sido dictadas con posterioridad a su traslado al extranjero. Error o desconocimiento que impide la aplicación del tipo penal por faltar el dolo o intencionalidad de incumplir las mismas.

El TC, analizando los motivos someramente esbozados, comienza por convalidar la calificación efectuada por los órganos judiciales de este ilícito penal como “delito permanente”, lo que determina que hasta que no se restablece el orden jurídico quebrantado sigue cometiéndose el mismo. Por ello, es absolutamente consecuente distinguir entre el traslado del menor, que en este caso se produjo antes de la entrada en vigor del precepto aplicado y, por ello, no puede ser sancionado en virtud del principio de legalidad, y la retención del mismo, que se mantuvo con posterioridad a la entrada en vigor del tipo penal que analizamos.

Sin embargo, pese a considerar probado el elemento material de la retención, el TC otorga el amparo con fundamento en la falta de prueba sobre el elemento intencional, esto es, la voluntad de quebrantar las resoluciones judiciales objetivamente infringidas, dado que los órganos judiciales omitieron “cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor”. Por ello, “la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis 2.2 no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

La doctrina emanada de esta Sentencia debe tenerse muy presente, por tanto, en relación con el delito que analizamos, puesto que resulta imprescindible que concurren y se declaren probados ambos elementos -el material y el

intencional- para que sea constitucionalmente viable la condena por el delito de sustracción de menores en su vertiente de retención en contra de una resolución judicial o administrativa. Téngase en cuenta que, al contrario de lo que ocurre con los delitos patrimoniales -en los cuales se presume el ánimo de lucro-, en este caso no cabe presumir la voluntad de incumplir la resolución judicial, debiendo ser probada en el correspondiente proceso penal y declararse como tal en la resolución condenatoria. La inevitable consecuencia de la falta de notificación –sea por imposibilidad real o por picaresca de su destinatario- es que el progenitor sustractor quedará exento de pena, al faltar el elemento volitivo o voluntad consciente de incumplir la resolución que establece el régimen de guarda. Dicho de otra forma, no cabe apreciar voluntad incumplidora -elemento intencional- cuando falta el previo conocimiento de lo que se debe cumplir.

Así pues, a falta de notificación el único ilícito posible sería el tipificado en el apartado primero del art. 225 bis 2 CP, esto es, el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento de:

a) El progenitor con quien conviva habitualmente, enunciado limitado a los supuestos en los que el menor convive únicamente con uno de sus progenitores. Se castiga en este caso al progenitor, ascendiente o familiar que lo sustrae o aparta del custodio sin su consentimiento. No concurren los elementos del tipo, por el contrario, cuando el menor convive con ambos progenitores y uno de ellos traslada o autoriza el traslado del menor, porque en ese caso sí concurre el consentimiento requerido.

b) De las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia: Aunque en este caso no se exige el quebrantamiento de una resolución judicial o administrativa, la expresión “confiada su guarda o custodia” implica que el sustractor ha de apartar al menor de una guarda de hecho previamente autorizada por quien tenga potestad sobre el mismo. A título de ejemplo podemos pensar en los abuelos, familiares o personal contratado que cuidan del menor mientras el progenitor guardador no puede ocuparse de él, en los responsables del centro educativo, guardería, ludoteca, etc. En todos estos casos el sustractor incurriría en delito. No lo hará, por el contrario, cuando el menor sea “rescatado” de una situación de abandono de hecho, por encontrarse sin vigilancia en su propio domicilio, o en la calle, o acompañado por personas ebrias, etc., etc.

Los supuestos de justificación que podemos imaginar son casi ilimitados, y la presunción de inocencia resulta, como es lógico, un límite infranqueable.

7. Otra cuestión que dificulta enormemente la aplicación del art. 225 bis CP es la exclusión de responsabilidad que prevé el apartado 1º, que se proyecta tanto sobre la sustracción en sí misma como sobre la retención del menor: “El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”.

Al contrario de lo que ocurre con el concepto “sustracción”, que el propio precepto legal se encarga de delimitar, no existe definición alguna de lo que haya de considerarse “causa justificada”. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser apreciado judicialmente caso por caso, con la consiguiente posibilidad de que causas iguales o similares sean consideradas suficientes o insuficientes para justificar la sustracción, dependiendo del tribunal que juzgue los hechos. La indefinición permite, en cualquier caso, imaginar y alegar en defensa del sustractor las más variadas causas de justificación, con claro detrimento de la seguridad jurídica. A título de ejemplo podemos citar la enfermedad grave del hijo que haga necesario su traslado para recibir tratamiento en otro país, influencia altamente perniciosa del progenitor custodio, ambiente inapropiado y dañino para el menor, ingreso en prisión, alcoholismo o toxicomanía del otro progenitor y, en general, cualquier circunstancia que pueda resultar dañosa. Aún cuando la analogía está prohibida en materia penal, no resultaría descabellado remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las causas de suspensión del régimen de visitas, que, “sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor” (STS 30 abril 1991, 22 mayo 1992, 19 octubre 1992 y 21 julio 1993).

En definitiva, siempre que la conducta del sustractor pueda fundamentarse en el supremo interés del menor y exista un mínimo acervo probatorio sobre la causa alegada, la excusa absolutoria puede y debe prosperar por imperativo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, de inexcusable aplicación en el ámbito penal. Corresponderá al presunto sustractor, eso sí, alegar y probar la causa de justificación, quedando al arbitrio del tribunal la apreciación de si la misma es o no suficiente en el caso concreto, sin perjuicio del posterior control de constitucionalidad.

8. El tipo penal que venimos analizando puede interactuar en algún caso con el supuesto de hecho tipificado en los arts. 223 y 224 CP, respecto de los cuales presenta sin embargo diferencias sustanciales:

a) Diferencias con el quebrantamiento de los deberes de guarda y custodia: el art. 223 CP impone pena de prisión de seis meses a dos años⁴⁷ a la persona que, teniendo a su cargo a un menor o incapaz, no lo presente a sus padres o guardadores cuando sea requerido a tal efecto.

De la interpretación jurisprudencial de este precepto resulta que "...el sujeto activo de este delito son aquellas personas, distintas a los padres, que ostentan la custodia de un menor o incapaz y no lo presentan a los padres o guardadores sin justificación para ello"⁴⁸. Queda claro, pues, que los progenitores no pueden ser sujeto activo de este delito.

Es necesario, además, que se produzca un traslado del menor de su lugar de residencia (AP Vizcaya, Sección 2ª, Auto 135/2006 de 20 febrero): "La negativa de la abuela materna y de la tía materna a entregar al menor a su padre cuando éste pretende ejercer el derecho de visitas reconocido por resolución judicial no puede incardinarse en el art. 225 bis 2. 2º y 5º ni en el art. 223 ya que para que pueda darse cualquiera de estos delitos tiene que, como actividad delictiva, sustraerse al menor injustificadamente desde su lugar de residencia, sin el consentimiento de quien ostenta la guarda y custodia, personal o institucionalmente (obviamente mediante resolución judicial o administrativa) trasladándole a otro lugar, o retenerlo, claro está fuera de su residencia, con incumplimiento grave de resolución judicial, lo que no sucede en este caso".

b) Diferencias con la inducción al abandono de domicilio: el art. 224 CP, por su parte, impone la misma pena a cualquier persona que induzca a un menor de edad o discapacitado a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida, incluyendo un segundo párrafo que castiga específicamente al progenitor que induzca al menor a incumplir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa. La diferencia en este caso estriba en que es el hijo el que abandona por sí mismo su domicilio, sin mediar sustracción o retención del progenitor.

9. La norma de cierre de los incumplimientos que analizamos la conforma el art. 556 CP, que castiga de forma genérica la resistencia y/o desobediencia grave no incluida en el delito de atentado que tipifica el art. 550 del mismo cuerpo legal. La diferencia entre el atentado y la desobediencia queda meridianamente clara en el siguiente pasaje de la STS, Sala 2ª, 580/2014 de 21 de julio: "La figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia

⁴⁷ Salvo que concurren las circunstancias previstas en el art. 225 bis. 4 Código Penal.

⁴⁸ Por todas, AAP Madrid, Sección 23ª, nº 149/2008, de 27 de febrero.

activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal...queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave”.

Incorre, por tanto, en desobediencia a la autoridad el que incumple una resolución judicial de cualquier clase, incluyendo las dictadas en el ámbito de las relaciones paterno-filiales según resulta –entre otras- de la STS, Sala 1ª, 823/2012, 31 enero 2013: “En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

Ahora bien, la aplicación del art. 556 CP queda supeditada a la concurrencia y acreditación de todos y cada uno de los requisitos del tipo penal de desobediencia a la autoridad que, de conformidad con la STS, Sala 2ª, 1615/2003, 1 diciembre 2003, son los siguientes:

- a) La preexistencia de una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento.
- b) El conocimiento de esta orden por el destinatario.
- c) La conducta omisiva de éste, que la desatiende y no la cumple (SSTS 17 de febrero y 14 de octubre 1992, 16 de marzo 1993 y 21 de enero de 2003). Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

Lo que castiga el art. 556 CP es “...una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente”. Como contrapartida, se exige “la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada” con el fin de tener la seguridad de que el desobediente conocía el mandato incumplido y, por ello, su propósito de incumplirlo (STS, Sala 2ª, 1095/2009, 6 noviembre 2009). Lo que nos lleva, inevitablemente, a la misma conclusión alcanzada en relación con el delito de sustracción de menores, puesto que se precisa la concurrencia y prueba tanto del elemento material -el incumplimiento en sí mismo- como del elemento intencional -la voluntad rebelde-. Y dado que, de conformidad con la doctrina del TC antes citada, no puede existir una voluntad rebelde a cumplir algo que no se conoce, la constitucionalidad de la condena por desobediencia

queda supeditada a la previa notificación de la resolución judicial, debiendo incluso ser requerido de cumplimiento su destinatario.

9. 1. La STS 1615/2003, Sala 2ª, 1 diciembre 2003, aplica el art. 556 CP en un supuesto de incumplimiento de la resolución judicial que establece el régimen de guarda y custodia:

“En el presente caso, como señala el Ministerio Fiscal, se evidencia con arreglo a los hechos probados que el acusado incumplió la obligación que le impuso la autoridad judicial, en procedimiento civil de su competencia, relativo a las medidas por las que se regulaba el ejercicio de la guarda y custodia de los menores y del régimen de visitas, obligación que el propio recurrente conocía ya que inicio el trámite para su impugnación, abandonando el recurso y la actuación en el ámbito del proceso para, consciente y voluntariamente, situarse al margen del mismo, ocultando su domicilio, evitando cualquier contacto de los menores con su madre, situándose en la posición de impedir cualquier contacto con la administración de justicia, precisamente porque venía obligado al cumplimiento de aquellas medidas que no estando dispuesto a cumplir, solo podía hacerlo mediante su desaparición y la de los menores de forma que con ello las incumplía íntegramente con el traslado de los hijos a otra provincia, que imposibilitó el cumplimiento de aquellas medidas con su incumplimiento, se hizo con la "guarda y custodia" de sus hijos, que la misma autoridad judicial había confiado a su esposa”.

9.2. La STC, Sala 2ª, 196/2013, 2 diciembre 2013, otorga el amparo demandado por el progenitor que fue condenado por sustracción de menores, al haberse vulnerado el principio de legalidad penal:

“En atención a lo expuesto cabe afirmar que la exégesis del precepto penal realizada por los órganos judiciales soslaya un aspecto crucial sobre el alcance de la infracción penal: el abarcamiento por el dolo del autor de los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil...

En el presente caso, para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja

en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante. Ante esa tesitura, este Tribunal queda facultado para revisar las operaciones interpretativas realizadas por aquellos órganos, máxime cuando en el presente caso está comprometido el art. 17.1 CE, pues al demandante le fue impuesta una pena privativa de libertad. Por tanto, hemos de colegir que la interpretación dada por los órganos judiciales al art. 225 bis.2.2 CP no se acompasa con el mandato derivado del principio de legalidad, con la consiguiente vulneración del art. 25.1 CE, al no satisfacer las exigencias típicas que delimitan el ámbito del citado precepto penal”.

9.3. No existe en un caso de divorcio de mutuo acuerdo en el que se supeditaba el traslado del menor al extranjero al consentimiento del otro progenitor. En este caso lo que se produce es desobediencia a la autoridad judicial (AAP Tarragona, Sección 4ª, 369/2012, 26 julio 2012).

Tampoco cuando el traslado se efectúa para la tutela del menor (SAP Barcelona, Sección 7ª, 501/2011, 5 julio 2011).

La STS, Sala 2ª, 1066/2010, 21 enero 2011, considera que no hay sustracción en un caso en el que la familia del padre del menor (fallecido) expulsa a la madre del domicilio y retiene al menor contra la voluntad de la progenitora:

“Por otra parte, en el escrito de formalización del recurso la representación de la recurrente ha considerado la tipicidad de la conducta de los acusados desde el punto de vista del art. 225 bis, 2º CP. Pero, ante la evidencia de que esa disposición, de alcance mucho más limitado que el previsto en los derechos europeos antes referidos, condiciona la tipicidad al incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, y ante la manifiesta imposibilidad de subsumir el hecho en los restantes apartados del artículo citado, dicha representación admite expresamente que "mientras no [se] cuente con la correspondiente resolución no se dará ese tipo" (el del art. 225.bis 2º CP) y que "los hechos ocurridos nunca podrían considerarse como sustracción de menores"...

Esa separación antijurídica del niño de su madre por sí sola...no es subsumible bajo el tipo del art. 225 bis CP... La aplicación de cualquiera de estas dos disposiciones al presente caso, infringiría el art. 25.1 CE (exigencia de *lex stricta* del principio de legalidad), pues sólo sería posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él”.

RESTITUCIÓN Y RETORNO DE MENORES

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ¹
Abogada. Profesora-Tutora UNED
Doctoranda Dpto. Derecho Civil UNED

¹ Agradezco al Departamento de Derecho Civil de la UNED la oportunidad que me brinda para abordar el estudio de una materia tan candente como es la regulación de la guarda y custodia en las diversas CCAA, y especialmente a mis Directoras de tesis, Doña María Fernanda Moretón Sanz y Doña María Paz Pous de la Flor, por su valiosa y paciente labor de corrección y mejora de todos los trabajos realizados hasta la fecha.

RESUMEN

La creciente internacionalización de las relaciones paterno-filiales ha conllevado la necesaria adaptación y desarrollo de la normativa sustantiva y procesal aplicable para la resolución de los inevitables conflictos. Los textos de mayor relevancia en esta materia son el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo, ambos del año 1980, junto con el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre. El procedimiento judicial para la aplicación en España de los citados instrumentos ha sido modificado mediante Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que introduce los artículos 778 quater a sexies en la LEC. Preceptos que, aunque formalmente procesales, inciden en la normativa interna sobre el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores, al tener que pronunciarse nuestros órganos judiciales sobre la aplicabilidad o no de la norma o convenio internacional alegados en cada caso para justificar la petición de restitución o retorno, sobre la concurrencia de las excepciones convencional o normativamente previstas o, en su caso, sobre la procedencia de dictar la resolución que servirá de base a la petición de restitución o retorno a España de un menor indebidamente trasladado o retenido en un país extranjero.

SUMMARY

The growing internationalization of paternal-filial relations has led to the necessary adaptation and development of the substantive and procedural rules applicable to the resolution of the inevitable conflicts. The most relevant texts in this area are the Hague Convention and the Luxembourg Convention, both of 1980, together with Regulation (EC) 2201/2003 of 27 November. The judicial procedure for the application in Spain of the said instruments has been modified by Law 15/2015, of July 2, of the Voluntary Jurisdiction, which introduces articles 778 quater to sexies in the LEC. Precepts that, although formally procedural, affect the internal rules on the custody, communication and stay of minors with their parents, when our Judges have to decide on the applicability or not of the international norm or agreement alleged in each case to justify the request for restitution or return, on the concurrence of the exceptions conventionally or normatively envisaged or, as the case may be, on the source of the decision that will serve as the basis for the request for restituti or return to Spain of a minor improperly transferred or retained in a foreign country.

PALABRAS CLAVE

Internacionalización, restitución, retorno, excepciones.

KEYWORDS

Internationalization, restitution, return, exceptions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL TRASLADO O RETENCIÓN. III. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980. IV. MARCO JURÍDICO EN LA UNIÓN EUROPEA. V. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA. VI. PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES LOCALIZADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL. VII. DECLARACIÓN DE ILICITUD DEL TRASLADO O RETENCIÓN DE UN MENOR CON RESIDENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL. VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la promulgación de la vigente Ley de la Jurisdicción Voluntaria el procedimiento aplicable para sustanciar las reclamaciones de restitución o retorno de menores procedentes de terceros países se ubicaba en la Sección Segunda, Título IV, Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881², bajo la denominación “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” (arts. 1.901 a 1.909). Preceptos que conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil³, debía mantenerse en vigor hasta el dictado de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. La Disposición Final Decimoctava de la LEC preveía que en el plazo de un año a contar desde la fecha de su entrada en vigor el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, previsión que dio lugar al Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006 (121/000109) *de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil*, que no llegó a ser aprobado. Ya durante la vigencia de los artículos 1901 y siguientes de la LEC 1881, y a pesar de que el procedimiento se ubicaba formalmente en la normativa sobre jurisdicción voluntaria, se reconocía de facto su naturaleza contenciosa siempre que hubiera oposición, lo que ocurre en la práctica generalidad de los supuestos. En este sentido, *vid* Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sec. 10ª) 236/2002, de 29 de noviembre.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce en el Título I del Libro IV de la LEC un capítulo IV bis denominado “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”. En palabras de su Preámbulo la modificación tiene por objeto “actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos. Se revisa así la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, al ser procedimientos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria. Por este motivo se aborda ahora su regulación como un proceso especial y con sustantividad propia, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Aunque estos preceptos deban catalogarse formalmente como normas procesales, su aplicación al caso concreto incide en el plano sustantivo, en la normativa nacional sobre el régimen de guarda, comunicación y estancia de los menores con sus progenitores, al tener que pronunciarse nuestros órganos judiciales sobre la aplicabilidad o no de la norma o convenio internacional alegados en cada caso para justificar la petición de restitución o retorno de los menores que se encuentren en territorio español, sobre la concurrencia de

² En adelante, LEC 1881.

³ En adelante, LEC.

las excepciones convencional o normativamente previstas o, en su caso, sobre la procedencia de dictar la resolución que servirá de base a la petición de restitución o retorno a España de un menor indebidamente trasladado o retenido en un país extranjero.

El nuevo capítulo se estructura en tres artículos⁴. El primero de ellos tiene por objeto delimitar su ámbito de aplicación, que se concreta en posibilitar la restitución o retorno del menor a su lugar de origen cuando se encuentre en España tras un traslado o retención ilícitos, siempre que proceda de un Estado de la Unión Europea o de otro Estado que sea parte de algún convenio internacional suscrito por España. El objetivo es llevar a cabo la restitución o retorno con la mayor brevedad posible, garantizando entretanto la seguridad del menor y los derechos de comunicación y estancia del peticionario siempre que ello resulte compatible con el supremo interés del primero.

El artículo siguiente detalla en un total de trece apartados el procedimiento a seguir, que pretende ser extraordinariamente rápido en aras de lograr el objetivo que se persigue desde el Convenio de la Haya de 1980. La cognición está limitada a la determinación de si el traslado o la retención han sido ilícitos, para lo cual resulta imprescindible dilucidar cuál es el derecho sustantivo aplicable a la concreta relación de guarda, comunicación y estancia del menor con el solicitante y/o con la persona que lo ha trasladado. Igualmente habrá que probar los hechos que conformen el supuesto fáctico de la norma o convenio en que se fundamente la pretensión de restitución.

Por último, el artículo 778 sexies regula el procedimiento para la declaración de ilicitud del traslado o retención de un menor con residencia habitual en España, a cuyo efecto cualquier persona interesada podrá dirigirse a la autoridad judicial española competente, que lo será el último órgano judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental, y en su defecto el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. El procedimiento aplicable es el establecido para la adopción de medidas en los procesos de nulidad, separación o divorcio, o bien a través del artículo 158 del CC.

En relación con el nuevo procedimiento la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, de 25 de noviembre de 2015, lleva a cabo un análisis general de las distintas fuentes que pueden resultar de aplicación a los concretos supuestos de hecho, cuyo objetivo último es unificar la actuación de los Fiscales intervinientes en estos procedimientos especiales. A modo de introducción la Circular hace referencia a las “graves repercusiones psicopatológicas tanto en el menor como en el progenitor privado de las relaciones con el hijo” que estos secuestros producen, por lo que “la Fiscalía General del Estado ha considerado conveniente dar pautas de actuación unificadas para las Fiscalías provinciales, en una materia ciertamente compleja que además da lugar a procedimientos en los que el interés superior del menor, en su vertiente sustantiva y la celeridad, en su dimensión procesal, deben ser absolutamente prioritarias”.

⁴ Artículos 778 quater a 778 sexies.

Así mismo, analiza la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵ en relación con esta materia y, más concretamente, la vinculación existente entre la sustracción internacional de menores y la vulneración de derechos fundamentales, en especial el que garantiza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ de 4 de noviembre de 1950. Nos referimos al derecho al respeto a la vida privada y familiar, en relación con el cual el TEDH ha creado una amplia doctrina que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

a) El artículo 8 CEDH tiene por objeto la protección del individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, generando obligaciones positivas que son inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En el caso de los secuestros internacionales de menores, ello “comprende el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirle con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas”⁷.

b) Las obligaciones positivas que impone el artículo 8 CEDH en lo que se refiere a reunir a un progenitor con su hijo deben interpretarse a la luz de la Convención de Derechos del Niño y el Convenio de La Haya de 1980⁸.

c) El principio de celeridad es fundamental: La adecuación de una medida debe ser juzgada por la rapidez de su implementación, en tanto el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre los niños y el padre que no vive con ellos⁹. En este ámbito los procedimientos ineficaces o incursos en dilaciones pueden generar la violación del artículo 8 CEDH¹⁰. La jurisprudencia del TEDH ha llegado a acuñar el denominado principio de diligencia excepcional, con el que subraya la obligación de los Estados de resolver los procedimientos sobre menores con celeridad teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede derivar en una resolución de facto de la cuestión¹¹.

⁵ En adelante, TEDH.

⁶ En adelante, CEDH.

⁷ SSTEDH de 25 de enero de 2000, Ignaccolo-Zenide contra Rumanía; de 27 de octubre de 2011, Bergmann contra Chequia; de 24 de mayo de 2011, Saleck Bardi contra España; de 22 de septiembre de 2009, Stochlak contra Polonia.

⁸ STEDH de 22 de diciembre de 2009, Tapia Gasca y D. contra España.

⁹ SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, Mijušković contra Montenegro; de 22 de diciembre de 2009, Tapia Gasca y D. contra España.

¹⁰ STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia.

¹¹ *Vid.* STEDH de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria.

d) El concepto del superior interés del menor debe ser primordial en los procedimientos que establece el Convenio de La Haya. Generalmente el interés superior del menor se identifica con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres¹².

e) Aunque el objetivo primario del artículo 8 es la protección individual frente a acciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas, hay además obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En ambos contextos, debe darse consideración a un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad como un todo¹³.

f) Debe partirse de que el derecho a relacionarse con los hijos, y el derecho de visitas en caso de no convivir se integra en el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 CEDH. El disfrute mutuo de la compañía de padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar.

g) La no ejecución de la orden de retorno del menor secuestrado puede determinar la condena del Estado responsable, por violación del artículo 8 CEDH¹⁴. En los casos concernientes a la ejecución de decisiones en la esfera del Derecho de Familia, el Tribunal ha resuelto repetidamente que lo decisivo es si las autoridades nacionales han adoptado los pasos necesarios para facilitar la ejecución como puede ser requerido razonablemente en las circunstancias especiales de cada caso¹⁵. La STEDH de 8 de enero de 2003 (PP contra Polonia), condena a ésta por violación del derecho del demandante al respeto a su vida familiar por no haberse adoptado sin dilación todas las medidas que cabía razonablemente esperar para ejecutar la orden de retorno de las niñas y ejecutar el derecho de visita del demandante. Para el TEDH el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el hijo y el padre que no vive con el niño.

h) El restablecimiento del contacto con un niño en estas circunstancias delicadas requiere esfuerzos a largo plazo para todas las partes implicadas, incluido el demandante¹⁶.

i) Aunque las medidas coercitivas no son deseables en esta área tan sensible, el uso de sanciones no debe ser descartado frente a comportamientos antijurídicos por el progenitor con el que los niños viven¹⁷.

¹² STEDH de 13 de julio de 2010, Fușcă contra Rumania.

¹³ STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia.

¹⁴ STEDH de 26 de julio de 2011, Shaw contra Hungría.

¹⁵ STEDH de 1 de diciembre de 2009, Eberhard y M contra Eslovenia.

¹⁶ STEDH de 13 de julio de 2010, Fușcă contra Rumania.

¹⁷ STEDH de 13 de abril de 2010, Krivošej contra Serbia.

j) Es necesario evitar a los menores el denominado “conflicto de lealtades”¹⁸.

Dada la ubicación de las normas que regulan el procedimiento de restitución o retorno, resultan aplicables las peculiaridades procesales propias de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, entre ellas las señaladas en el art. 752 LEC sobre la inexistencia de preclusión para la alegación e introducción de hechos en el procedimiento, la investigación de oficio de la verdad material y la plenitud de efectos del principio de libre valoración de la prueba¹⁹.

II. DETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICABLE AL TRASLADO O RETENCIÓN

La petición de restitución o retorno de un menor que se encuentre en territorio español puede hacerse valer por el interesado bien directamente mediante la presentación de la correspondiente demanda ante el órgano judicial competente de conformidad con las reglas de determinación de la competencia que más adelante se analizan, bien a través de la Autoridad central española, en cuyo caso la demanda se formulará por el Abogado del Estado²⁰.

Una vez incoado el procedimiento por cualquiera de las dos vías expuestas, la primera cuestión a resolver por el juez nacional es la determinación de la norma o convenio aplicable al caso concreto, lo que a su vez va a determinar las posibles excepciones a la restitución o retorno. Recordemos que el artículo 96.1 de la Constitución Española establece que “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por su parte, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales²¹, desarrolla el precepto constitucional bajo el marco de referencia de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, y su homónima de 21 de marzo de 1986, que aún no ha entrado en vigor. Los artículos 28 y siguientes de la Ley de Tratados recalcan su eficacia y necesaria observancia, así como la aplicabilidad directa salvo que su texto la condicione a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias. En todo caso, el Gobierno español ha de remitir a las Cortes Generales los proyectos de ley que sean necesarios para su efectividad y, junto con las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla en las materias propias de su competencia, adoptará las

¹⁸ STEDH de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria.

¹⁹ AAP Murcia, secc. 4ª, nº 112/2011, de 10 de junio; AAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 175/2006, de 18 de septiembre.

²⁰ Puede consultarse información relativa a esta materia en la siguiente página web: https://e-justice.europa.eu/content_ejn_s_publications-287-es.do

²¹ En adelante, Ley de Tratados.

medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales en los que España sea parte.

La prevalencia de los tratados y convenios internacionales se refleja de forma expresa en el artículo 31 de la norma que comentamos: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. Así mismo, la disposición adicional segunda recuerda el sometimiento de España al Derecho de la Unión Europea, debiendo tenerse en cuenta especialmente las disposiciones del Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que regulan la acción exterior de la Unión.

En definitiva, España resulta obligada no sólo por los tratados y convenios bilaterales o multilaterales suscritos a título individual, sino también por la normativa emanada de la Unión Europea y por los instrumentos de todo tipo suscritos por ésta con terceros países. Ciertamente, la determinación del derecho aplicable al caso concreto puede resultar compleja, rigiendo el principio *iura novit curia* al formar parte del derecho interno según se acaba de exponer.

A título enunciativo y sin ánimo de exhaustividad, en relación con la materia que nos ocupa resultan de aplicación actualmente en nuestro país los siguientes instrumentos:

a) El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por España el 7 de febrero de 1986 y que rige entre nuestro país y todos aquellos Estados respecto de los cuales tenemos aceptada formalmente su adhesión.

b) En el marco del Consejo de Europa es de aplicación el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha Custodia²².

c) También en el marco del Consejo de Europa, España ha firmado el 9 de octubre de 2015 el Convenio Sobre las Relaciones Personales del menor. Hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003²³, su objetivo es “establecer un marco europeo y mundial que reconozca la necesidad de los menores de mantener relaciones personales, no solo con

²² Tanto el Convenio de la Haya 1980 como el Convenio de Luxemburgo del mismo año tienen un sustrato común, diferenciándose básicamente en que para la aplicación del segundo es necesario que exista una resolución ejecutiva sobre responsabilidad parental, mientras que el Convenio de la Haya 1980 puede activarse sin resolución previa.

²³ Pueden consultarse los países firmantes en la siguiente página web: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/192/signatures>.

sus padres, sino también con otras personas relacionadas con ellos por vínculos familiares...”²⁴.

d) En el ámbito comunitario, por su parte, rige el Reglamento (CE) 2201/2003, que es de aplicación preferente tanto al Convenio de la Haya como al de Luxemburgo en las materias reguladas por el mismo y entre los países que forman parte de la UE, excepto Dinamarca.

e) Como tratado internacional en esta materia específica rige en España el Convenio Bilateral con el Reino de Marruecos de 1997 sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de Derecho de Custodia, Derecho de Visita y Devolución de Menores. No obstante, su importancia práctica es menor desde que en el año 2010 Marruecos pasó a formar parte del Convenio de la Haya de 1980.

f) En el plano general sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, España tiene suscritos los siguientes convenios bilaterales, aplicables también al ámbito del derecho de familia:

- Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992
- Convenio entre el Reino de España y la Federación Rusa sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 28 de octubre de 1990.
- Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001.
- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina democrática y popular y el Reino de España hecho en 24 de febrero de 2005
- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania hecho en Madrid el 12 de septiembre de 2006.

Por último, en relación con los Estados no incluidos en el ámbito de aplicación de ninguno de los instrumentos relacionados, debe aplicarse el procedimiento general sobre

²⁴ Este Convenio tiene su origen en la tercera Conferencia europea sobre los derechos de la familia, celebrada en Cádiz en 1995, sobre "El derecho de la familia en el futuro", en la que se señaló que la internacionalización constante de las relaciones familiares en una Europa unificada da mucha importancia a la cuestión de los derechos de visita transfronteriza de los niños. Véase <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150911.aspx#RelacionesPersonalesMenor>

reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, comúnmente conocido como exequátur, no siendo por tanto de aplicación el procedimiento establecido en los artículos 778 *quater* a 778 *sexies*. El exequátur está regulado actualmente por la Ley 29/2015, de 30 de julio²⁵, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Hasta su entrada en vigor, la ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras en España se regía por los artículos 951 a 958 de la LEC 1881. El objetivo de la nueva Ley es adaptar el proceso del exequátur²⁶ a la actual sociedad española, teniendo en cuenta que las relaciones personales internacionales “han dejado de ser un fenómeno minoritario y excepcional”.

La Ley 29/2015 se aplica solamente a las resoluciones originarias de países respecto de los cuales no existe ninguna norma de origen convencional (tratados o convenios, normas procedentes de la Unión Europea, etc.), reconociendo la propia norma su carácter subsidiario. Por otra parte, aunque se prohíbe la revisión sobre el fondo de la resolución extranjera -artículo 48-, sí es posible la modificación de las medidas contenidas en la misma por los tribunales españoles a través del procedimiento correspondiente, una vez reconocida su eficacia. Entre las medidas modificables se citan a título de ejemplo las prestaciones de alimentos, las medidas relacionadas con la guarda, comunicación y estancia de los menores o las relacionadas con la protección de menores e incapaces.

Las causas por las que puede denegarse el exequátur están expresamente tasadas (resolución contraria al orden público español, infracción de los derechos de defensa, etc.). En general, la nueva regulación simplifica el procedimiento, pudiendo solicitar acumuladamente el reconocimiento de la resolución y su ejecución, así como la adopción de medidas cautelares. Los documentos que deben presentarse junto con la demanda son, básicamente, los siguientes: Original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizada o apostillada; el documento que acredite la firmeza de la misma en caso de que no conste en la propia resolución; y la traducción que, conforme establece el artículo 144.2 LEC, podrá ser privada, sin perjuicio de que la contraparte pueda impugnarla si lo estima oportuno. Las causas de oposición también están estrictamente tasadas. En los procedimientos de exequátur es siempre parte el Ministerio Fiscal. Contra la resolución que se dicte podrá interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente y, en su caso, recurso por infracción procesal y de casación conforme a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De lo expuesto hasta el momento resulta evidente la enorme complejidad de la labor de subsunción del caso en la concreta norma o convenio aplicable. Tarea que necesariamente habrá de llevar a cabo el Juez nacional ante una determinada pretensión de restitución o retorno. Pudiendo darse el caso, además, de que se hayan dictado resoluciones contradictorias relacionadas con la guarda, custodia y régimen de comunicación y

²⁵ Entró en vigor el 20 de agosto de 2015.

²⁶ El exequátur tiene por objeto el reconocimiento de la resolución extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución.

estancia del menor con sus progenitores tanto en nuestro país como en otro u otros países, en cuyo caso es necesario dilucidar cuál de ellas es la que debe prevalecer.

Se analizan a continuación los rasgos más relevantes del Convenio de la Haya de 1980 y del Reglamento (CE) 2201/2003, dada la importancia cuantitativa de los asuntos a los que resultan de aplicación en España.

III. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

Es el instrumento de referencia en el ámbito internacional sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En vigor desde el 1 de diciembre de 1983²⁷, en la actualidad reúne ya a casi un centenar de Estados contratantes. Al contrario que el Reglamento (CE) 2201/03, el Convenio de la Haya no define lo que debe entenderse por traslado o retención ilícitos, como tampoco en qué consiste la custodia²⁸. Basado en los principios de tutela del interés del menor, celeridad y prohibición de decisión sobre el fondo, en su artículo tercero se relacionan los supuestos en que el traslado o la retención del menor se consideran ilícitos:

“*a*) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en *a*) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.”

Por su parte, el artículo 27 del Convenio señala que una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas o que la solicitud carece de fundamento.

La localización de los menores trasladados o retenidos ilícitamente se lleva a cabo en España a través de INTERPOL²⁹. Aunque los resultados son generalmente positivos, en ocasiones la localización se demora debido a que estos asuntos no tienen en el tratamiento

²⁷ En España, desde 1 de noviembre de 1987.

²⁸ Documento relevante sin duda para la interpretación de este Convenio es el informe Pérez Vera, que puede consultarse en la siguiente página: http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf

²⁹ Organización Internacional de Policía Criminal. Es la mayor organización de policía internacional, con 190 países miembros, por lo cual es la segunda organización internacional del mundo, tan sólo por detrás de las Naciones Unidas.

de prioritarios al no estar relacionados con la seguridad pública o nacional. Además, al actuar como colaborador de la Autoridad Central española, no puede realizar ciertas investigaciones sin una orden judicial previa. Orden que habrá de dictar el Juez competente, para cuya determinación habrá de esperar conocer el domicilio exacto de los menores.

Toda persona que presente una solicitud ante la Autoridad Central Española puede obtener asistencia jurídica inmediata a través de la Abogacía del Estado y sin necesidad de que demuestre que carece de recursos económicos³⁰. El Abogado del Estado de la provincia en la que resida el menor presentará ante el juzgado la correspondiente solicitud de restitución o visitas, en nombre y representación de la Autoridad Central Española (Ministerio de Justicia), solicitando la aplicación del convenio o instrumento internacional que corresponda. No obstante, el interesado puede contratar los servicios de un abogado particular si lo desea. Además, el artículo 29 del Convenio permite que el solicitante reclame directamente ante las autoridades judiciales, sin intervención de la Autoridad Central, que en ese caso declina toda responsabilidad y se limita a proporcionar asesoramiento.

Extraordinariamente complejo resulta en ocasiones la interpretación del derecho extranjero, especialmente en relación con aquellos países cuyo ordenamiento jurídico no tiene una base romanista. Los principales problemas surgen con Alemania y Holanda, que confunden frecuentemente la institución de la patria potestad con la guarda y custodia, o no comprenden que el ejercicio de la patria potestad sea compartido entre ambos progenitores aún cuando no estén casados.

La Constitución española en su artículo 39 garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, en su doble faceta de derecho y garantía institucional. La Norma Suprema no prejuzga ni describe el modelo familiar constitucionalmente protegido, dado que familia y matrimonio no son dos realidades coincidentes, siendo la familia una institución más amplia. Dicho de otro modo, la familia matrimonial no es la única reconocida y protegida por nuestro sistema jurídico, tal como ha reiterado el Tribunal Constitucional como lógica derivación de otros preceptos constitucionales garantes de la libertad personal y la no discriminación. Así, el artículo 10.1 proclama la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social; y el artículo 14, por su parte, garantiza el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley.

El Convenio de la Haya, al igual que el Reglamento (CE) 2201/03, establece que el órgano jurisdiccional actuará con urgencia, debiendo dictar su resolución como máximo en un plazo de seis semanas después de la interposición de la demanda. Se consagra así el principio de celeridad, imprescindible si se tiene en cuenta la naturaleza de los intereses en juego. El artículo 7. c) del Convenio, por su parte, establece que las Autoridades

³⁰ No ocurre lo mismo en otros países, en los que necesariamente han de valerse de Abogado y Procurador de libre designación o, en su caso, nombrados de oficio si es beneficiario de Justicia Gratuita.

Centrales deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.

La Conferencia de La Haya exige que los Estados no se limiten simplemente a ordenar el retorno, sino que éste se lleve a efecto y que se haga en un tiempo razonable. Sin embargo, las órdenes de retorno en España no son directamente ejecutivas, puesto que es necesario esperar el plazo general de 20 días hábiles para que pueda llevarse a cabo el cumplimiento voluntario. Solamente en el caso de que no se cumpla la resolución judicial en el indicado plazo podrá iniciarse la ejecución forzosa o procedimiento ejecutivo, en el cual puede formular oposición el demandado por los motivos legalmente previstos. La Autoridad Central española carece de competencias en la fase de ejecución, salvo para solicitarla a través del Abogado del Estado y actuar como parte ante el Juzgado en el juicio ejecutivo.

De conformidad con la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, ha de partirse de la presunción legal de que “el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable. Esta regla general admite derogaciones a través del sistema de excepciones a la restitución que los propios Convenios suscritos por España contienen. La apreciación de excepciones debe hacerse siguiendo pautas interpretativas restrictivas”.

El artículo 12 del Convenio de la Haya establece que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente, y en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. Pasado el plazo del año, el juez ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que se acredite que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio. Se trata de un plazo de caducidad cuyo *dies a quo* comienza en la fecha que tuvo lugar el traslado, o bien desde que debió reintegrarse al menor. El *dies ad quem* es el de la interposición de la demanda.

El artículo 13.b) del Convenio de la Haya, por su parte, dispone que no hay obligación de ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. El Ministerio Fiscal tiene legitimación para plantear *per se* las excepciones al retorno contenidas tanto en este artículo como en el 20. Ahora bien, el artículo 10.4 del Reglamento (CE) 2201/2003 establece que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

A modo de resumen, cabe resaltar las deficiencias del Convenio de la Haya para hacer frente con efectividad al gran número de casos que se producen en la actualidad con motivo de la globalización de las relaciones personales, así como la defectuosa regulación

de los derechos de visita y la falta de concreción sobre lo que debe considerarse derecho de custodia en cada entorno geográfico. Además, a raíz de algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha agudizado el debate sobre si es conveniente mantener la restitución o retorno del menor cuasi automática, sin tener en cuenta las circunstancias subyacentes o cuestiones de fondo que puedan concurrir en cada caso concreto para garantizar en todo caso el supremo interés del menor.

IV. MARCO JURÍDICO EN LA UNIÓN EUROPEA

El marco legal en el ámbito de los países integrantes de la Unión Europea lo constituye el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en lo sucesivo, el Reglamento CE)³¹. Establece una detallada regulación sobre competencia de los Estados miembros en los diversos supuestos que contempla, siempre orientada al superior interés del menor y otorgando especial relevancia al criterio de proximidad, de forma que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual tenga el menor su residencia habitual los competentes con carácter general. Si se produce un traslado o retención ilícitos, el objetivo prioritario es que la restitución se lleve a cabo sin demora, eliminando el exequátur, dado que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales de otro Estado miembro debe de estar basado en el principio de confianza mutua, salvo determinadas excepciones.

El considerando número 23 del Reglamento establece textualmente: “El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares “se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución”. Por ello, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. Las modalidades de ejecución de estas resoluciones siguen rigiéndose por el Derecho nacional”.

El artículo 2 del Reglamento CE considera que el traslado o retención son ilícitos cuando:

a) Se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y

³¹ En materia de ejecución de resoluciones sobre alimentos rige el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

b) Este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

Por otra parte, el artículo 8 determina que la competencia en cuanto al fondo en materia de responsabilidad parental corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que tuviera su residencia habitual el menor en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Competencia que se mantiene hasta tanto el menor adquiera la residencia habitual en otro Estado miembro, siempre que además haya dado su conformidad al traslado o la retención el titular del derecho de custodia, o bien el menor se encuentre integrado en su nuevo entorno y haya residido en el nuevo Estado durante un año como mínimo con conocimiento del titular de la potestad de guarda. Se requiere, además, que durante ese plazo de un año el titular del derecho de custodia no haya presentado demanda de restitución, o bien que haya desistido de la misma o se haya archivado.

El Reglamento CE prevé también que la respuesta jurisdiccional utilice los procedimientos más expeditivos de que disponga su legislación nacional, así como que se dé audiencia al menor. Como ya hemos expuesto anteriormente, no cabe denegar la restitución con base en el artículo 13 b) del Convenio de la Haya de 1980³² si se acredita que se han adoptado medidas para la protección del menor tras la restitución, ni tampoco sin dar posibilidad al solicitante de ser oído.

Conforme al artículo 23 habrá de denegarse el reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental en los siguientes casos:

a) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor;

³² Este artículo establece lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) La persona, Institución u Organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones...”

- b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido;
- c) si, habiéndose dictado en rebeldía de la persona en cuestión, no se hubiere notificado o trasladado a dicha persona el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución;
- d) a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin haber dado posibilidad de audiencia a dicha persona;
- e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido;
- f) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor, siempre y cuando la resolución dictada con posterioridad reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido;
- g) si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 56.

El procedimiento para la restitución del menor, cuando proceda, viene detallado en el artículo 42 del Reglamento CE. Básicamente, la restitución o retorno proceden siempre que exista una resolución judicial sobre responsabilidad parental que así lo establezca, con el único requisito de que la misma tenga fuerza ejecutiva o bien declare así el órgano que la dictó. El documento necesario para la ejecución es el certificado que ha de dictar, de oficio, el juez de origen que dictó la resolución sobre responsabilidad parental. En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad hubiera adoptado alguna medida para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

V. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA

Como ya anticipábamos, la respuesta de los tribunales españoles ante una petición de restitución o retorno de menores ubicados en territorio español no puede ser ni mucho menos automática. Como Estado requerido habrá de analizar:

- Por un lado, si el menor procede de la Unión Europea o de otro país con el que España tenga suscrito algún convenio sobre la materia, en cuyo caso resultará aplicable el nuevo procedimiento regulado en la LEC. Si, por el contrario, procede de terceros países no vinculados convencionalmente con España, será de aplicación el exequátur.
- En el caso de que resulte aplicable una norma convencional o emanada de la Unión Europea, el órgano judicial deberá analizar si el traslado o retención ha infringido la

concreta norma que resulte de aplicación dependiendo del país de residencia del menor (que no siempre será el de procedencia) y, en su caso, si concurre alguna de las excepciones legal o convencionalmente previstas para denegar el retorno o la restitución. En el ámbito de la Unión Europea el primer extremo relevante, a salvo las cuestiones procesales, es si el derecho de custodia que se pretende hacer valer está válidamente constituido y era efectivamente ejercitado con anterioridad al traslado o retención, en los términos que resultan del artículo 2 del Reglamento CE; e igualmente, la posible concurrencia de alguna de las excepciones que obligan al Estado requerido a denegar el retorno o restitución conforme al artículo 23. Además, como ya se ha expuesto anteriormente puede darse el caso de que ambos Estados (requirente y requerido) hayan dictado resoluciones sobre responsabilidad parental del menor que resulten contradictorias o incompatibles entre sí, en cuyo caso habrá de determinar cuál de ellas debe prevalecer en el caso concreto.

Pero la complejidad de los procedimientos sobre restitución o retorno de menores no se agota en la norma legal o convencional. Fundamental resulta, como en otros muchos ámbitos, la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar dicha normativa. Veamos un asunto concreto³³ como base para el análisis de algunas de las cuestiones más comunes en la práctica:

A) Supuesto de hecho

Se trata de un menor no matrimonial nacido en Italia en 2006, de padre italiano y madre austriaca que fue trasladado a Austria por la madre contra la voluntad del progenitor. En el marco de un procedimiento destinado a determinar el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto al menor, un órgano jurisdiccional italiano ordenó su restitución a Italia. Tras oponerse la madre a la restitución, el Tribunal Supremo austriaco planteó al TJUE una serie de cuestiones con carácter previo a resolver, exponiendo los motivos por los que entendía que la ejecución de la orden de retorno podría ser denegada:

1) ¿Debe entenderse por “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” en el sentido del artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento nº 2201/2003 (Reglamento Bruselas II *bis*), también una medida provisional por la que la “facultad decisoria parental” se atribuye en particular, en lo relativo al derecho a decidir sobre el lugar de residencia, al progenitor sustractor hasta que se adopte una resolución definitiva sobre el derecho de custodia?

2) ¿Está comprendida una orden de restitución dentro del ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis* únicamente si el órgano jurisdiccional ordena la restitución sobre la base de una resolución definitiva sobre el derecho de custodia dictada por él mismo?

3) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera o segunda:

³³ Asunto C-211/10 PPU. ECLI EU C 2010 344.

a) ¿Puede invocarse la incompetencia del órgano jurisdiccional de origen (primera cuestión) o la inaplicabilidad del artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis* (segunda cuestión) en contra de la ejecución en el Estado de acogida de una resolución para la que el órgano jurisdiccional de origen ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *bis*?

b) ¿O tiene que solicitar la parte que se opone en tal supuesto la anulación del certificado en el Estado de origen, pudiendo suspenderse la ejecución en el Estado de ejecución hasta que recaiga la resolución en el Estado de origen?

4) En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda, o a la tercera, letra a):

¿Se opone, según el artículo 47, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *bis*, una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional del Estado de acogida y considerada ejecutiva conforme a su ordenamiento jurídico, por la que se atribuye la custodia provisional al progenitor sustractor, a la ejecución de una orden de restitución del Estado de origen adoptada previamente con arreglo al artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis*, aunque no obstaculice la ejecución de una orden de restitución adoptada en el Estado de ejecución en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores [...]?

5) En caso respuesta negativa también a la cuarta cuestión:

a) ¿Puede denegarse en el Estado de acogida la ejecución de una resolución para la que el órgano jurisdiccional de origen ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *bis*, si, desde su adopción, las circunstancias han cambiado de tal manera que la ejecución en ese momento pondría en grave peligro el interés superior del menor?

b) ¿O la parte que se opone tiene que alegar dichas circunstancias en el Estado de origen, pudiéndose suspender la ejecución en el Estado de ejecución hasta que recaiga resolución en el Estado de origen?»

B) Doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A la vista de las cuestiones planteadas el TJUE, previo el oportuno dictamen de la Abogada General designada al efecto³⁴, el 1 de julio de 2010 dictó Sentencia cuyo

³⁴ Cuyas respuestas a las cuestiones planteadas se transcriben a continuación por su interés:

«1) Una medida provisional que atribuye la custodia de un menor al progenitor que lo ha sustraído hasta que se dicte la resolución sobre la custodia definitiva no es una “resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor” en el sentido del artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

contenido se transcribe parcialmente a continuación, añadiendo un breve comentario aclaratorio tras cada uno de los apartados:

“1) El artículo 10, letra b), inciso iv), del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que una medida provisional no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», a efectos de la citada disposición, y no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente”.

Comentario: Vemos cómo en este primer apartado el TJUE viene a establecer que aunque la resolución sobre responsabilidad parental del Estado de origen del menor sea provisional³⁵, ello no determina que se transfiera la competencia al Estado al cual ha sido trasladado ilícitamente.

“2) El artículo 11, apartado 8, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor”.

2) Una orden de restitución está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 11, apartado 8, del Reglamento nº 2201/2003 con independencia de que el órgano jurisdiccional la haya dictado o no basándose en una resolución sobre la custodia dictada por él mismo.

3) Cuando una resolución certificada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con arreglo al artículo 42, apartado 2, del Reglamento nº 2201/2003 es impugnada basándose en la incompetencia del órgano jurisdiccional de origen o la inaplicabilidad del artículo 11, apartado 8, del Reglamento, el único recurso judicial posible consiste en recurrir la propia resolución (y no el certificado) ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro; los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución no disponen de ninguna competencia para denegar o suspender la ejecución.

4) Una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional del Estado de ejecución, por la que se atribuye la custodia provisional al progenitor que ha sustraído al menor, no se opone a la ejecución de una orden de restitución del Estado de origen adoptada previamente con arreglo al artículo 11, apartado 8, del Reglamento nº 2201/2003.

5) Cuando una resolución para la que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha emitido el certificado previsto en el artículo 42, apartado 2, del Reglamento nº 2201/2003 es impugnada porque desde su adopción las circunstancias han cambiado de tal manera que su ejecución pondría en grave peligro el interés superior del menor, el único recurso judicial posible consiste en recurrir la propia resolución (y no el certificado) ante los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro; los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución no tienen ninguna competencia para denegar o suspender la ejecución.»

³⁵ Equivalente, por ejemplo, a las medidas previas o provisionales de nuestro país.

Comentario: En este apartado el TJUE incide en la necesidad de dar cumplimiento a la orden de restitución aún cuando no exista una resolución definitiva previa sobre responsabilidad parental dictada por el Estado de origen. Es el caso, por ejemplo, de los menores sometidos únicamente a medidas previas o provisionales, a medidas urgentes adoptadas ex artículo 158 de nuestro Código Civil, o en el seno de una orden de protección dictada en el ámbito de la violencia de género. Pero también de aquellos cuya ley nacional atribuye la patria potestad y consiguiente facultad de decidir sobre el domicilio del menor a ambos progenitores, como es el caso de España³⁶.

“3) El artículo 47, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor”.

Comentario: En este concreto párrafo el TJUE declara la prevalencia de la resolución certificada dictada con anterioridad por el Estado requirente, sea provisional o definitiva, frente a la resolución provisional dictada por el Estado requerido. Cabe preguntarse si la respuesta sería la misma ante la confrontación de dos resoluciones definitivas.

“4) La ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución”.

Comentario: Se reafirma aquí la competencia del Estado de origen del menor, al remitir al mismo la decisión sobre los posibles hechos nuevos posteriores a la resolución cuya ejecución se solicita.

C) Conclusiones

La interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza del Reglamento CE potencia el mantenimiento de la competencia del Estado de residencia inicial del menor, atribuyendo a los órganos judiciales del mismo la determinación de los derechos parentales tanto provisionales como definitivos, incluso aunque hayan variado sustancialmente las circunstancias existentes antes del traslado o retención y se considere que puede haber grave riesgo para el interés superior del menor si se ordena la restitución.

³⁶ La determinación del domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad (STS 642/2012, de 26 de octubre).

Resulta comprensible que desde el Tribunal se abogue por la Institución que lo crea (la Unión Europea), pues la confianza mutua entre los Estados que forman esta alianza es imprescindible para su mantenimiento y desarrollo. Apriorísticamente no existe ningún motivo para que el Estado requerido cuestione la decisión adoptada en materia de custodia por el Estado requirente, y por ello debe limitarse con carácter general a ordenar la restitución en el entendimiento de que el Estado de origen velará por los intereses del menor retornado. Sin embargo, no podemos perder de vista que el objetivo perseguido ha de ser en todo momento y en cualquier tipo de procedimiento el supremo interés del menor. Interés que, a día de hoy, no se define y protege del mismo modo en todo el territorio de la Unión Europea. Cabe preguntarse si es posible extrapolar a los abundantes traslados o retenciones actuales una norma (el Reglamento CE) dictada en el año 2003 en el seno de la Europa de los doce³⁷, socios sin duda más afines desde un punto de vista jurídico, político y cultural que los que la forman actualmente³⁸. Y ello porque las patentes diferencias jurídicas, políticas y sociales que existen entre los países que actualmente integran la Unión Europea son sin duda relevantes y afectan a múltiples ámbitos, incluido el económico, con la consiguiente e inevitable repercusión en la garantía de bienestar general del menor.

VI. PROCEDIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES LOCALIZADOS EN TERRITORIO ESPAÑOL

Podemos definir la restitución como la entrega del menor a la persona a la que le corresponde tenerla en su compañía de conformidad con la resolución relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, mientras que el retorno se refiere al regreso del menor a su país de residencia habitual. En ambos casos, el procedimiento aplicable en España está regulado en el Capítulo VI bis, Título I, Libro VI, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y más concretamente en los artículos 778 quater y quinquies. El primero de ellos se ocupa del ámbito de aplicación, mientras que el segundo detalla el procedimiento y recurso aplicable.

El procedimiento de restitución o retorno se aplica exclusivamente a las peticiones recibidas por los tribunales españoles en relación con uno o varios menores que se encuentren en territorio español, siempre que:

1. Procedan de un Estado miembro de la Unión Europea, o bien de un Estado con el que España tenga suscrito un convenio internacional sobre esta materia.
2. Resulte aplicable un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea.

³⁷ Bélgica, República Federal Alemana, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grecia, España y Portugal.

³⁸ El día 1 de mayo de 2004 se incorporaron República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania; Malta y Polonia; en el año 2007 lo hicieron Rumanía y Bulgaria; y el día 1 de julio de 2013 se incorporó Croacia.

Imperan en el procedimiento los principios de sumariidad, urgencia y preferencia, que se utilizan aquí como medio para tutelar convenientemente el interés del menor sustraído o no restituido. El plazo legalmente previsto para la tramitación completa del procedimiento, incluyendo la segunda instancia, es de seis semanas desde la fecha de la presentación de la demanda instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales. El *iter* procedimental es el siguiente:

a) Es competente el juzgado de familia de la capital de provincia, Ceuta o Melilla en cuya circunscripción se halle el menor; en caso de que no exista juzgado especializado, la competencia se atribuye al juzgado de primera instancia que por turno corresponda.

b) La legitimación activa corresponde a:

- La persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia del menor, o bien un régimen de visitas, comunicación o relación.

- En su caso, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio que resulte de aplicación, que actuará a través de la persona o entidad que designe dicha autoridad (en la práctica, el Abogado del Estado).

c) En materia de postulación y defensa se aplica la regla general, siendo por tanto preceptiva la intervención de abogado y procurador. Cuando intervenga la Abogacía del Estado a instancia de la Autoridad Central española, cesará su intervención desde el momento en que el solicitante de la restitución o retorno comparezca en forma en el procedimiento.

d) Como ya se ha expuesto, rigen en el procedimiento los principios de preferencia y urgencia, que se traducen en una importante reducción de los plazos procesales. Además, no se suspende su tramitación por prejudicialidad penal, incluso aunque se encuentre en trámite un proceso penal por sustracción de menores.

e) Se prevé expresamente la colaboración judicial y administrativa para facilitar las comunicaciones entre ambos Estados, pudiendo recurrir al auxilio de las respectivas Autoridades Centrales, Redes de Cooperación Judicial Internacional, miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y Jueces de enlace³⁹.

También se contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares, tanto de oficio como a instancia de parte, pudiendo acordarse tanto las previstas en el artículo 773 de la LEC como las del 158 del Código Civil. Más específicamente se prevé la adopción de las medidas necesarias para garantizar los derechos de estancia, visita, relación y comunicación del menor con el demandante durante la tramitación del procedimiento.

f) El proceso comienza por demanda que deberá contener la identidad del demandante y del menor, así como todos los datos posibles en relación con la persona que se considere

³⁹ Véase la página web del portal europeo de justicia: <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=es&action=home>

que lo ha sustraído o retenido indebidamente y el lugar en el que se encuentra el menor. Igualmente incluirá la información requerida por el convenio internacional o norma de la UE que resulte de aplicación, los motivos en los que se funde la reclamación o derecho del solicitante y la petición de restitución o retorno del menor a su lugar de procedencia.

Presentada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia se pronunciará sobre su admisión a trámite en el plazo de veinticuatro horas. Si se admite, requerirá al demandado para que en el plazo máximo de tres días comparezca con el menor y manifieste si accede a lo solicitado. Si, por el contrario, considera que la demanda es inadmisibile, dará cuenta al Juez para que resuelva lo procedente.

Tras la admisión a trámite de la demanda, si el menor no fuere hallado en el lugar señalado por el demandante y resultaren infructuosas las averiguaciones que se practiquen por el Juzgado para su localización, se archivarán provisionalmente los autos hasta ser hallado⁴⁰. Si fuera localizado en otra provincia, el Letrado de la Administración de Justicia, previa audiencia del fiscal y las partes por un día, dará cuenta al Juez para que resuelva mediante Auto en el plazo de una audiencia. Si se considera incompetente territorialmente, ordenará remitir las actuaciones al órgano competente, emplazando a las partes para que comparezca ante el mismo dentro de los tres días siguientes.

g) Las posturas posibles del demandado ante la petición de restitución o retorno son las siguientes:

1. Comparecer en el procedimiento y acceder a la restitución o retorno, ya sea dentro del plazo del requerimiento o en cualquier momento antes de que finalice el proceso. En este caso, el Letrado de la Administración de Justicia levantará acta y el Juez en el mismo día dictará Auto acordando la conclusión del procedimiento y el retorno o restitución del menor. Igualmente deberá pronunciarse sobre las costas del procedimiento.
2. No comparecer, en cuyo caso será declarado en rebeldía y continuará el procedimiento, señalando día y hora para la celebración de la vista y citando al demandante y al fiscal. Esta resolución se notificará al demandado, no practicándose ninguna otra salvo la que ponga fin al procedimiento.
3. En caso de que el demandado, aún compareciendo, no lo haga en legal forma, no presente oposición o no proceda a la entrega o retorno del menor, la tramitación será la misma que si no hubiera comparecido.
4. Finalmente, si comparece y formula oposición por escrito alegando alguna de las causas establecidas en el convenio o norma internacional aplicable, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la oposición a las demás partes, procediendo al señalamiento y citación para vista.

⁴⁰ Este sería uno de los supuestos que justifica la dilatación del procedimiento más allá de las seis semanas legalmente previstas.

5. La vista se celebrará dentro de los cinco días siguientes, y en ella se oirá a la parte o partes que comparezcan, se practicarán las pruebas propuestas y admitidas, así como las propuestas por el fiscal y las que el juez pueda acordar de oficio. Se prevé igualmente la posibilidad de que el juez recabe los informes que estime pertinentes, a instancia de parte o de oficio.

La exploración del menor se establece como preceptiva, salvo que el juez no lo considere conveniente en atención a su edad o grado de madurez. Se llevará a cabo en cualquier momento del procedimiento antes de dictar sentencia, en presencia del fiscal.

Finalizada la vista, el juez dictará sentencia en el plazo de tres días, debiendo pronunciarse únicamente sobre si el traslado o retención son ilícitos, si procede o no la restitución del menor o el retorno al lugar de procedencia y, en su caso, la forma y plazo de ejecución. También podrá adoptar medidas para evitar un nuevo traslado o retención ilícitos. Finalmente se pronunciará sobre las costas y gastos, pudiendo condenar a su pago al demandado o bien declararlas de oficio.

6. Contra la sentencia de instancia cabe recurso de apelación, que tiene efectos suspensivos y carácter preferente. El plazo para la interposición del recurso es de tres días a contar desde el siguiente a la notificación a todas las partes, debiendo de resolver el Juez sobre su admisión en las veinticuatro horas siguientes a su presentación. Si se admite a trámite, se dará traslado a las demás partes por tres días para que presenten escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución recurrida, según las reglas generales. En este último caso, procederá dar nuevo traslado al apelante principal por tres días.

Transcurridos los indicados plazos se remitirán los autos a la Audiencia Provincial correspondiente, ante la que deberán comparecer las partes en el plazo de veinticuatro horas. En caso de petición de prueba en la segunda instancia, o de celebración de vista, el órgano *ad quem* resolverá lo que proceda también en 24 horas, señalando en su caso la vista dentro de los tres días siguientes. El plazo para dictar sentencia es de tres días.

h) En cualquier momento del proceso ambas partes podrán solicitar la suspensión para someterse a mediación. También el juez podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, proponer una solución de mediación. En ese caso se suspenderá el procedimiento por el tiempo necesario, que en ningún caso podrá exceder de seis semanas. El procedimiento judicial se reanuda si lo solicita cualquiera de las partes, y también si se alcanza un acuerdo que deba ser aprobado judicialmente.

i) Ejecución: Cuando se acuerde la restitución o retorno del menor al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará al Juzgado la asistencia necesaria para garantizar su seguridad. Si el progenitor condenado a la restitución se opone, impide u obstaculiza el cumplimiento, el juez deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para la ejecución, pudiendo ayudarse de los servicios sociales y de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En términos generales, pues, el nuevo proceso español apuesta decididamente por la celeridad. Según afirma Forcada Miranda⁴¹, “las novedades legislativas de 2015 han supuesto una clara apuesta de España por la celeridad en primera y segunda instancia, por la concentración de la jurisdicción y por la mediación, y han recibido de forma decidida un claro respaldo con la novedosa Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en cuanto asume los postulados de modernización que recoge la nueva legislación interna española”.

De los términos de la citada Circular, que proporciona elementos relevantes para determinar lo que haya de entenderse por derecho de custodia o residencia habitual del menor, cabe resaltar las siguientes directrices en relación con el procedimiento que venimos analizando:

.- Dado que el procedimiento se califica como preferente, no es posible resolver otros procesos sobre guarda y custodia hasta tanto no se decida sobre el proceso de sustracción internacional; y sólo en caso de que se acuerde la improcedencia de la restitución o retorno cabrá pronunciarse sobre la guarda y custodia.

.- Las previsiones referentes a la prejudicialidad penal y cooperación internacional se orientan a la implementación del principio de celeridad, por lo que no cabe la acumulación de este procedimiento a cualquier otro.

.- El *petitum* puede venir referido bien al retorno del menor al lugar de su residencia inicial; o bien a la restitución, que consiste en la entrega del menor al solicitante y puede llevarse a cabo en el Estado en el que se encuentra el menor, en el de su residencia habitual o, incluso, en un tercer Estado. Si la sentencia de este proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de restitución del menor a una persona, el mandato judicial se cumplirá con la entrega del menor a esa concreta persona, que será la responsable de desplazarlo ulteriormente a su Estado de residencia. Si, por el contrario, lo que establece la sentencia es el retorno del menor a su país de origen, entonces el mandato judicial solo se cumplirá con el desplazamiento del menor al Estado requirente.

.- En materia de competencia, corresponde en todo caso al Juzgado de Familia o, en su defecto, al de Primera Instancia, de la capital de provincia donde se halle el menor, incluso en el caso de que por instar la restitución el propio progenitor no intervenga la Abogacía del Estado.

.- Conforme al apartado tercero del art. 778 quinquies “cuando el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes

⁴¹ FORCADA MIRANDA, FRANCISCO-JAVIER: El nuevo Proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II). BITÁCORA MILLENNIUM DIPr. Revista número 3. Forcada Miranda es Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid y representante de España ante la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de la Haya.

averiguaciones por el Secretario judicial sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado. Si el menor fuera hallado en otra provincia, el Secretario judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes”. No obstante, según la Circular 6/2015, “Debe entenderse que el desplazamiento del menor a otra provincia no supone automáticamente la modificación de la competencia. El Juez deberá decidir si continúa conociendo del asunto o si lo remite al Juzgado de la capital de provincia a la que se ha desplazado el menor. Los Sres. Fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento”.

.- La inasistencia del demandante o del demandado opuesto a la vista no conlleva su suspensión. Por el contrario, sí deberá suspenderse por la inasistencia del Abogado del Estado en los casos en que sea parte, por entender, de acuerdo con la Circular de la FGE 6/2015, que su falta de asistencia “necesariamente debe traer causa en una disfunción organizativa”, debiendo solicitar el Fiscal en ese caso la suspensión e impugnar, en su caso, la resolución judicial por la que se acuerde la continuación de la vista. Solamente podrá darse operatividad al desistimiento del demandante mediante una declaración de voluntad documentada, por encontrarnos ante una materia de orden público internacional, sin que en ningún caso pueda deducirse el desistimiento de actitudes pasivas.

.- No es exigible la comparecencia personal del demandante al acto de la vista, ya que su exigencia supondría una complicación injustificada al retorno. En este sentido se pronuncia la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya: “debido al carácter internacional del Convenio y a las distancias geográficas que se dan, la exigencia jurídica en algunos países de la comparecencia personal del solicitante en el procedimiento en el Estado requerido puede ocasionar retraso en los procedimientos y añadir unos gastos excesivos para el solicitante. Requerir la presencia personal del demandante en los procedimientos, puede provocar, en algunos casos, la imposibilidad de recurrir al Convenio”.

.- Durante la vista se oirá a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente, en concreto, a la persona que solicitó la restitución o retorno, al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, incluso si compareciere en este trámite por vez primera.

.- En materia de prueba, se practicarán las útiles y pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan y las que el Juez acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, dentro del plazo improrrogable de seis días. El Juez podrá también recabar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los informes que estime pertinentes cuya realización será urgente y preferente a cualquier otro proceso. La cognición y,

consiguientemente, la prueba, se limita a la licitud o ilicitud del traslado o retención, a los presupuestos fácticos que integran las excepciones, en su caso, y a las medidas que deben adoptarse en el caso concreto. Habrán de ser rechazadas las pruebas dirigidas a una decisión sobre el fondo.

.- La previsión de que el Juez acuerde la elaboración de informes tras oír al menor ha de coherencia con la necesidad de celeridad, por lo que debe sopesarse en cada caso su utilidad. Teniendo en cuenta el limitado objeto del proceso debe aplicarse con rigor la limitación probatoria a la pertinente y necesaria, respetando los plazos breves marcados por la Ley y los Convenios.

.- Puede ser del máximo interés la prueba del derecho extranjero del lugar de residencia habitual del menor para poder calibrar si ha existido traslado ilegal.

.- Si no se ha podido practicar toda la prueba en el acto de la vista y se estima que la misma es indispensable, puede fijarse un nuevo plazo improrrogable de seis días para su práctica.

.- La audiencia del menor debe llevarse a cabo separadamente, a solas y sin posible contradicción por parte de ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente. La Circular considera que el Fiscal debe, como regla general, asistir a la exploración del menor, pudiendo formularle preguntas, siendo especialmente recomendable que asista a fin de que pueda formarse adecuadamente su criterio. Entendiendo que la inmediación en estos casos es fundamental para calibrar las circunstancias del menor y para valorar adecuadamente lo que el mismo exponga.

.- Se debe llevar a cabo la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales. Podrá omitirse la audiencia del menor tanto cuando se estime que no tiene suficiente juicio para ello como cuando éste, voluntariamente, deje de comparecer, si se considera que tiene suficiente madurez.

.- Dictada sentencia, cabe contra la misma recurso de apelación con efectos devolutivos y suspensivos, sin posibilidad de ejecución provisional. Además, debe ponerse fin a las graves dilaciones que el recurso de apelación traía consigo durante la vigencia de la LEC 1881, incompatibles con los compromisos internacionales asumidos por España.

.- En atención a la naturaleza de la pretensión que se sustancia, los requisitos formales del recurso de apelación deben verse atemperados. La Circular cita a título de ejemplo el caso examinado por la SAP Asturias 8/2008 de 15 de enero, en el que se alega de forma sorpresiva la excepción de grave riesgo para el menor, resolviendo la Sala que “dicha alegación no se ve afectada por el principio de inmutabilidad de los términos del debate que resultaría de la aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur* y lo dispuesto en el artículo 456-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) por serle de

aplicación la excepción que, en procedimientos como el que nos ocupa, en que se ven involucrados intereses de personas menores de edad o incapacitadas, establece el artículo 752.1 del citado Texto Legal”.

.- En cuanto a las concretas actuaciones de ejecución la FGE, a la vista de las lagunas que en este punto presenta el Convenio de la Haya, considera conveniente especificarlas en la resolución judicial con el máximo detalle, en el entendimiento que “mientras más pormenorizadamente se determinen, menores posibilidades de conflicto habrá”. También desde la Guía de Buenas Prácticas del mismo Convenio se postula que se detalle con la mayor precisión la forma de llevar a cabo la restitución o retorno, así como la necesaria rapidez y la conveniencia de establecer medidas cautelares que impidan el ocultamiento del menor con posterioridad a la sentencia, pudiendo recabar el auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad en caso necesario.

.- La estimación de la pretensión de retorno no conlleva necesariamente la entrega del menor al progenitor promotor del procedimiento, dado que la sentencia puede ordenar el retorno del menor al Estado de origen junto al progenitor que lo ha trasladado o retenido indebidamente en caso de que sea a éste a quien le corresponda la guarda y custodia.

VII. DECLARACIÓN DE ILICITUD DEL TRASLADO O RETENCIÓN DE UN MENOR CON RESIDENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL

El último de los artículos que analizamos, por su parte, regula la declaración de ilicitud en caso de que un menor con residencia habitual en territorio español haya sido trasladado a otro país o sea retenido en el mismo contraviniendo un derecho de guarda, comunicación o estancia. El artículo 778 *sexies* de la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla el procedimiento a seguir en los siguientes términos:

- a) La legitimación activa se confiere de forma amplia a “cualquier persona interesada”.
- b) Es competente para conocer de la solicitud la “última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. En defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España”.
- c) En cuanto a postulación y defensa rige la regla general al no establecerse nada al respecto, por lo que resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador.
- d) El procedimiento aplicable para la declaración de ilicitud será, a elección del solicitante, “... los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158”.
- e) La finalidad u objetivo del procedimiento es obtener “una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio”, como requisito previo al inicio de los trámites oportunos en el país de destino para llevar a cabo la restitución o el retorno del menor.

La Circular de la FGE 6/2015 establece, en relación con este procedimiento, que los Fiscales deben promover la información a las víctimas, en línea con las previsiones de la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal, de forma que cuando un menor con residencia habitual en España sea trasladado a un tercer país “sean informadas de las posibilidades de acudir a la Autoridad central española para articular la correspondiente reclamación”.

VIII. CONCLUSIONES

La presencia cada vez más habitual del elemento internacional en el ámbito de las relaciones personales y, consiguientemente, de las relaciones paterno filiales, ha generado la necesidad de evolución normativa tanto en lo sustantivo como en el aspecto procesal. Los textos de mayor relevancia en esta materia son el Convenio de la Haya y el Convenio de Luxemburgo, ambos del año 1980, junto con el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, aplicable exclusivamente en el ámbito de la Unión Europea⁴². El procedimiento judicial para la aplicación en España de los citados instrumentos ha sido modificado mediante Ley Orgánica 1/2015, que introduce los artículos 778 quater a sexies en la LEC.

A raíz de esta modificación la Fiscalía General del Estado ha dictado la Circular 6/2015, que tras efectuar un amplio y concentrado análisis de los textos internacionales y normas procedentes de la Unión Europea que resultan de aplicación a la restitución o retorno de menores, sienta las pautas a las que deben someter su actuación los miembros del Ministerio Fiscal en los referidos procedimientos. Pautas a las que, al igual que en otras materias, es previsible que adapten su actuación no solo los Sres. Fiscales, sino también el resto de los operadores jurídicos, y de ahí su importancia. Son, sustancialmente, las siguientes:

.- Debe partirse de la presunción legal de que el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible, una vez comprobado que la solicitud reúne todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable y siempre que no concurra alguna de las excepciones a la restitución previstas en los propios Convenios. Excepciones que deben interpretarse de forma restrictiva.

.- Corresponde a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales la función de intervenir en los procesos civiles de restitución o retorno de menores.

.- El Ministerio Fiscal tiene legitimación para plantear de forma autónoma las excepciones al retorno contenidas en los artículos 13 y 20 del Convenio Haya 1980, así como para proponer prueba dirigida a acreditar los hechos constitutivos de esas excepciones a la restitución. También están legitimados para promover la adopción de medidas cautelares.

.- Los Fiscales orientarán su actuación procesal hacia la dinamización del procedimiento, oponiéndose a cuantas prácticas puedan generar un retraso injustificado en su tramitación.

⁴² A excepción de Dinamarca.

.- Los Fiscales deberán oponerse a la práctica de pruebas dirigidas a dilucidar cuestiones relacionadas con el fondo del asunto, y recurrir las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento sobre retorno que supongan una decisión sobre el derecho de custodia.

.- Si resulta aplicable el Convenio Haya 1980 o el Reglamento CE, el derecho de custodia en el que se fundamenta la petición de restitución o retorno puede provenir de una resolución judicial o bien del derecho interno del país de residencia del menor. En el caso del Convenio Luxemburgo es necesaria una resolución previa que, además, ha de ser ejecutiva.

.- Aunque el traslado o retención se lleve a cabo por el progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia procede la restitución o retorno si conforme al derecho interno del país de origen la facultad de decidir sobre la residencia del menor corresponde conjuntamente a ambos progenitores.

.- Cuando el país requerido sea España habrá de estarse al derecho aplicable en el país de residencia del menor para determinar si el progenitor reclamante tenía el cuidado de la persona del menor o disponía de la facultad de decidir sobre su lugar de residencia.

.- El Convenio Haya 1980 es aplicable tanto si el titular de la guarda y custodia es una persona físicas como si se trata de persona jurídica.

.- Los instrumentos analizados limitan su aplicación a los menores de dieciséis años, por lo que en caso de que el menor afectado cumpla esa edad durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución, debiendo decretarse el archivo del mismo.

.- A efectos de evaluar la concurrencia de la excepción de integración, debe entenderse que la reclamación determinante para el comienzo del cómputo del año es la que se realiza ante las autoridades españolas. En ningún caso podrá prosperar la alegación de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio si no ha transcurrido dicho plazo.

.- En relación con la excepción de concurrencia de grave riesgo, no podrá denegarse el retorno con fundamento en que el menor se encuentre bien en España, en lo dolorosa que pueda resultar su separación del progenitor que le ha trasladado ilícitamente o en que el retorno resulte incómodo de cualquier modo para el menor. Debe evitarse a toda costa que a través de la articulación de la excepción de grave riesgo se decida quién tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

.- Es frecuente la alegación de grave riesgo de peligro psicológico en relación con menores de corta edad que siempre han vivido con el progenitor que ha llevado a cabo el traslado o retención ilícitos, debiendo tenerse en cuenta que el posible daño no tendrá su origen en el retorno del menor, sino en una eventual negativa del progenitor custodio a regresar al país de origen junto con el menor.

.- La opinión del menor como pauta para concretar su interés superior se torna absolutamente esencial, debiendo calibrarse además de su edad y grado de madurez

la argumentación con la que el menor justifica su elección. Deben tomarse las precauciones necesarias para que el menor no perciba en ningún caso que recae sobre él la carga de la decisión. La audiencia no debe tener lugar en el acto del juicio, ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente. Se promoverá su grabación o, en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales.

.- En caso de que no se acompañaran a la solicitud de restitución o retorno alguno de los documentos exigidos por el Convenio aplicable se concederá al solicitante un plazo de subsanación, conforme al *principio pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses en juego. El carácter preferente y urgente del procedimiento impide la acumulación a cualquier otro procedimiento.

.- Cuando el menor cambie de residencia durante la tramitación del procedimiento debe promoverse la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente siempre que pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento.

.- A efectos de ponderar la pertinencia de promover la adopción de medidas cautelares deberá evaluarse si concurre riesgo de que tras la noticia de la incoación del procedimiento el demandado pueda decidir salir de España con el menor para marchar a un tercer país.

.- El derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, determina que como regla general los Fiscales deben favorecer la adopción de medidas cautelares para poner en marcha un derecho de visitas provisional.

.- No es exigible la comparecencia personal del requirente al acto de la vista, y solamente son admisibles las pruebas tendentes a decidir sobre la ilicitud o no del traslado o retención, la concurrencia de excepciones o las medidas que se deben adoptar. Habrán de ser rechazadas las pruebas atinentes al fondo del asunto, es decir, sobre las relaciones parentales del menor.

.- Para la declaración de ilicitud de un traslado o retención de un menor con residencia habitual en España ha de partirse de la base de que conforme a nuestro derecho interno el traslado de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro es ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado, y salvo que el otro progenitor haya sido privado de la patria potestad.

.- Es posible acordar la suspensión del procedimiento para someterse a mediación, siempre que las actuaciones de mediación no supongan un retraso injustificado del proceso. Deben tenerse presentes las prescripciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre

mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como la Guía de buenas Prácticas (Parte V).

BIBLIOGRAFÍA:

JIMÉNEZ BIDÓN, Pedro María: Procedimientos para la adopción de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. 01/09/2015. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10447-procedimientos-para-la-adopcion-de-medidas-relativas-a-la-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional/>.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: El nuevo Proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II). BITÁCORA MILLENNIUM DIPr. Revista número 3.

Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, que puede localizarse en la siguiente página: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones

Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões

Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões

2016

Coordenação

Helena Mota

Maria Raquel Guimarães

Apresentação

Guilherme de Oliveira



**AUTONOMIA E HETERONOMIA
NO DIREITO DA FAMÍLIA
E NO DIREITO DAS SUCESSÕES**

COORDENAÇÃO

Helena Mota

Maria Raquel Guimarães

APRESENTAÇÃO

Guilherme de Oliveira

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Janeiro, 2016

DEPÓSITO LEGAL

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



ALMEDINA

GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Actas do
Congresso Internacional

Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões

FDUP, 2 e 3 de Outubro de 2015

Coordenação
Helena Mota
Maria Raquel Guimarães

Comissão Científica
Carlos Lasarte Álvarez
Francesco Ruscello
Helena Mota
Maria Raquel Guimarães

Autores

Adriana Gomes Neves
Agustina Herranz González
Alessandra Cordiano
Anabela Susana de Sousa
Gonçalves
Ana Berrocal Lanzarot
Ana Díaz Martínez
Ana Moreno Sánchez-
Moraleda
Ana Sofia Carvalho
Andrés Domínguez Luelmo
Araceli Donado Vara
Blanca Sánchez-Calero
Arribas
Carlos Argudo Gutiérrez
Carmen Hernández Ibáñez
Carmen Mingorance
Gosálvez
Cristina Araújo Dias
Cristina Guilarte Martín-
-Calero

Encarna Serna Meroño
Esther Arroyo Amayuelas
Esther Farnós Amorós
Fernando Carol Rosés
Francesco Ruscello
Francisco Javier Jiménez
Muñoz
Fuensanta Rabadán
Sánchez-Lafuente
Giorgia Anna Parini
Ignacio Gallego Domínguez
Inês Castelo Branco
Inmaculada Vivas Tesón
Isabel Espín Alba
Jacobo B. Mateo Sanz
Joaquín María Rivera
Alvarez
Jorge Gracia Ibáñez
Juana Ruiz Jiménez
Lourdes Blanco Pérez-Rubio
Lucas Andrés Pérez Martín

Manuel Espejo Ruiz
María Amalia Blandino
Garrido
María Carmen Núñez Muñiz
María del Mar Manzano
Fernández
María Dolores Casas Planes
María Dolores Cervilla
Garzón
María Isabel de La Iglesia
Monje
Maria Raquel Guimarães
María Teresa Pérez Giménez
Marta Carballo Fidalgo
Nuno Manuel Pinto Oliveira
Rita Guimarães Fialho
D' Almeida
Rita Lobo Xavier
Rosa M. Anguita Ríos
Rossana Martingo Cruz
Rute Teixeira Pedro



Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones paterno-filiales

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ*

RESUMEN: Desde hace varias décadas la doctrina viene analizando la aplicación del instituto de la responsabilidad civil a los daños causados en el ámbito familiar, al hilo de su reconocimiento por algunas resoluciones judiciales. El daño intrafamiliar puede provenir de numerosos actos u omisiones, entre los que cabe citar la infidelidad conyugal, la ocultación de la verdadera paternidad¹ o la declaración indebida de desamparo por la Administración Pública. Pero quizás el supuesto más común en la práctica es el de los daños causados a uno de los progenitores como consecuencia de la vulneración o desconocimiento de las facultades inherentes a la patria potestad, en especial por el incumplimiento del régimen de guarda, comunicación y estancia.

Las relaciones paterno-filiales forman parte del derecho a la vida familiar que garantiza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, precepto que ha de interpretarse en el sentido de que, “...para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar”².

* Abogada. Profesora Tutora UNED. Doctoranda EES del Departamento de Derecho civil de la UNED

¹ La SAP Castellón 12 junio 2014 sintetiza la actual posición jurisprudencial sobre este concreto supuesto.

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Buscemi c. Italia nº 29569/95 y Saleck Bardi c. España nº 66167/09.

La acción u omisión dañosa proviene generalmente del otro progenitor, y el resultado lesivo repercute, inevitablemente, en los menores sometidos a la potestad vulnerada. El elemento común a todos los supuestos es el daño moral subyacente, cuyo resarcimiento, aunque no está expresamente previsto por nuestro ordenamiento jurídico, resulta admisible tanto desde el prisma de la responsabilidad contractual³ como de la extracontractual⁴.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los conflictos más frecuentes. 2.1. Elección de centro escolar. 2.2. Actividades extraescolares. 2.3. Tratamientos médicos. 2.4. Ceremonias religiosas. 2.5 Domicilio del menor. 3. Acción u omisión anti-jurídica y responsabilidad civil. 3.1. vulneración del régimen de guarda, comunicación y estancia. 3.2. Remedios legales específicos. 4. Doctrina general sobre responsabilidad civil y daño moral. Aplicabilidad al ámbito familiar. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Índice de resoluciones judiciales.

1. Introducción

Cuando una familia se ve sacudida por una situación de crisis que desemboca en la ruptura del núcleo familiar primigenio es inevitable que resulte afectado el desarrollo de la vida cotidiana de todos sus miembros. Ello no significa, empero, que los derechos y deberes inherentes a la patria potestad y el derecho a la vida familiar desaparezcan o queden sin contenido. Antes al contrario, podría decirse que se desdoblán para dar cobertura a la relación que los hijos deben seguir manteniendo con cada uno de sus progenitores, dado que a partir de la ruptura pasan a formar parte de dos familias tuteladas por el Derecho. En este sentido, la STS 96/2015, de 16 febrero 2015, propugna actitudes parentales “que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

2. Los conflictos más frecuentes

Las discrepancias en relación con la crianza de los hijos son muy variadas y pueden manifestarse tanto durante la vida en común como tras la ruptura. En ambos supuestos cualquier progenitor puede acudir al Juez invocando el artículo 158 del Código Civil⁵ para que, después de oír a ambos proge-

³ En el caso de medidas adoptadas de mutuo acuerdo.

⁴ En aquellos casos en que las medidas hayan sido determinadas mediante la resolución judicial que pone fin al proceso contencioso.

⁵ En adelante, CC.

nitores y al hijo si tiene suficiente juicio o es mayor de 12 años, atribuya la facultad de decidir a uno de ellos, sin ulterior recurso.

En la práctica, la intervención judicial queda relegada, salvo excepciones, a los casos post-ruptura, dado que el progenitor que ostenta la custodia de los hijos menores tras la separación o divorcio con frecuencia se atribuye la facultad de decidir unilateralmente cuestiones que deberían ser consensuadas con el otro progenitor. Es frecuente ver cómo el custodio decide a qué actividades extraescolares deben asistir los hijos, qué médicos le atienden, etc., sin consultar siquiera la opinión del otro progenitor. La decisión individual está admitida en el Código Civil para todas aquellas decisiones que podríamos definir como ordinarias o cotidianas (tiempos de ocio, estudio, descanso), estableciendo que serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social o las circunstancias de la familia. Y ello, tanto antes como después de la ruptura, puesto que la norma no hace distinciones. Por el contrario, el consenso es necesario para decidir sobre las cuestiones más relevantes comprendidas en los deberes-facultades de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, salvo casos de urgencia⁶.

En definitiva, y al margen del concreto régimen de comunicación y estancia aplicable, el ejercicio conjunto de la patria potestad exige el consenso de los progenitores para una gran variedad de decisiones, en especial aquellas más relevantes para la educación, salud y formación integral de los hijos. A falta de acuerdo, la alternativa más común es acudir a la vía judicial para resolver los cada vez más numerosos conflictos que se plantean en el ámbito familiar, en detrimento, casi siempre, del interés del menor. Veamos algunos supuestos:

2.1. Elección de centro escolar

Las cuestiones más controvertidas relacionadas con la educación del menor y, por ello, resueltas frecuentemente en vía judicial, son las siguientes:

a) Colegio público o privado. La disputa deriva generalmente del coste económico del centro elegido, en especial cuando el gasto no está previsto expresamente como extraordinario en el convenio regulador o resolución judicial. Como punto de partida, el artículo 142 CC establece que los gastos de estudio están incluidos en el concepto de alimentos⁷ y, por lo tanto, se

⁶ Artículo 154 CC.

⁷ Artículo 142 CC.

consideran cubiertos con la pensión o manutención que se abone al hijo por tal concepto. No obstante lo anterior, se consideran habitualmente como gastos extraordinarios los gastos de matriculación, residencia o colegio mayor y material escolar. Para la reclamación del gasto por vía judicial es necesario tramitar el incidente previo previsto en el artículo 776.4^a LEC, a fin de que el Juez determine caso por caso si la concreta partida reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario.

b) Colegio laico o religioso. El conflicto en este caso suele presentarse cuando los progenitores profesan distintas religiones, o bien uno de ellos no profesa ninguna. La cuestión religiosa es una de las más controvertidas, toda vez que en la formación integral del menor van a tener gran influencia las diferentes creencias que sus padres les transmitan, bien directamente, bien a través del centro escolar elegido. La STC 141/2000, de 29 mayo, consagra la necesidad de tutelar prioritariamente los derechos del menor: “Desde la perspectiva del art. 16 C.E. los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

c) Cambio de colegio por traslado de domicilio: Sin detrimento alguno de la libre elección de residencia del progenitor custodio y permitiendo incluso llevar al menor consigo siempre que no interfiera en el régimen de estancia que corresponda al otro progenitor, el cambio de colegio debe efectuarse siempre de mutuo acuerdo o, en su defecto, mediante autorización judicial⁸. En general, los tribunales vienen autorizando el cambio de colegio en atención a su cercanía al nuevo domicilio, para evitar a los menores continuos desplazamientos y pérdida de tiempo (AP Barcelona, Sección 18^a, de 07/02/08), con el único requisito de que el cambio de domicilio sea permanente (AP Baleares, Sección 4^a, de 03/06/10).

⁸ Las decisiones sobre el cambio de colegio de los hijos deben ser adoptadas de mutuo acuerdo por ambos progenitores por afectar al ejercicio conjunto de la patria potestad (AP Las Palmas, Auto de 30/03/06). La madre reconoció en el interrogatorio que para el cambio del colegio no se puso de acuerdo con el padre, ni solicitó autorización judicial. Y esta decisión unilateral de la madre de cambio del colegio al que asisten los hijos vulnera la patria potestad compartida que ostentan ambos progenitores, por lo que procede requerirla para que de inmediato reintegre a los hijos al antiguo colegio (AP Madrid Auto de 31/03/08).

d) Falta de información sobre la actividad escolar: Cuestión esta generadora de frecuentes conflictos no solo entre los progenitores, sino también entre el progenitor no custodio y el centro educativo. Y es que, aunque un cabal conocimiento de su vida académica es imprescindible para el correcto ejercicio de la patria potestad en su vertiente de educar al menor y procurarle una formación integral, en la práctica es habitual que el progenitor custodio no mantenga al otro informado de los avatares que se producen en el día a día de los hijos, tales como reuniones con los tutores del colegio al que acuden, calificaciones escolares, etc. Para conjurar esta situación de “ocultismo” el progenitor no custodio suele recabar directamente la información al colegio del menor, pero en muchas ocasiones por precaución, desconocimiento o incluso prohibición expresa del otro progenitor, los responsables del centro se niegan a facilitar la información solicitada. En tal caso solo cabe acudir a la ejecución judicial, recabando del juzgado que requiera al centro escolar para que facilite al progenitor no custodio toda la información sobre los hijos.

2.2. Actividades extraescolares

La problemática surgida en torno a las actividades extraescolares del menor está relacionada básicamente con dos cuestiones: En primer lugar, si el coste de la actividad ha de considerarse o no como gasto extraordinario a efectos de su abono compartido entre ambos progenitores; y en segundo lugar, si es conveniente que el menor lleve a cabo una concreta actividad en detrimento de otra u otras o, simplemente, privándole del necesario ocio o del tiempo de estancia con el otro progenitor⁹. La casuística judicial es muy variada, pero en general se atiende a la delimitación que haga el título¹⁰ de lo que debe considerarse extraordinario para determinar quién debe abonar el gasto.

2.3. Tratamientos médicos

Las discrepancias en este caso se refieren tanto a la conveniencia de que el menor reciba el tratamiento prescrito como al médico o centro que debe efectuarlo y, al igual que en el caso del colegio, a la obligatoriedad de informar a ambos progenitores.

⁹ AP Madrid, Sección 22ª, Auto 20/12/11.

¹⁰ Generalmente la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

2.4. Ceremonias religiosas

El germen de este desacuerdo surge de la diferente formación e ideología de los padres acerca de la cuestión religiosa y tiene muy difícil solución. En todo caso hay que tener presente que el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, por lo que los padres deben guiar al niño en el ejercicio de su derecho conforme a la evolución de sus facultades. Por tanto, el menor puede expresar y defender sus propias creencias, incluso en contraposición a las de sus progenitores¹¹.

2.5. Domicilio del menor

Conforme a la doctrina mayoritaria, el lugar de residencia del menor y en consecuencia, el poder ser trasladado a otro domicilio, es una facultad inherente a la patria potestad que sobre el mismo ostentan ambos progenitores. Conlleva una alteración importante de la vida del menor, tanto por el cambio de colegio y entorno social como, sobre todo, por la afectación de la relación con el progenitor no custodio y su familia. Por ello, el progenitor custodio debe recabar previamente al traslado de residencia, el consentimiento del otro o en su caso, instar la autorización judicial. Además, dado que el cambio de residencia generalmente lleva aparejado una modificación del régimen de visitas que venía disfrutando el progenitor no custodio, se hace necesaria una nueva regulación de la situación del menor que, a falta de acuerdo, debe ser establecida por el juez.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la SAP Girona, Sección 1ª, 28 enero 2011: “El cambio de una población a otra distante de la actual implica la imposibilidad de que el régimen de vistas se pueda llevar a cabo en el modo y forma establecido en la sentencia de divorcio. Con ello, la parte instante viene a solicitar en realidad una modificación de las medidas acordadas en la sentencia...No es un supuesto que afecte solo al entorno de los menores, sino que afecta fundamentalmente a la relación de los menores con su padre, por lo que debe articularse a través del procedimiento establecido para la modificación de medidas”.

3. Acción u omisión antijurídica y responsabilidad civil

La injerencia indebida en cualquiera de las facultades inherentes a la patria potestad anteriormente citadas es susceptible de generar daño moral indemnizable, siempre que concurren los requisitos legal y jurispruden-

¹¹ STC 141/2000, de 29 de mayo.

cialmente exigidos. Por lo tanto, las premisas y conclusiones que siguen son aplicables a cualquiera de los supuestos antes examinados. Pero sin duda la vulneración por antonomasia de las facultades inherentes a la patria potestad, la que irroga un mayor perjuicio tanto al progenitor no custodio como al menor, es la que deriva del incumplimiento del régimen de guarda, comunicación y estancia. Podría decirse que esta facultad engloba todas las anteriormente citadas, porque es ciertamente difícil que alguien pueda decidir a qué colegio va su hijo o qué actividades extraescolares debe o no realizar cuando ni tan siquiera se le permite relacionarse con él.

3.1. Vulneración del régimen de guarda, comunicación y estancia

El régimen aplicable queda determinado, de ordinario, en la correspondiente resolución judicial¹². Es indiferente que se trate de un régimen de guarda y custodia monoparental o compartida¹³, porque lo relevante es que resulte vulnerado el derecho a la vida familiar al limitar o suprimir la relación paterno-filial en contra de la voluntad de los interesados y en virtud de ciertos actos u omisiones de los que, a priori, puede nacer la obligación de indemnizar.

Como punto de partida, reseñar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴ en el asunto Fernández Cabanillas contra España –demanda 22731/13–, entre otros muchos, mantiene que “el disfrute de la compañía mutua por padres e hijos constituye un elemento fundamental de la “vida familiar” que garantiza el artículo 8 del Convenio”. También ha dicho el Tribunal Europeo que si bien la finalidad esencial de este precepto es tutelar al individuo frente a injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, existe una auténtica obligación por parte de los Estados de garantizar el respeto “efectivo” a la vida familiar, interpretando que el artículo 8 comprende el derecho a que se adopten las medidas necesarias para que puedan reunirse padres e hijos.

¹² Ya sea en el auto de medidas provisionales o sentencia de separación, divorcio o relaciones paterno-filiales. También es posible que se determine provisionalmente en la orden de protección dictada en el proceso penal. Por último, nada impide que sean los propios progenitores quienes lo regulen mediante contrato privado (verbal o escrito), sin perjuicio de la intervención judicial en caso de incumplimiento.

¹³ Las opciones que contempla el CC son la atribución de la guarda y custodia de los menores de forma compartida, o bien a favor de uno de los progenitores con un régimen de comunicación y estancia del menor con el otro. También es posible establecer un régimen de visitas a favor de los abuelos (art. 90 B) CC).

¹⁴ En adelante, TEDH.

Puesto que ambos progenitores son cotitulares de la patria potestad sobre los hijos menores¹⁵ con independencia de que convivan o no con ellos, es evidente que tras la ruptura los dos siguen ostentado una serie de derechos-deberes cuyo detalle nos lo proporciona el artículo 154 CC¹⁶. Por otro lado, también los menores son titulares del derecho a la vida familiar y, además, su interés ha de ser considerado como el más necesitado de protección. Por consiguiente, tanto el progenitor como el hijo¹⁷ que ve vulnerado su derecho a la vida familiar estaría facultado *a priori* para demandar tanto la cesación de la injerencia como la indemnización de los daños y perjuicios causados, quedando obligado el órgano judicial a adoptar las medidas necesarias para la efectividad del derecho de conformidad con la doctrina emanada del TEDH antes citada¹⁸.

3.2. Remedios legales específicos

Su denominador común es que persiguen el cumplimiento de la medida en sus propios términos. Cuando el cumplimiento *in natura* no resulta posible, hay que dilucidar en primer lugar si la vulneración del derecho a la vida familiar dimana de una acción (por ejemplo, el traslado del menor a otra ciudad o país, la alienación parental, el secuestro, etc.), o bien de una omisión (no promover, favorecer o facilitar la relación del menor con el otro progenitor), dado que en función de que nos encontremos ante uno u otro caso serán aplicables las normas establecidas con carácter general en la LEC para la ejecución de las condenas de hacer o de no hacer¹⁹.

Para la ejecución de las medidas judicialmente determinadas el artículo 776 LEC remite a lo establecido con carácter general en el Libro III de la misma Ley, con las especialidades previstas en este precepto. Así pues, tanto en los casos de acción como en los de omisión son aplicables con carácter preferente las especialidades previstas en el artículo 776 LEC, entre las que destacan las dos siguientes:

¹⁵ Salvo que hayan sido expresamente privados de ella por resolución judicial.

¹⁶ Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionales una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

¹⁷ Debidamente representado por la persona que deba suplir su capacidad conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la LEC.

¹⁸ El TEDH declarará la vulneración del derecho fundamental por parte del Estado en caso de no se hayan utilizado los mecanismos necesarios para la efectividad del derecho, pero en ningún caso la sentencia que dicte afectará al particular.

¹⁹ Artículos 705 y ss. LEC.

“2ª. En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”.

La finalidad de este artículo es que no se sustituya el derecho a la “vida familiar” por dinero de forma automática, aunque el efecto final es el mismo dado que se limita a autorizar la imposición de sanciones pecuniarias al incumplidor sin límite temporal con el fin de forzar el cumplimiento *in natura*.

El apartado siguiente del mismo precepto legal, por su parte, autoriza la modificación del régimen vigente cuando el incumplimiento sea pertinaz:

“3ª. El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar por parte del Tribunal a la modificación del régimen de guarda y visitas”.

Este precepto legal parte de la base de que se haya determinado previamente un régimen de comunicación y estancia. Cuando ello no sea así, el progenitor no guardador deberá acudir a la vía judicial demandando que se establezca el mismo a través de las correspondientes medidas provisionales²⁰, o bien directamente en la sentencia de nulidad, separación, divorcio o relaciones paterno-filiales²¹. A partir de ahí, el incumplimiento del régimen establecido permitiría poner en marcha este recurso legal.

Una vez fijado el régimen de comunicación y estancia, el progenitor que vea cercenado o suprimido su derecho a relacionarse con su hijo dispone del siguiente abanico de posibles acciones legales:

- a) Solicitar la ejecución de la resolución judicial en vía civil.
- b) Acudir a la vía penal, en la actualidad limitada en este ámbito a los artículos 224 y 225 del Código Penal²², además del genérico artículo 556 del mismo cuerpo legal, que castiga la desobediencia a la autoridad, incluida la judicial.
- c) Tanto en un caso como en otro, impetrar de forma simultánea el auxilio judicial, invocando el artículo 158 CC con objeto de que dicte una resolución urgente acordando las medidas oportunas para apartar al menor

²⁰ Artículos 102 y 104 CC.

²¹ Artículo 91 CC.

²² En adelante, CP.

de un peligro o evitarle perjuicios. Pronunciamiento que puede efectuarse en cualquier procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria.

En cualquier caso, una vez agotados los recursos legales tendentes al cumplimiento específico sin conseguirlo, la única alternativa posible es la ejecución sustitutiva mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, incluyendo los morales, en los términos que se analizan a continuación.

4. Doctrina general sobre responsabilidad civil y daño moral. Aplicabilidad al ámbito familiar

La doctrina civilista en materia de responsabilidad civil se construye en torno a los artículos 1101, 1902 y concordantes del CC²³. En el primer caso, la obligación de indemnizar deriva del incumplimiento del acuerdo de voluntades; en el segundo, de la acción u omisión culpable o negligente que produce el resultado dañoso.

4.1. Daño moral derivado de culpa contractual

En relación con el daño moral la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, número 366/2010, de 15 de junio, sienta las siguientes bases²⁴:

- a) El daño moral es el que afecta a bienes o derechos de carácter estrictamente personal.
- b) Se configura de forma objetiva.
- c) Los posibles daños no están tasados, englobando todos aquellos daños que incidan en la esfera psíquica del sujeto.
- d) El daño ha de tener una cierta entidad, no considerándose como tal las simples molestias.
- e) Para su apreciación ha de producirse un incumplimiento contractual.
- f) Es necesario que el daño se haya producido realmente²⁵, que pueda imputarse a alguien en concreto y que se acredite la relación de causalidad.

²³ Artículos que regulan la responsabilidad civil contractual y extracontractual, respectivamente.

²⁴ “La doctrina mayoritaria concibe el daño moral por oposición al daño puramente patrimonial como aquél que afecta a bienes o derechos de naturaleza estrictamente personal...”.

²⁵ Aunque puede presumirse por notoriedad o máxima de experiencia cuando sea una consecuencia necesaria del incumplimiento, acción u omisión.

4.2. Aplicabilidad

Por lo que se refiere a la posibilidad de aplicar la doctrina general sobre responsabilidad civil al ámbito familiar, en primer lugar hay que tener presente que cuando el daño proviene del incumplimiento del régimen de guarda establecido en una sentencia de nulidad, divorcio o relaciones paterno filiales no cabe hablar propiamente de “relación familiar”, puesto que el vínculo entre los progenitores o bien nunca existió²⁶, o bien ya ha dejado de existir²⁷. En estos supuestos, por tanto, ningún óbice existe para la reclamación.

Por el contrario, cuando las medidas han sido adoptadas en un procedimiento de separación conyugal, el vínculo matrimonial se mantiene, pero tampoco en este caso nuestro ordenamiento jurídico contiene norma alguna que impida aplicar la doctrina general sobre responsabilidad civil al ámbito familiar.

Pese a ello, lo cierto es que su aplicación no está exenta de polémica. Hasta no hace mucho las resoluciones judiciales han sido reacias a admitir la responsabilidad civil en la esfera de las relaciones familiares, entendiendo que no se pueden mercantilizar las mismas. En este sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 febrero 1998 y 30 julio 1999, acogiendo el criterio de especialidad del derecho de familia y declarando la inmunidad de ésta por considerarla una institución cuyos intereses han de primar sobre los de sus miembros individualmente considerados.

Por el contrario, en los casos de nulidad matrimonial se ha venido reconociendo desde antiguo la procedencia de reparar el daño moral causado al cónyuge no culpable tanto con fundamento en el artículo 1902 CC (STS 21 enero 1957), como con base en el incumplimiento del contrato matrimonial (STS 26 noviembre 1985). En la actualidad se aplica generalmente el artículo 98 CC para resarcir los daños morales en este ámbito, ponderando su cuantía por aplicación de los mismos parámetros establecidos en el artículo anterior para la pensión compensatoria.

Relativamente frecuentes son también los supuestos de reclamaciones entre cónyuges o ex cónyuges por los daños derivados de infidelidad conyugal. Las SSTs de 22 y 30 julio 2007 vienen a sentar las bases sobre la materia, estableciendo que la infidelidad *per se* no genera la obligación de indemnizar. Por el contrario, sí puede generar daño indemnizable la ocultación de la verdadera paternidad de los hijos siempre que exista dolo, incluso eventual.

²⁶ En los casos de nulidad matrimonial o relaciones paterno-filiales.

²⁷ En los casos de divorcio.

Con base en esta doctrina, las Sentencias de la AP de Cádiz, de 4 diciembre 2006; León, Sección 2ª, de 2 enero 2007; y Barcelona, Sección 18ª, de 16 enero 2007, entre otras, conceden la indemnización reparadora ex artículo 1902 CC.

Si nos ceñimos a la relación paterno-filial, la SAP Valencia, Sección 11ª, de 20 febrero 2006, desestima la pretensión por considerar que “...su exigibilidad no cabe comprenderla dentro del precepto genérico del art. 1101 del CC por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, ...máxime cuando éste no viene regulado en el Código Civil como un contrato, sino como una institución jurídico-familiar que tiene su propia y específica regulación...”, argumentando que en el caso concreto no concurren los requisitos para aplicar el artículo 1902 CC, lo que *sensu contrario* implica la admisibilidad de la reclamación cuando sí concurren.

4.3. Doctrina del Tribunal Supremo

Con estos antecedentes, el punto de inflexión lo marca la STS, Sala 1ª, número 512/09, de 30 junio 2009, que resuelve un supuesto en el que el padre de un menor al que se le había atribuido la guarda y custodia de su hijo fue privado de toda relación con el mismo como consecuencia de su traslado a Estados Unidos sin su consentimiento. La citada Sentencia comienza estableciendo que el *dies a quo* para computar el plazo de prescripción es aquel en que el hijo alcanza la mayoría de edad²⁸. Apunta también la posibilidad de fundamentar la reclamación en el incumplimiento de una obligación legal²⁹ y examina los distintos requisitos exigibles para

²⁸ “...el *dies a quo* para el ejercicio de la acción y para contar el plazo del año de acuerdo con el art 1968,2 CC es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad... Por consiguiente, el daño solo se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad”.

²⁹ “En esta demanda D. Paulino ha ejercido la acción de responsabilidad civil extracontractual por incurrir los demandados en la infracción del artículo 1902 CC. Es cierto que en realidad la demandada ha infringido, al menos, una obligación legal impuesta a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC que establece el derecho de los progenitores a relacionarse con el hijo, pero al haberse ejercitado la acción por responsabilidad extracontractual, la Sala, en virtud del principio de congruencia, debe resolver sobre el plazo de prescripción de la acción realmente ejercitada”.

que pueda declararse la existencia de responsabilidad extracontractual³⁰". Como fundamento de la estimación del recurso, la STS que analizamos se remite a la nueva corriente que se refleja en las resoluciones emanadas de otros Tribunales³¹, afirmando que es posible simultanear las acciones penales y civiles³². Por lo que se refiere a la relación de causalidad, la atribuye a la

³⁰ "Debemos examinar, por consiguiente, los requisitos que esta Sala ha venido exigiendo para la existencia de la obligación de responder de acuerdo con lo dispuesto en el art 1902 CC.

El primer requisito exigido consiste en la concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. De acuerdo con los antecedentes resumidos en el Fundamento primero y los documentos que aparecen en los autos, ...D^a Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor su hijo pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente porque en las diversas resoluciones reseñadas aparece actuando por medio de procurador. Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales.

El segundo elemento que hay que estudiar es si concurre o no daño...El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor".

³¹ "Este tipo de daños ha empezado a ser considerado en diferentes Tribunales como fuente de la indemnización. El Tribunal de Roma, en sentencia de 13 junio 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas, condenó a la madre a indemnizar al padre por haberlo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo. Entendió que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho.

...el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania, sentencia de 13 julio 2000) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. ...Hay que poner de relieve que, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (Sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1^a, de 11 julio 2000, caso Ciliz vs Países Bajos)".

³² "En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia".

madre con el siguiente fundamento: “...por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre”. Para finalizar, la Sentencia califica el daño moral como “problemático” a efectos de su cuantificación, fijando una indemnización de 60.000 euros, porque “el daño moral resulta absolutamente indeterminado al carecer de parámetros objetivos, y más teniendo en cuenta que el padre no ha reclamado los daños materiales que le puedan haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo menor”, de donde se infiere la admisibilidad de reclamar conjuntamente la indemnización por daño moral y los daños patrimoniales o perjuicios económicos de todo tipo irrogados.

4.4. Estado de la cuestión

En la actualidad, y pese a la declaración de admisibilidad de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, en la práctica son muy escasas las resoluciones judiciales que reconocen la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios causados, incluyendo los morales. A título de ejemplo, citamos las siguientes:

a) SAP Asturias, Sección 5ª, de 18 mayo 2012. Argumenta que, si bien inicialmente se sostuvo el criterio de la inmunidad familiar, ahora la doctrina moderna concibe la familia y el matrimonio como comunidad y no como institución, rechazando el principio de especialidad reflejado en la STS de 30 julio 1999, antes comentada. Consta que la actual doctrina opta por la resarcibilidad de los daños familiares tanto con fundamento en la existencia de culpa contractual como extracontractual o aquiliana: “La invocación del art. 1902 del Código Civil por el actor como fuente de su derecho sugiere el debatido, actual y complejo interrogante de la aplicación del derecho de daños a la familia ...siendo uno de los supuestos más frecuentes de entre los que motivan este examen el de la revelación de que el hijo que se consideró y trató como propio se conoce después como que no lo es y el posible daño moral consecuente resarcible”.

b) SAP Madrid, Sección 12ª, de 26 marzo 2015. Esta reciente sentencia desestima la pretensión indemnizatoria por no concurrir los requisitos necesarios, si bien asume íntegramente la nueva doctrina al respecto, reiterando que en el concreto ámbito del régimen de visitas el incumplimiento se produce simplemente por la falta de cooperación activa para que el progenitor

no custodio pueda tener al menor en su compañía: “En principio, ninguna duda ha de caber de la posibilidad de exigir ese tipo de responsabilidad, cuando se den los elementos que, con carácter general, la definen, y que son: a) la acción u omisión que se imputa al agente; b) la producción de un daño, en el amplio concepto que éste tiene como personal, moral o material, como pérdida de valores patrimoniales o personales o, en fin, como pérdida de ganancias; c) la relación causal entre la acción u omisión y el daño, medida desde el punto de vista físico o natural; d) la imputación objetiva, en cuanto, muy resumidamente, tanto la acción como el daño debe estar dentro de la órbita de protección de la norma quebrantada, entendiéndose por norma no solo la Ley positiva sino también los principios generales, y e) la imputación subjetiva, que, por regla general y salvo sistemas de responsabilidad objetiva que no son del caso, viene dada por el dolo o por la culpa o negligencia del autor del daño”.

c) Sentencias del TEDH: Las resoluciones del Tribunal Europeo favorables a la indemnización de los daños y perjuicios, incluidos los morales, causados por la vulneración del derecho a la vida familiar que garantiza el artículo 8 del CEDH, son más abundantes que las procedentes de los Tribunales españoles. Las demandas de responsabilidad civil en la materia que nos ocupa suelen fundamentarse en la vulneración del artículo 24 de la Constitución, como garantía de la tutela judicial efectiva, en relación con el artículo 8 del CEDH, que tutela el derecho a la vida familiar. El TEDH actúa con sujeción al principio de subsidiariedad, siendo necesario agotar todas las instancias nacionales³³ antes de dirigirse al mismo. Su misión estriba en comprobar si el Estado implicado ha realizado todas las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad del derecho a la vida familiar del ciudadano demandante, y solo en el caso de que dicha actuación se revele deficiente procederá la condena y consiguiente indemnización al particular por los daños y perjuicios causados³⁴, con cargo al Estado en cuestión. Citamos las dos siguientes:

– Caso Fernández Cabanillas contra España, demanda 22731/13: Pese a quedar acreditado que la madre de las menores incumplió de forma reiterada y dolosa el régimen establecido, el TEDH absuelve al Estado español porque los órganos judiciales internos llevaron a cabo todas las actuaciones a su alcance para hacer posible el cumplimiento, llegando a privar a la madre de

³³ Incluido el Tribunal Constitucional.

³⁴ Incluyendo el daño moral.

la guarda y custodia de las menores para atribuírsela a los servicios sociales. En el fundamento 47 argumenta que el derecho a la vida familiar, y correlativa obligación, no es absoluto, y en el 50 hace referencia a que lo esencial es dilucidar cuáles son los intereses superiores de los menores.

– Caso Manuello y Nevi contra Italia, demanda 14314/15, de 20 de enero: En este caso el TEDH admite la reclamación y condena a Italia a indemnizar por el daño moral causado a los demandantes, abuelos de una menor con la que habían tenido una relación continuada desde su nacimiento y de la que fueron privados por los órganos judiciales internos sin motivo alguno, por la tardanza en tomar las medidas necesarias para restablecer la comunicación.

5. Conclusiones

No cabe duda de que las relaciones familiares actuales y, en especial, los complejos supuestos fácticos que se producen en relación con la guarda y custodia de los menores, hace aconsejable que se mantenga la tendencia jurisprudencial sobre responsabilidad civil iniciada por la STS de 30 junio 2009, admitiendo la misma siempre que concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos.

Y ello, al margen de otras consideraciones, porque la condena a indemnizar los daños morales y materiales irrogados a uno de los progenitores por el incumplimiento voluntario y culpable del otro del régimen de guarda, comunicación y estancia que resulte aplicable en cada caso concreto, puede ser un acicate añadido (junto con los específicamente previstos en el artículo 776 1ª, 2ª y 3ª de la LEC) para que el incumplidor desista de su actitud. Lo que, a su vez, redundara en beneficio del menor, dado que la falta de cumplimiento *in natura* también va en detrimento de su formación integral, al privarle injustificadamente del referente paterno o materno. En este sentido, nos remitimos a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con la guarda y custodia compartida, que considera el régimen “normal y deseable” precisamente porque permite que el menor pueda relacionarse con ambos progenitores en condiciones de igualdad (STS 257/2013).

6. Bibliografía

- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil. Tomo 6. Derecho de Familia*. Marcial Pons, Madrid, 2013, 12ª ed.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel. MARÍN GARCÍA, Ignacio. *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo*. InDret. Barcelona, abril 2010.

- MORENO VELASCO, V.: «Acercamiento a las medidas judiciales ante el síndrome de alienación parental». El Derecho Editores. *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2482, pág. 1.
- ROIG DAVISON, Miguel Ángel: *Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos. Comentario al AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005*. InDret 2/2006.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2009.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Familia y responsabilidad civil*. Escritos Jurídicos TFW 2/2013. Área de Derecho de The Family Watch.
- SESTA, Michele: *Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana. La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. VLEX-481903050, enero 2012.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *La responsabilidad Aquiliana por daños endofamiliares. Comentario a la STS de 14 de julio de 2010 (JUR 2010\326836)*.

1.2. Familia

Pensión compensatoria y corresponsabilidad
económica: revisión de las tendencias
del Tribunal Supremo y la temporalidad
prevista legalmente

*Compensatory pension and economic
responsibility: review of trends of the Supreme
Court and temporary provided by law*

por

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ*

Abogada. Profesora Tutora UNED

Doctoranda EES del Departamento de Derecho civil de la UNED

RESUMEN: La pensión compensatoria ha evolucionado de forma sustancial desde su instauración en el año 1981 hasta nuestros días, pasando de su inicial carácter vitalicio y cuya beneficiaria era generalmente la mujer, a las tendencias actuales, más acordes con la sociedad española del siglo XXI. El presupuesto necesario tanto hoy como en sus inicios sigue siendo el desequilibrio económico, concepto jurídico indeterminado que hay que poner en relación con las restantes obligaciones o cargas familiares a las que deben hacer frente los miembros de la extinta pareja, sobre todo cuando existen menores implicados. El objetivo último ha de ser extender la corresponsabilidad parental también al terreno patrimonial.

ABSTRAC: *Alimony has evolved substantially since its inception in 1981 to the present day, from its initial life tenure and whose beneficiary was generally women, current trends, more in line with the Spanish society of XXI century. The budget needed today and in the beginning is still the economic imbalance, vague legal concept to be put in relation to other obligations or family responsibilities to those faced by members of the former couple, especially when there are children involved. The ultimate goal must be to extend the parental responsibility also to patrimonial field.*

PALABRAS CLAVE: Desequilibrio. Ruptura. Compensación. Evolución. Corresponsabilidad económica.

KEY WORDS: *Imbalance. Ruptura. Compensation. Development. Economic responsibility.*

* Mi agradecimiento al Departamento de Derecho civil de la UNED, y muy especialmente a mis directoras de tesis, Profesoras M.^a Fernanda MORETÓN SANZ y M.^a Paz POUS DE LA FLOR, por su dedicación y apoyo continuo, así como a su Director, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho civil de la UNED.

SUMARIO: I. LOS ORÍGENES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: EL CAMBIO DE PANORAMA SOCIAL Y LEGISLATIVO.—II. EL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.—III. ESTABLECIMIENTO Y POSIBLES VICISITUDES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—IV. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LOS RESTANTES. PRONUNCIAMIENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO.—V. NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES.—VI. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL: LAS APELACIONES EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES Y SU IMPOSIBILIDAD DE CASACIÓN HASTA LA NUEVA LEC.—VII. ANÁLISIS DE LA CASUÍSTICA VENTILADA EN LA *PRAXIS* JUDICIAL.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

I. LOS ORÍGENES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: EL CAMBIO DE PANORAMA SOCIAL Y LEGISLATIVO

Los pronunciamientos judiciales sobre pensión compensatoria han evolucionado sustancialmente desde su creación hasta nuestros días. Partiendo de la concepción de matrimonio indisoluble por divorcio que estuvo vigente en España¹ hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, durante largo tiempo la institución familiar ha tenido un carácter marcadamente patriarcal. Hasta la modificación del Código Civil (en adelante, CC) por Ley 14/1975, de 2 de mayo, el varón era el encargado de administrar los bienes comunes², el que representaba a la esposa³ y completaba su capacidad negocial⁴ y, en definitiva, el que generalmente subvenía a las necesidades de la familia con el producto de su trabajo o industria. En este contexto, ciertamente era inevitable que la nulidad, separación o divorcio conllevara un notable desequilibrio económico, porque dada la dedicación exclusiva de la mujer al cuidado de la familia y del hogar familiar⁵ era impensable que tras la ruptura pudiera integrarse en el mundo laboral en condiciones aceptables. Y no solo por carecer de formación adecuada para tal fin, sino también por falta de disponibilidad, dado que en la mayoría de los casos se le atribuía la guarda y custodia de los hijos menores.

Pero frente al panorama que acabamos de esbozar, la sociedad española ha evolucionado progresivamente durante los últimos treinta años hacia un modelo en el que los roles masculino y femenino se difuminan en aras de la igualdad. En la actualidad, tanto la legislación como el sentir general abogan por un trato no discriminatorio, por una educación y formación igualitaria y orientada a facilitar la incorporación de ambos sexos al mundo laboral, con el consiguiente reparto más o menos equitativo de las tareas domésticas.

Esa evolución se ha traducido, como no podía ser de otra forma⁶, al ámbito judicial, generando una nueva línea jurisprudencial que restringe el acceso a la pensión compensatoria o, al menos, la limita temporalmente. Así mismo, se tiende a una distribución más equitativa de las cargas económicas entre los miembros de la extinta pareja, a cuyo efecto se ponen en relación los diversos pronunciamientos de carácter económico⁷.

En este sentido se pronuncia la STS de 26 junio de 2011: «...ni siquiera es lógico afirmar que la esposa es quien ha salido más perjudicada económicamente respecto de la situación inmediatamente anterior a producirse aquella. Así, es determinante que al mantenimiento de su salario se una el hecho de que

ha obtenido el uso del domicilio familiar y que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven, se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre, que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias económicas negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler de 530 euros mensuales, y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos. Por tanto, incluso sin computar el importe de la pensión compensatoria, la capacidad económica del marido sería inferior a la de su esposa, lo cual, más allá de diferencias salariales, impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de esta, que deba de ser compensado por aquel con una pensión a su cargo».

Paralelamente, la Ley General de la Seguridad Social condiciona la posibilidad de lucrar el derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio a que la persona viuda estuviera percibiendo pensión compensatoria en el momento de fallecer el causante⁸. No obstante, la reciente STS, Sala 4.^a, de 29 de enero de 2014, ha flexibilizado este requisito al interpretar que debe producir los mismos efectos cualquier prestación periódica que viniera abonando el causante, con independencia de su denominación⁹.

II. EL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

La redacción de este precepto legal introducida por Ley 30/1981, de 7 de julio, establecía lo siguiente: «El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:...».

Por su parte, la redacción vigente en la actualidad¹⁰, dice así: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia».

El desequilibrio económico sigue siendo, por tanto, el presupuesto de hecho necesario para el nacimiento del derecho, limitándose la redacción actual a cambiar la denominación de «pensión» por la de «compensación» y a contemplar expresamente la posibilidad de limitarla en el tiempo, o bien abonarla de una sola vez. Pero, ¿qué es exactamente el desequilibrio económico? Nos encontramos ante uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que pululan por nuestro ordenamiento, para cuya delimitación debemos acudir a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo:

Dice la STS de 4 de diciembre de 2012: «...por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas

a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...».

Partiendo de esta consolidada definición, la STS de 20 de febrero de 2014 abunda en la idea de que la pensión compensatoria no es garantía de sostenimiento, nivel de vida o igualdad entre los excónyuges: «El artículo 97 del Código Civil según redacción introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia... siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos».

De esta misma sentencia resulta que, en los casos en que ambos cónyuges trabajan, la mera desigualdad económica no se traduce en desequilibrio a los efectos de la pensión compensatoria; y termina fijando como doctrina jurisprudencial que «...no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial».

En el mismo sentido, «...resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 del Código Civil y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 del Código Civil»¹¹.

No existe desequilibrio compensable cuando la diferencia no se ha generado durante el matrimonio, sino que proviene de la distinta posición social, familiar o profesional de uno de los cónyuges.

Y así afirma la STS de 4 diciembre de 2012: «...aspectos ajenos al propio matrimonio, que no son susceptibles de compensación mediante la pensión del artículo 97 del Código Civil, como la superior posición socio-familiar de la esposa, que ya tenía al tiempo de contraerse el matrimonio, y su lógica repercusión en su alto nivel de vida, en una mayor disponibilidad de renta y recursos económicos y una mayor facilidad de acceso al mercado laboral gracias a la existencia de empresas de titularidad o gestión familiar en las que podía trabajar, como era el caso».

El único desequilibrio que se puede tener en cuenta es aquel que se pone de manifiesto en el momento de la ruptura, tal como resulta de la STS de 18 de marzo de 2014: «Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial».

Además, no todo desequilibrio económico se puede compensar por esta vía, sino solamente aquel que tiene su origen en la convivencia matrimonial truncada. En especial, la exclusiva o preponderante dedicación de uno de los cónyuges al cuidado de la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge son los parámetros que con más frecuencia se tienen en cuenta por los Tribunales. Así resulta de la STS (Pleno) de 19 de enero de 2010:

«La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función:

- a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.
- b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

- a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
- b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
- c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Esta doctrina se ha aplicado en las sucesivas STS de 24 de noviembre de 2011, 19 de octubre de 2011, 16 de noviembre de 2012 y 17 de mayo de 2013, entre otras.

De las diversas puntualizaciones efectuadas por el Alto Tribunal se extrae como conclusión que el objetivo último de la pensión es compensar las desigualdades que los distintos roles asumidos durante la convivencia hayan podido generar entre los cónyuges, siempre que se pongan de manifiesto en el momento de la ruptura. Es significativa la STS de 21 febrero de 2014, que considera procedente la compensación en un caso en el que a la esposa le correspondía una exigua pensión de jubilación al carecer prácticamente de cotizaciones a consecuencia de su dedicación exclusiva a la familia durante más de veinte años, mientras que el esposo percibía por el mismo concepto una cantidad sustancialmente mayor.

III. ESTABLECIMIENTO Y POSIBLES VICISITUDES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Para determinar si alguno de los cónyuges tiene derecho a percibir pensión compensatoria, el primer paso a seguir consiste en indagar en las circunstancias del caso concreto, siguiendo las directrices marcadas por el Tribunal Supremo anteriormente esbozadas. Y ello, con el objetivo de comprobar si la ruptura produce o no desequilibrio económico compensable. En caso afirmativo, habrá que delimitar igualmente la cuantía y duración de la pensión. Para realizar ambas operaciones hemos de partir de lo establecido en el artículo 97 del Código Civil que, como sabemos, remite a un variado elenco de circunstancias¹², si bien es posible acudir a cualquier otra que resulte relevante dado que nos encontramos ante un *numerus apertus*¹³.

Una vez fijada, la pensión o compensación únicamente se puede modificar por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge¹⁴, y se extingue

cuando concurren determinadas causas¹⁵. No se extingue *per se* por el fallecimiento del obligado al pago, pero sus herederos pueden solicitar su reducción o supresión cuando el caudal relicto resulte insuficiente o el pago afecte a sus derechos legítimos. Tampoco se extingue por el simple transcurso del tiempo, salvo las temporales¹⁶.

Dado que la pensión o compensación tiene carácter dispositivo¹⁷, solo cabe establecerla a petición de parte¹⁸. En cuanto a la forma, el artículo 97 del Código Civil prevé su fijación bien a través del convenio regulador en los casos de mutuo acuerdo, bien mediante la sentencia que ponga fin al proceso matrimonial contencioso¹⁹. No obstante, nada impide que los cónyuges puedan establecerla a través de un acuerdo independiente celebrado antes de contraer matrimonio, al tiempo de la ruptura o, incluso, posteriormente²⁰. Pactos que deben surtir plenos efectos sea cual sea el tiempo y la forma en que se celebren, de conformidad con lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil²¹, si bien existen diversas teorías al respecto²².

No procede fijar la pensión compensatoria *ex novo* en el proceso de divorcio cuando existe separación matrimonial previa, porque el desequilibrio económico que la fundamenta únicamente puede producirse cuando tiene lugar la ruptura. Si es posible, por el contrario, solicitar la modificación, limitación temporal o extinción de la pensión fijada en el proceso de separación cuando se insta el divorcio, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

De conformidad con el artículo 100 del Código Civil, la pensión puede modificarse²³ en caso de que se produzcan alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Buena parte de las Audiencias Provinciales consideran que la modificación solo puede efectuarse a la baja, cuando disminuyen los ingresos del deudor o aumentan los del acreedor²⁴. No obstante, no existe base legal que impida incrementarla.

Distinta de la modificación de la pensión es su actualización, que debe llevarse a cabo de conformidad con las bases fijadas al constituirla²⁵. El procedimiento adecuado en este caso es el de ejecución de la sentencia matrimonial.

Por su parte, la extinción de la pensión procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 del Código Civil, en los siguientes casos:

1. Por el cese de la causa que la motivó, lo que equivale a la desaparición total del desequilibrio económico que se produjo en el momento de la ruptura y que justificó su adopción. La diferencia entre este supuesto de extinción y la modificación a la baja es solamente de grado, entendiéndose que quien pide lo más, también pide lo menos. Por ello, es posible decretar la modificación a la baja aunque únicamente se haya solicitado la extinción²⁶. La desaparición del desequilibrio económico es una cuestión de hecho que habrá de ser probada por aquel que pretenda la extinción.

2. Por contraer el acreedor nuevo matrimonio. En este caso la pensión compensatoria se extingue *ex lege* desde el momento en que se celebra el ulterior matrimonio, dado que es un hecho objetivo fácilmente constatable. Consecuentemente, el pago de lo indebido podrá reclamarse, en su caso, conforme a la norma general, junto con los correspondientes intereses²⁷.

3. Por vivir maritalmente con otra persona. Al contrario que en el caso anterior, en este supuesto la extinción tiene lugar en virtud de la sentencia judicial que así lo declare, previa tramitación del procedimiento correspondiente en el que se acredite la concurrencia de la causa de extinción y la fecha en que ha de producir efectos²⁸.

4. Aunque no previstas en el artículo 101 del Código Civil, existen otras causas de extinción que se deducen de las normas y principios jurídicos de general aplicación. Sin ánimo de exhaustividad citamos las siguientes: Muerte del acreedor, renuncia a su percepción, reconciliación de los cónyuges en caso de separación matrimonial, caducidad de la acción ejecutiva *ex* artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹, prescripción de la acción para exigir su pago o para reclamar las mensualidades ya devengadas, concretamente las anteriores a los últimos cinco años³⁰.

Huelga decir que tanto la modificación como la extinción de la pensión compensatoria solo cabe plantearlas cuando se haya fijado con carácter vitalicio, o bien cuando siendo temporal no se haya agotado su duración. No cabe, por el contrario, en los casos de pago único, pensiones agotadas por transcurso del plazo establecido o pensiones sustituidas *ex* artículo 99 del Código Civil.

IV. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LOS RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO

Las diferentes medidas de carácter patrimonial que han de adoptarse cuando se produce la ruptura guardan entre sí una estrecha relación. Dejando al margen las cuestiones personales, la crisis matrimonial produce un importante quebranto de la economía familiar, porque la desmembración genera la necesidad de arbitrar soluciones que, en lo material, pasan por determinar quién se queda en el domicilio familiar, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, alimentos, etc. En el mejor de los casos, los gastos se incrementan como mínimo con los necesarios para mantener una segunda vivienda en la que pueda residir el cónyuge que tenga que salir del domicilio familiar. Gastos que, en las economías más humildes, no siempre es posible afrontar sin detrimento de las obligaciones pecuniarias previamente contraídas. Si a ello le sumamos la obligación de pagar una pensión compensatoria, la situación, en muchas ocasiones, resulta ya insostenible.

Por ello es necesario ponderar de forma conjunta las diversas cargas económicas a las que han de hacer frente los cónyuges una vez producida la desmembración familiar³¹. En la actualidad existen tablas para calcular la cuantía tanto de la pensión de alimentos como de la pensión compensatoria, pero su aplicación no resuelve el problema dado que no parten de una visión de conjunto. No cabe duda de que la situación ideal pasa porque ningún miembro de la familia quede desamparado tras la ruptura, pero cuando los ingresos no alcanzan para cubrir todos los gastos, necesariamente, hay que prescindir de los superfluos. Y, en la mayoría de los casos, la pensión compensatoria es, sino superflua, sí prescindible, porque los ingresos de ambos cónyuges deben destinarse, prioritariamente a cubrir las necesidades económicas de todo tipo generadas por los dos hogares que necesariamente surgen tras la ruptura³².

Pero si lograr el mayor equilibrio posible siempre es aconsejable, cuando existen menores implicados la necesidad de equilibrar las prestaciones económicas resulta imprescindible. No podemos olvidar que su interés es el más necesitado de protección, y puesto que a partir de la separación o divorcio necesariamente tendrán que residir durante más o menos tiempo en cada uno de los nuevos hogares en compañía de sus respectivos progenitores³³, habrá que proveer lo necesario para que ese supremo interés quede plenamente garantizado en todo momento.

En resumen, la corresponsabilidad parental ha de manifestarse no solo en las medidas de carácter personal, sino también en las patrimoniales, porque la suma de ambas conforma la realidad tangible de los menores, el ámbito en el que se van a desarrollar sus vidas a partir de la ruptura. Centrándonos en la pensión compensatoria, el desequilibrio económico que puede generarla habrá de evaluarse una vez que las necesidades básicas o primarias de todos los miembros de la familia estén cubiertas.

Es ilógico y contrario a los más elementales cánones de justicia y equidad imponer a uno de los cónyuges la obligación de abonar una pensión compensatoria cuando él mismo no tenga cubiertas sus propias necesidades de habitación y sustento, incluso en los casos en los que el otro cónyuge carezca total o parcialmente de recursos. Piénsese que la carencia de ingresos posibilita el acceso a determinadas ayudas sociales³⁴, a las cuales no tiene derecho el cónyuge que sí los percibe; y, en caso de necesidad, el desamparado puede solicitarlos de sus familiares, en los términos que resultan del Código Civil³⁵. En definitiva, el Estado social³⁶ y nuestro ordenamiento jurídico cuentan con resortes que permiten resolver situaciones extremas, pero la solución no pasa por imponer a una persona la obligación de mantener a otra a la que ya no le une ningún vínculo legal, en detrimento de su propia calidad de vida y la de los hijos comunes cuando están en su compañía.

Por otra parte, es notorio que las cuestiones económicas generan importantes tensiones entre los excónyuges. Disputas que, inevitablemente, repercuten de forma negativa en los menores, vulnerando ese «supremo interés» cuya tutela debe prevalecer en todo caso.

Sin embargo, a pesar de su relevancia práctica la legislación vigente en la actualidad no contiene ninguna disposición expresa que aborde la interrelación entre las diversas medidas económicas.

V. NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

La ausencia de norma jurídica que tenga en cuenta la evidente vinculación que existe entre las prestaciones económicas derivadas de la ruptura viene a solventarla el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental³⁷, incluyendo una extensa regulación de las cuestiones patrimoniales directamente relacionadas con la crisis familiar:

1. Se añaden al artículo 97 los siguientes criterios a tener en cuenta para determinar si se produce o no desequilibrio económico:

- El caudal, los medios económicos y las necesidades de ambos cónyuges.
- La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión, así como el régimen de asunción de los gastos que la misma genere.

2. En los casos de mutuo acuerdo, la nueva redacción del artículo 90 del Código Civil establece que el convenio regulador deberá contener todo lo referente a la contribución a las cargas familiares y alimentos, con especial atención no solo a las necesidades de los menores, sino también al tiempo de permanencia con cada progenitor; la capacidad económica de cada uno de ellos, la atribución de la vivienda y ajuar familiar; etc. Pero además la letra d) del citado artículo establece que el convenio tiene que contemplar cuándo se producirá el cese del

uso, así como la repercusión que su atribución tenga sobre las cargas familiares, las pensiones alimenticias y la pensión compensatoria.

3. Paralelamente a lo establecido para los supuestos consensuales, el artículo 91 dispone que, a falta de acuerdo, el juez habrá de pronunciarse sobre esas mismas cuestiones, teniendo en cuenta para el cálculo de la pensión de alimentos no solo las necesidades de los menores, sino también los recursos económicos de los progenitores, el tiempo de permanencia con cada uno de ellos, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda y ajuar familiar; la contribución a las cargas familiares y el lugar de residencia de los menores. Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios, se sufragarán en proporción a los recursos económicos disponibles de los progenitores.

Así pues, tanto en los supuestos consensuales como en los contenciosos es preceptivo tener en cuenta la capacidad económica de ambos cónyuges para fijar la contribución a las cargas familiares y alimentos. Capacidad que, obviamente, habrá de ser calculada teniendo en cuenta el incremento generado por la pensión compensatoria para el cónyuge que resulte acreedor de la misma; y, paralelamente, la disminución de recursos que conlleva el pago de dicha pensión para el cónyuge deudor.

4. También se ocupa el Anteproyecto de los bienes comunes, concretamente mediante la reforma que introduce en el artículo 95 del Código Civil: «La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, siempre que no se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

A falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales y comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria».

En la actualidad, la liquidación de la sociedad de gananciales solo resulta posible en el proceso matrimonial consensuado. Y ello, porque se canaliza a través del cajón de sastre del artículo 97 del Código Civil, precepto que dispone que el convenio regulador ha de referirse «al menos» a las materias que cita expresamente; luego, *sensu* contrario, puede referirse a todas aquellas que las partes tengan por conveniente, incluida la liquidación del régimen económico matrimonial. No obstante, algunas resoluciones judiciales han denegado la aprobación del convenio por considerar que no es materia propia del procedimiento matrimonial³⁸.

La liquidación de gananciales en el mismo proceso matrimonial beneficia tanto a los cónyuges como a la propia Administración de Justicia. A los primeros, porque les evita los largos y costosos trámites previstos en los artículos 809, siguientes y concordantes de la LEC; a la segunda, porque contribuye a descargar de trabajo a los órganos judiciales, al evitar de esta forma la tramitación de dos procedimientos completos³⁹.

Pero no solo es digno de alabanza este precepto por la mención expresa de la posible liquidación consensuada, sino también porque la exigencia de formar inventario en el propio proceso matrimonial posibilita la identificación y control de los bienes desde el momento inicial, evitando las frecuentes disposiciones fraudulentas de los muebles y enseres por el cónyuge que tiene atribuido su uso. Además, la nueva regulación permite inventariar el haber común en un solo procedimiento, consensual o no⁴⁰, con independencia del régimen jurídico al que estén sometidos los bienes que integren el haber partible. Y, una vez firme la resolución que decrete la disolución del régimen económico, se procederá a su liquidación también en un único procedimiento.

5. La atribución del uso de la vivienda, enseres y ajuar familiar es objeto de una exhaustiva regulación, cuya finalidad parece ser la de acabar con la «indolencia» generada por los pronunciamientos efectuados en aplicación de la legislación todavía vigente. Y es que en la actualidad dicho uso se atribuye generalmente al cónyuge guardador y, al igual que la pensión de alimentos, permanece en la práctica hasta tanto los hijos pueden subvenir a sus propias necesidades⁴¹. Paralelamente, el otro cónyuge no solo tiene que abonar la pensión de alimentos y, en su caso, compensatoria, sino que además no puede disponer de la vivienda familiar, que en muchos casos constituye su único patrimonio. El Anteproyecto en trámite introduce modificaciones dignas de alabanza en esta materia, aunque quizás sigan siendo insuficientes para garantizar la igualdad real y efectiva de ambos cónyuges:

a) La atribución del uso de la vivienda, enseres y ajuar familiar se condiciona en el reformado artículo 96.2 del Código Civil a que no se haya dado a la misma un «destino definitivo». Por tanto, no procederá pronunciamiento alguno cuando hayan sido adjudicados a uno de los cónyuges en la liquidación de gananciales contenida en el propio convenio regulador. De no ser así, el Juez atribuirá el uso de los indicados bienes «en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos», previendo expresamente la posibilidad de establecer periodos de uso alternos. En último extremo, el uso se atribuirá al progenitor «que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda» en los casos de guarda y custodia compartida y en los de ausencia de hijos menores comunes.

b) Solo de forma excepcional se podrá atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador; «si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

c) No obstante lo anterior, el apartado 3 del mismo artículo pone límites a la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio cuando sea común o privativa del otro cónyuge, de forma que el derecho de uso se mantiene, exclusivamente, hasta que se extinga la obligación de prestar alimentos a los hijos⁴², o bien hasta que se liquide la vivienda. En los demás supuestos la atribución del uso se limitará a dos años, con una posible prórroga de un año más.

d) Pero lo que sin duda resulta más relevante a los efectos que nos ocupan es la obligación impuesta por el nuevo artículo 96.4: «La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge». Y es que, como ya hemos apuntado anteriormente, la «corresponsabilidad» ha de estar presente también en el aspecto patrimonial, porque un reparto no equitativo de los beneficios y cargas, además

de vulnerar el derecho a la igualdad, acaba por repercutir negativamente en el supremo interés de los menores. En esta línea se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo, denegando la pensión compensatoria a la esposa al considerar inexistente el desequilibrio económico en atención a los gastos a los que debía hacer frente el esposo tras la ruptura⁴³.

Consideramos que una cabal aplicación de este precepto legal debería traducirse en la valoración del coste de los bienes cuyo uso se atribuye, acudiendo por ejemplo a la renta de mercado de viviendas amuebladas de similares características y ubicación. Y, una vez determinado, proceder a su distribución entre los diversos usuarios, de forma que la parte correspondiente a los hijos disminuya su pensión de alimentos, mientras que la que corresponda al cónyuge custodio se detraerá de un hipotético derecho a pensión compensatoria.

e) Del apartado 5 del mismo artículo cabe destacar la incorporación a la norma de la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo en relación con el pago de préstamos hipotecarios u otras obligaciones contraídas para la adquisición o mejora de la vivienda familiar⁴⁴, estableciendo que «deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución». En este sentido se pronuncian las STS de 28 marzo 2011 y 17 febrero 2014, entre otras.

f) El artículo 96.6 por su parte impone restricciones a la venta de la vivienda cuyo uso corresponda a los hijos menores, llegando a exigir autorización judicial en determinados casos. El apartado 7 se limita a reflejar lo que ya es práctica habitual: cuando la vivienda no es propiedad de los cónyuges, el uso se limita a lo que resulte del título⁴⁵, mientras que en los casos de precario el uso acabará cuando su titular exija la restitución, adecuándose en ese caso las pensiones a la nueva situación. En la misma línea, el apartado 8 contempla expresamente la posibilidad de anotar preventivamente o inscribir el uso, lo que también se viene admitiendo en la actualidad.

VI. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL: LAS APELACIONES EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES Y SU IMPOSIBILIDAD DE CASACIÓN HAS- TA LA NUEVA LEC

Hasta la entrada en vigor de la vigente LEC los procedimientos matrimoniales estaban regulados por la Disposición Adicional 5.^a de la Ley de divorcio⁴⁶, conforme a la cual las resoluciones judiciales dictadas en los procesos de nulidad, separación y divorcio no tenían acceso a la casación, salvo a instancia del Ministerio Fiscal, en interés de Ley. No existe, por tanto, jurisprudencia en sentido propio del periodo anterior, tal como se constata en el ATS, Sala 1.^a, de 13 de febrero de 2001:

«UNICO. El recurso ... de casación solo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la Ley, ... siendo muchas las ocasiones en que esta Sala ha desestimado recursos de queja en los que se pretendía recurrir en casación una sentencia resolutoria de *incidente de modificación de medidas* (AATS de 24 de septiembre de 1996 en recurso 2423/96, 29 de octubre de 1996 en recurso 1943/96, 24 de diciembre de 1996 en recurso 3070/96, 24 de febrero de 1998 en recurso 272/98, 12 de mayo de 1998 en recurso 4157/97, 29 de septiembre de 1998 en recurso 3174/98, y 2 de febrero de 1999 en recurso 4575/98); de *incidente de ejecución de sentencias de separación o divorcio* (STS de 23 de febrero de 1993 y AATS de 23 de julio de 96 en recurso 1457/96, 24 de septiembre de

1996 en recurso 2423/96, 16 de junio de 1998 en recurso 1300/98, 22 de septiembre de 1998 en recurso 2763/98, 13 de abril de 1999 en recurso 334/99 y 28 de diciembre de 1999 en recurso 4605/99); o recaída en *juicio de divorcio* (STS de 23 de febrero de 1993 y AATS de 27 de marzo de 1989 en recurso 506/89, 28 de febrero de 95 en recurso 3332/94, 16 de diciembre de 1997 en recurso 1644/97, 28 de abril de 1998 en recurso 1021/98 y 3 de abril de 1998, en recurso 2336/98)»⁴⁷.

La evolución de los pronunciamientos sobre pensión compensatoria durante las dos primeras décadas de vigencia de la Ley de divorcio hemos de analizarla, por tanto, a la luz de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales. No obstante, el Tribunal Supremo nos ofrece un amplio resumen de las diversas tendencias al pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas una vez que las mismas tuvieron acceso a la casación, según tendremos ocasión de comprobar en las citas posteriores.

A partir de la entrada en vigor de la LEC 2000⁴⁸ los procesos matrimoniales están regulados en su Libro IV⁴⁹, dedicado a los procesos especiales, y tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en los mismos en los términos y con los requisitos exigidos en los artículos 477 y siguientes de la misma Ley⁵⁰. Los sucesivos pronunciamientos del Alto Tribunal han formado un cuerpo de doctrina jurisprudencial del que podemos extractar los principios básicos y criterios interpretativos aplicables en la actualidad.

Una de las cuestiones más debatidas tanto antes como después de la reforma de 2005 es la posible temporalidad de la pensión. Conviene recordar que el Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre esta materia en Sentencia de 10 de febrero de 2005, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP de Palma de Mallorca el 25 de abril de 2002. Se fundamentaba el recurso en la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y el Alto Tribunal declaró «... la posibilidad de acordar como medida en los procesos matrimoniales de separación y divorcio una pensión compensatoria de duración limitada —pensión compensatoria temporal—».

La indicada sentencia comienza analizando el origen de la controversia, lo que nos permite conocer las diversas posturas mantenidas por las Audiencias Provinciales hasta ese momento y su evolución favorable a la temporalidad de la pensión:

«La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales —y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral—, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización —unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad—, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria».

Deja constancia el Alto Tribunal en esta resolución de la multiplicidad de argumentos defendidos por las enfrentadas posturas, evidenciando que son mucho

más numerosos y contundentes los que se pronuncian a favor de la temporalidad de la pensión⁵¹. Así mismo, se reseña el criterio también favorable manifestado por el Consejo de Europa⁵², el Código de Familia de Cataluña o el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio. Y, finalmente, se remite al criterio interpretativo del artículo 3.1 del Código Civil, concluyendo que «...la realidad social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal».

Poco tiempo después, la STS de 28 abril 2005 puso fin a la controversia, sentando jurisprudencia favorable a la temporalidad: «De conformidad con lo previsto en el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe procederse a efectuar un pronunciamiento unificador sobre la contradicción existente entre diferentes Audiencias Provinciales, dejando zanjada la divergencia en el mismo sentido que la anterior sentencia de 10 de febrero de 2005, sentando como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar una duración limitada temporalmente a la pensión compensatoria».

Fruto de esa evolución social, doctrinal y jurisprudencial es la reforma del Código Civil introducida por Ley 15/2005, de 8 de julio⁵³, que no solo admite la pensión compensatoria temporal, sino también su sustitución por una prestación única. La reforma, por tanto, no aportó novedad alguna a la práctica judicial, limitándose una vez más la norma a ir «a remolque de la sociedad». En cualquier caso, hoy como ayer es preciso analizar las circunstancias concurrentes en el caso concreto para poder pronunciarse sobre la temporalidad y, en su caso, duración de la pensión compensatoria, partiendo siempre de la existencia de desequilibrio económico y valorando los parámetros que permitan pronosticar la superación del mismo en un determinado plazo.

VII. ANÁLISIS DE LA CASUÍSTICA VENTILADA EN LA PRAXIS JUDICIAL

Una vez examinada la normativa aplicable, veamos ahora su interpretación y aplicación en la práctica judicial a través de supuestos concretos resueltos por el Tribunal Supremo:

1. ALTERACIONES ESTABLES

El primer requisito para que proceda la modificación o extinción de la pensión compensatoria es que las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge a las que se refiere el artículo 100 del Código Civil, además de ser sustanciales, sean estables, en el sentido de que permanezcan en el tiempo. No son relevantes, por el contrario, los cambios transitorios o de escasa duración.

En este sentido se pronuncia la STS de 26 marzo 2014: «Las alteraciones sustanciales que dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria deben reunir el carácter de estables, por lo que cabe descartar las fugaces o efímeras. Por tanto no puede tenerse en cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que reúnan caracteres de estabilidad o permanencia. En conclusión no procede la extinción de la pensión compensatoria, pues el régimen laboral fijo de la Sra. Carmela, constituía una situación transitoria habida cuenta de su próxima jubilación, que realmente se produjo».

Por el mismo motivo, tampoco se consideran relevantes los trabajos esporádicos o mediante contrato temporal⁵⁴.

2. INDEPENDENCIA ECONÓMICA

El hecho de que ambos cónyuges trabajen no excluye *per se* el derecho a la pensión, pero no procederá cuando cada uno tenga sus propios ingresos y no sean «absolutamente dispares».

En este sentido la STS de 22 de junio de 2011 dicta lo siguiente: «La duda que a veces se ha planteado es si es posible apreciar el citado desequilibrio, y por tanto, fijar una pensión, cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. Esta Sala (STS de 17 de julio de 2009 [RC núm. 2004, 1369]) se ha pronunciado al respecto diciendo que, en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares». Por tanto, valorando esta afirmación en sentido contrario, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante».

3. DESEQUILIBRIO NO ES SINÓNIMO DE NECESIDAD

La misma STS de 22 de junio de 2011, deja claro que puede existir desequilibrio y, en consecuencia, ser procedente la pensión compensatoria, aunque el cónyuge acreedor tenga recursos suficientes para subsistir: «Según aclara la citada jurisprudencia, tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge».

4. TEMPORAL O VITALICIA

La jurisprudencia anterior a la reforma de 2005 mantenía una postura claramente favorable a la pensión de carácter vitalicio, sin duda favorecida por la falta de previsión expresa en la norma sobre la posible limitación temporal. La STS de 10 de febrero de 2005 estableció que la nueva realidad y sentir social abogan por la temporalidad de la pensión compensatoria, siempre que ello resulte posible en atención a las circunstancias. No obstante, aún hoy el Alto Tribunal sigue exigiendo prudencia y «criterios de certidumbre» en lo referente a la previsible

desaparición del desequilibrio económico que justifica la limitación temporal de la pensión. Así las SSTS de 27 de junio de 2011, 23 de octubre de 2012 y 20 de junio de 2013, entre otras:

«Por último, operan también estos factores⁵⁵ para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre».

5. REVISIÓN EN CASACIÓN

Al igual que en cualquier otra materia, las cuestiones de hecho no tienen acceso a la casación. Por ello, las conclusiones que alcance el tribunal *a quo* solo pueden ser revisadas «cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia (SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 [RC 2005, 516 y RC 2005, 531], de 28 de abril de 2010 [RC 2006, 707] y de 4 de noviembre de 2010 [RC 2007, 514])».

6. ALTERACIÓN IMPREVISTA

Las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge, además de ser sustanciales, tienen que ser imprevistas, por lo que no justifican la modificación o extinción de la pensión compensatoria aquellas circunstancias que se tuvieron o debieron tenerse en cuenta en el momento de su establecimiento. Así, dice la STS de 26 de marzo de 2014:

«Esta Sala en aplicación de los artículos 97 y 101 del Código Civil debe recordar que la pensión compensatoria, pactada entre las partes, solo puede modificarse por «alteración sustancial» en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 CC).

En resumen, no procede entender que las situaciones que preexisten y se conocen al momento del convenio regulador puedan constituir «alteración sustancial», dado que no pueden considerarse como sobrevenidas (STS 20 de junio de 2013, Rec. 876 de 2011, entre otras)».

7. UNIONES DE HECHO

En ausencia de matrimonio los pronunciamientos judiciales han fluctuado entre pensión compensatoria e indemnización por enriquecimiento injusto. A partir de la STS de 16 de julio de 2002 se consolida la aplicación del artículo 97 del Código Civil por analogía: «Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente (de un modo definitivo las sentencias de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) considera más adecuada la aplicación analógica (art. 4.1 del Código Civil) del artículo 97 del Código Civil...».

8. NO CABE SUSTITUIR ALIMENTOS POR COMPENSACIÓN

A raíz de las discrepancias existentes entre las diversas Audiencias Provinciales, la STS de 9 de febrero de 2010 fija la siguiente doctrina al respecto:

«2.º Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 de octubre y de 21 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas.

... la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio».

Sin embargo, la misma sentencia admite la posibilidad de reservarse el derecho a reclamar la pensión compensatoria en el posterior divorcio (al extinguirse el derecho de alimentos), pero siempre que el desequilibrio se haya producido al cesar la convivencia:

«4.º Puede ocurrir... que uno de los cónyuges se reserve el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente, se tratará del divorcio... no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos».

9. PRODUCCIÓN DE EFECTOS

El momento en que la causa de extinción o modificación ha de producir efectos es una cuestión no pacífica. En cualquier caso, la acreditación de la causa ha de llevarse a cabo a través del oportuno procedimiento judicial, no operando de forma automática. Con carácter general, los efectos se producirán a partir de la correspondiente sentencia, si bien en determinados casos se admite su retroactividad. Citamos a título de ejemplo la SAP de Madrid de 12 de marzo de 2008: «En materia de efectos de la extinción de la pensión compensatoria al amparo del artículo 101 del Código Civil, es regla general que al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de meritada extinción la de la sentencia recaída en la instancia».

Sin embargo, esta misma sentencia prevé la retroacción de los efectos extintivos en determinados casos: «En la medida que se justifique la procedencia de la extinción con efectos retroactivos, como ocurre, y a modo de ejemplo se puede citar, en aquellos casos en los que se acredita la existencia de un matrimonio anterior a la fecha en la que deba dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, y que declara la extinción de tal beneficio, o cuando de modo indubitado se ha justificado la convivencia con otra persona, también en fecha anterior a la sentencia que deba dictarse, o cuando del mismo modo se acredita, también de un

modo claro y palmario, a una fecha determinada, la importante mejora de fortuna, por cualquier razón, de quien hasta ese momento era perceptor de tal derecho».

La STS de 23 de noviembre de 2011 no se pronuncia de modo expreso sobre esta materia, limitándose a aplicar la doctrina de los actos propios para declarar que no procede la extinción con carácter retroactivo cuando el obligado al pago conocía la existencia de la causa al tiempo de establecerse la pensión: «La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo. Pero señala que existe una contradicción entre las Audiencias Provinciales y cita como favorables a la recurrida, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, de 15 de enero de 1999, Córdoba, sección 2.ª de 12 de abril de 2000 y 25 de abril de 2002 y como sentencias contrarias, las de Barcelona, sección 18, de 16 de febrero de 2007 y Madrid, sección 24, de 11 de diciembre de 2001 y 12 de marzo de 2008, que sostienen la posibilidad de retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al tiempo de la concurrencia de la causa.

En el presente supuesto, no es posible estimar el recurso de casación en el que se pretende que la extinción de la pensión se produzca con efectos retroactivos al momento en que concurrió la causa, es decir, antes de la sentencia de separación, porque:

1. El recurrente la conocía en el momento de la demanda de separación y a pesar de ello, la consintió y no planteó posteriormente un procedimiento de modificación de medidas, para pedir su extinción durante el periodo durante el que se mantuvo la separación. Por tanto, existió conformidad mientras se mantuvo la separación.

2. La nueva situación creada por el divorcio permite la extinción de la pensión por concurrencia de una causa probada, pero ello no será efectivo desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio».

10. *PACTA SUNT SERVANDA*, INCLUSO LOS ATÍPICOS

Cuando los cónyuges han pactado unas determinadas condiciones en relación con la pensión compensatoria, no procede su extinción aún cuando posteriormente se alteren sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta, incluso aunque desaparezca el desequilibrio. Así, dice la STS de 20 de abril de 2012:

«Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador... debe partirse en la presente argumentación de dos elementos que concurren en este derecho, reiterados en sentencias de esta Sala:

1. La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración.

2. Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 2011, 217, de 31 de marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 de abril de 1997.

El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto

parecido, STS 2011, 758, de 4 de noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes.

SEXTO. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que el pacto entre D.^a Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que “Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo”. Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D.^a Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa».

11. INCREMENTO PATRIMONIAL RELEVANTE Y SOBREVENIDO

Se considera superado el desequilibrio económico cuando el beneficiario de la pensión obtiene un importante patrimonio generador de ingresos, por ejemplo a través de la liquidación de la sociedad de gananciales. En dicho sentido, la STS de 24 de noviembre de 2011 asevera: «...debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 LEC, debe declararse que la posterior adjudicación a D.^a María Rosario de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal...».

En idéntica línea, la STS de 17 de marzo de 2014 se refiere al supuesto de incremento patrimonial por la adición de una herencia: «La herencia sí puede tenerse en cuenta en este caso a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia del desequilibrio actual, ... sentar como doctrina jurisprudencial... que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción».

El argumento debería ser extensible a cualquier incremento patrimonial sobrevenido, citando a título de ejemplo los precedentes de juegos de azar, donaciones, etc.

12. PASIVIDAD EN LA BÚSQUEDA DE EMPLEO

La STS de 23 de enero de 2012 no requiere comentario alguno: «constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa

con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011 [RC 2009, 1387]).».

13. SEPARACIÓN DE BIENES

El derecho a la pensión compensatoria no es incompatible con el régimen de separación de bienes, si bien es un dato más a tener en cuenta para su delimitación.

En su virtud, declara la STS de 8 de mayo de 2012: «De aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican «un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación».

14. LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL Y SOBREVENIDA AFECTA TAMBIÉN A LA PENSIÓN DE CARÁCTER TEMPORAL

En este punto, es la STS de 24 de octubre de 2013, la que evidencia lo siguiente: «Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código Civil si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas— alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (art. 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS de 27 de octubre de 2011, 20 de junio de 2013). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal...».

15. TRABAJOS ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DEL MATRIMONIO

La STS de 17 de mayo de 2013 establece que no existe desequilibrio cuando el matrimonio no ha tenido incidencia alguna en la situación laboral o profesio-

nal: «El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro».

16. PERSISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO TRAS LA EMANCIPACIÓN DE LOS HIJOS

El desequilibrio económico no desaparece automáticamente por el simple hecho de que los hijos ya no precisen cuidados, pudiendo mantenerse el mismo cuando la edad del beneficiario de la pensión dificulta el acceso al mercado laboral.

Dice en relación a este punto la STS de 20 de diciembre de 2012: «Si bien es cierto que alguno de estos factores son distintos en este momento, como es el que resulta del cuidado de los hijos, otros se agravan con el paso del tiempo, como es la edad de quien percibe la pensión y las consiguientes dificultades para acceder a un empleo suficientemente retribuido y con plenas garantías de mantenerse en el mismo. La decisión de la Audiencia, contraria a esa temporalidad de la pensión, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, que debe mantenerse».

VIII. CONCLUSIONES

I. La función de la pensión compensatoria es reequilibrar la balanza cuando uno de los cónyuges ha resultado perjudicado por el rol asumido durante la convivencia.

II. Las variables que fundamentalmente se tienen en cuenta para fijar la pensión son la dedicación al cuidado de la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge.

III. A lo largo de la pasada centuria la compensación era necesaria en la mayoría de los casos, debido a la escasa incorporación de la mujer al mundo laboral.

IV. En la actualidad, la institución ha perdido buena parte de su sentido, no solo por la equiparación de los roles masculino y femenino en la realización de las tareas domésticas y cuidado de los hijos, sino sobre todo por la incorporación de ambos sexos al mundo laboral en condiciones de igualdad.

V. Desde esta óptica, la pensión o compensación debe manejarse con cautela para no fomentar la desidia laboral en sus beneficiarios, y sobre todo ponderar de forma conjunta todos los parámetros de contenido económico que necesariamente están presentes cuando se produce la ruptura, con el fin de evitar que se produzca el efecto contrario al pretendido.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. (Introducción y Parte General). Volumen Primero.* Bosch, Barcelona, 1991.

- BONET NAVARRO, A. Los recursos en el proceso civil. *La Ley*, Madrid, 2000.
- CORDÓN MORENO F. y otros. *Comentarios a la LEC*. Aranzadi, Navarra, 2001.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. *Introducción al derecho procesal y derecho procesal civil (Parte general y especial)*. Colex, Madrid, 2000.
- CRESPO GARRIDO, M.^a y MORETÓN SANZ, M.^a F. *Conciliación de trabajo y familia; las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*. Editorial Colex, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. Comentarios parciales al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio. *El Derecho Editores. Revista de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 13.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil. Tomo 6. Derecho de Familia*. Marcial Pons, Madrid, 2013, 12.^a ed.
- LORCA NAVARRETE, A. M. *Tratado de Derecho Procesal Civil. (Parte general. El nuevo proceso civil)*. Dykinson, Madrid, 2000.
- MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R. *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 115. *El Derecho Editores*. 1 de septiembre de 2011.
- SILGUERO ESTAGNAN, J. *El control de los hechos por el Tribunal Supremo*. Dykinson, Madrid, 1997.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA

- Sentencias de 2 de diciembre de 1987; 22 de junio de 2001; 16 de julio de 2002; 10 de febrero y 28 de abril de 2005; 12 de marzo y 3 de octubre de 2008; 19 de enero y 9 de febrero de 2010; 1 y 28 de marzo, 22, 26 y 27 de junio, 19 y 27 de octubre, 23, 24 y 25 de noviembre de 2011; 23 de enero, 20 de abril, 8 de mayo, 23 de octubre, 16 de noviembre, 4 y 20 de diciembre de 2012; 17 de mayo, 20 de junio y 24 de octubre de 2013; 17, 20 y 21 de febrero, 17, 18, 25 y 26 de marzo de 2014.
- Auto de 13 de febrero de 2001.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA CUARTA

- Sentencia de 29 de enero de 2014.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP, Álava, 25 de marzo de 1999
- SAP, Albacete, 29 de junio de 2004
- SAP, Asturias, 30 de junio de 2005
- SAP, Barcelona, 27 de abril de 2005
- SAP, Cádiz, 12 de noviembre de 2003
- SAP, Granada, 29 de mayo de 2009

- SSAP, Las Palmas, 25 de abril y 29 de octubre de 2002
- SSAP, Madrid, 16 de enero de 2003, 12 de mayo de 2006 y 12 de marzo de 2008
- SAP, Murcia, 8 de marzo de 2004
- SAP, Valencia, 27 de mayo de 2004
- SAP, Valladolid, 10 de septiembre de 1996

NOTAS

¹ Salvo el breve paréntesis de la Segunda República.

² Artículo 59 del Código Civil: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario».

³ Artículo 60 del Código Civil: «El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador».

⁴ Artículo 61 del Código Civil: «Tampoco puede la mujer, sin licencia o por poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley».

⁵ Incluso se hacía constar en determinados documentos oficiales, como por ej. el DNI, que la profesión de la mujer era «sus labores».

⁶ Dado que uno de los criterios de interpretación de las normas es, precisamente, la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, tal como establece el artículo 3.1 del Código Civil.

⁷ Tal como se recoge ya en el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental y se analiza posteriormente.

⁸ Artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social: «...Asimismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante».

⁹ STS, Sala 4.^a, de 29 de enero de 2014: «...el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa —más allá de los alimentos de los hijos— tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente permitirá el acceso, en su caso, a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. En realidad, resulta difícil impedir el acceso a la prestación en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el superviviente sea acreedor a cualquier suma periódica a costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma.— La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el superviviente estaba percibiendo pensión compensatoria *strictu sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquel, sea cual sea su denominación, o su naturaleza jurídica».

¹⁰ Introducida por Ley 15/2005, de 8 de julio.

¹¹ STS de 25 de noviembre de 2011 y 4 de diciembre de 2012.

¹² Entre otras, la edad, estado de salud, cualificación profesional, duración del matrimonio, etc.

¹³ Artículo 97.9.^a del Código Civil: «Cualquier otra circunstancia relevante».

¹⁴ Artículo 100 del Código Civil.

¹⁵ El artículo 101 del Código Civil contempla las siguientes: Por el cese de la causa que la motivó (lo que habrá que entender como cese del desequilibrio), por contraer el acreedor

nuevo matrimonio y por vivir maritalmente con otra persona. No obstante, existen otras causas de extinción que examinaremos más adelante.

¹⁶ STS de 27 de octubre de 2011: «... esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal».

¹⁷ STS, Sala 1.ª, de 2 de diciembre de 1987: «...debemos declarar y declaramos que la llamada pensión compensatoria, regulada en el artículo 97 del Código Civil, no puede acordarse por el Juez de oficio y sí, solo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio». En el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS de 25 de marzo de 2014, que cita la anterior.

¹⁸ No cabe aplicar el artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho, aunque algunas resoluciones judiciales lo hacen por analogía (SSAP, Las Palmas de 29 de octubre de 2002, Madrid, de 16 enero de 2003, Cádiz, de 12 de noviembre de 2003, Murcia de 8 de marzo de 2004). Parece más adecuado en estos casos recurrir al concepto de «enriquecimiento injusto», en aplicación de los artículos 10.9 y 1887 del Código Civil, para lograr la compensación o indemnización que pueda resultar procedente.

¹⁹ No es posible establecerla como medida provisional, dado que no la contempla el artículo 103 del Código Civil. A mayor abundamiento, el procedimiento de medidas provisionales finaliza mediante Auto, mientras que la pensión compensatoria ha de ser establecida por sentencia.

²⁰ SAP de Barcelona de 27 de abril de 2005.

²¹ Artículo 1255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente...».

²² Véase PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 115. El Derecho Editores. 1 de septiembre de 2011.

²³ A través del procedimiento establecido en el artículo 770 y concordantes de la LEC.

²⁴ SAP de Asturias de 30 de junio de 2005 y STSJ de Cataluña de 28 de octubre y 11 de diciembre de 2003.

²⁵ En caso de que en el convenio regulador o sentencia no se hayan previsto las bases para la actualización, la misma se llevará a cabo aplicando el IPC del año anterior. La actualización se puede llevar a cabo en cualquier tiempo, mientras que los atrasos prescriben por el transcurso de cinco años «La referida pensión por desequilibrio participa de la naturaleza de una deuda de valor que, como tal, se hace susceptible en su efectividad de mecanismos de actualización,...En consecuencia, la no reclamación por la acreedora durante varios años de las actualizaciones que le correspondían no implica la renuncia, y tampoco la exclusión, de un derecho que la ley le atribuye, ... Debe, por ello, distinguirse entre la revalorización en sí, que es imprescriptible por la propia naturaleza de la pensión, y los atrasos derivados de la misma, que pueden caer, por el contrario y previa su invocación por el obligado, bajo las previsiones del artículo 1966 (SAP Madrid de 12 de mayo de 2006).

²⁶ SAP Álava, de 25 de marzo de 1999 y Valladolid, de 10 septiembre de 1996.

²⁷ SAP de Albacete, de 29 de julio de 2004.

²⁸ Desde que se acredite la convivencia, generalmente.

²⁹ Hay que tener en cuenta que en las prestaciones de tracto sucesivo el *dies a quo* es el del primer impago, no el de la sentencia.

³⁰ Artículo 1966 del Código Civil.

³¹ En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 29 de mayo de 2009: «Para el cálculo de la pensión compensatoria la cantidad que percibe el esposo debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer».

³² El Anteproyecto de Ley sobre Corresponsabilidad Parental establece que debe quedar garantizado en todo caso el derecho de los menores a una vivienda digna (nueva redacción del art. 96.1).

³³ Ya sea en régimen de guarda y custodia compartida o durante el periodo de visitas.

³⁴ Como por ejemplo la pensión no contributiva, la ayuda familiar, la renta activa de inserción, etc.

³⁵ Según se refleja en la STS de 1 de marzo de 2011, «La obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia».

³⁶ Artículo 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social...».

³⁷ Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado en julio de 2013 y actualmente en trámite.

³⁸ La sentencia dictada por el Juzgado Mixto número 3 de Linares (Jaén) el 5 de abril de 2011 en los autos 73/2011, no aprueba las cláusulas relativas a la liquidación de gananciales «...en tanto no es susceptible de ser aprobado el pacto de liquidación por vía del proceso de petición de divorcio, existiendo un proceso especial de liquidación del régimen conyugal (arts. 860 y sigs. LEC) dotado de particularidades y caracteres que han de ser respetados...».

³⁹ Recordemos que la liquidación comienza por la formación del inventario conforme a lo establecido en el artículo 809 LEC. Y, una vez firme, hay que proceder a la liquidación a través del procedimiento regulado en los artículos siguientes.

⁴⁰ En la actualidad únicamente se puede efectuar la liquidación de los bienes de carácter ganancial, y únicamente en los procedimientos consensuales.

⁴¹ Según los resultados de la EPA del primer trimestre de 2014, la tasa de emancipación de los jóvenes de entre 16 y 29 años es del 23,78%. Por tanto, respecto del 76,22% las obligaciones de los progenitores se pueden prolongar durante más de veinte años (Fuente: www.injuve.es. Fecha de la consulta: 15 de julio de 2014).

⁴² La obligación de prestar alimentos a los hijos se mantiene incluso después de la mayoría de edad cuando no han terminado su formación por causas que no les sean imputables (art. 142 CC). La previsión contenida en este artículo como excepción se ha convertido en la regla general en la actualidad, puesto que prácticamente ningún joven ha acabado su formación a los dieciocho años.

⁴³ STS de 22 de junio de 2001.

⁴⁴ Incluyendo los seguros vinculados a dichas obligaciones.

⁴⁵ El supuesto más común es el contrato de alquiler.

⁴⁶ Ley 30/1981, de 7 de julio.

⁴⁷ La cursiva se ha añadido para resaltar las materias excluidas.

⁴⁸ La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entró en vigor el día 8 de enero de 2001.

⁴⁹ La STS de 4 de diciembre de 2012 recuerda la especialidad en materia probatoria aplicable a los procedimientos matrimoniales, entre otros: «Constituye doctrina consolidada (SSTS de 2 de noviembre de 2011, [RC 2010, 1003]; 5 de octubre de 2011, [RC 2009, 185]; 13 de junio de 2011, [RCIP 2009, 1255] y 25 de abril de 2011, [RC 2008, 646]) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia (como las recogidas en los arts. 271.1 LEC y 460 LEC) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1 LEC contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decreta de oficio cuantas pruebas estime pertinentes».

⁵⁰ El acceso a la casación generalmente tiene lugar a través del supuesto de «interés casacional», si bien nada impide que puedan hacerlo por razón de la cuantía.

⁵¹ Los argumentos en contra se pueden resumir, básicamente, en la falta de previsión legal expresa y la imposibilidad de prever una evolución favorable en la fortuna del beneficiario. La temporalidad de la pensión se defiende, por el contrario, con numerosos argumentos: su finalidad es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas; no es una renta vitalicia, ni el matrimonio genera *per se* derecho a percibirla; la temporalidad de la pensión fomenta la autonomía económica, evita la pasividad del beneficiario y potencia el afán de reciclaje

o reinserción laboral, cumpliendo así una función preventiva de la desidia o indolencia del perceptor; evita situaciones abusivas y previene conductas fraudulentas, fomentando la autonomía basada en la dignidad de la persona; etc.

⁵² *Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos*. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980.

⁵³ «Esta Sala debe declarar que la reforma del año 2005 vino a mencionar expresamente la posibilidad de fijar una pensión temporal, pero con anterioridad era ya una práctica admitida» (STS de 26 de marzo de 2014).

⁵⁴ STS de 20 de diciembre de 2012.

⁵⁵ Se refiere a los relacionados en el artículo 97 del Código Civil.

+ ebook
GRATIS

ORDENACIÓN ECONÓMICA DEL MATRIMONIO Y DE LA CRISIS DE PAREJA

Carlos Lasarte
María Dolores Cervilla
Directores



tirant
lo blanch

DERECHO DE FAMILIA



INSTITUTO DE DESARROLLO
Y ANÁLISIS DEL DERECHO
DE FAMILIA EN ESPAÑA



PENSIÓN COMPENSATORIA. CUESTIONES PRÁCTICAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Agustina Herranz González

Abogada. Profesora-Tutora UNED

Doctoranda del Departamento de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. Introducción: orígenes y evolución de la pensión compensatoria en España. 2. Acceso a la pensión de viudedad. 3. Normativa aplicable para el reconocimiento de la pensión de viudedad. 4. Modificación de la pensión: retroacción de efectos. 5. Convivencia *more uxorio* previa. 6. Seguridad jurídica contractual. 7. Desequilibrio sobrevenido. 8. ¿Cuándo es preceptiva la reconención? 9. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN ESPAÑA

La pensión compensatoria se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 7/1981 con el objetivo de reequilibrar la balanza cuando uno de los cónyuges resultaba perjudicado por el rol asumido durante la convivencia. A lo largo del siglo XX la compensación era necesaria en la mayoría de los casos en favor de la mujer, debido a su escasa incorporación al mundo laboral. En la actualidad, la institución ha perdido buena parte de su sentido, no solo por la equiparación de los roles masculino y femenino en la realización de las tareas domésticas y cuidado de los hijos, sino especialmente por la incorporación de ambos sexos al mundo laboral en condiciones de igualdad. Desde esta óptica, la pensión o compensación debe manejarse con cautela para no fomentar la desidia laboral y/o profesional en sus beneficiarios, y sobre todo ponderar de forma conjunta todos los pa-

rámetros de contenido económico con el fin de evitar que se produzca el efecto contrario al pretendido¹.

En la actualidad, la existencia de una pensión compensatoria a cargo del causante que se extinga a su fallecimiento es requisito *sine qua non* para causar derecho a pensión de viudedad en determinados casos, fruto sin duda de la evolución de esta figura para adaptarse a la realidad social actual.

2. ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

El vigente artículo 220 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial «... se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante».

La doctrina del Tribunal Supremo en relación con este supuesto, reflejada en sentencias de 14 y 21 febrero, 21 marzo y 14 abril 2012, entre otras, venía a establecer lo siguiente:

Partiendo de que en la legislación de la Seguridad Social, el derecho de la percepción de la pensión de viudedad se condiciona para las personas divorciadas o separadas judicialmente, a que sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC cuando se extinga por el fallecimiento del causante, hemos llegado a la conclusión de que «para la ley la situación de dependencia se da cuando se acredita la pensión compensatoria».

La citada doctrina fue modificada, sin embargo, por Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Cuarta el 30 de enero de 2014 (Recurso 991/2012), mediante la cual, «... se revisa la doctrina anterior y se reconoce la pensión de viudedad a una solicitante cuyo esposo se había

¹ Cuando la percepción de la pensión compensatoria aleja a su beneficiario del mercado laboral o profesional, cesan o no comienzan sus cotizaciones sociales y, en consecuencia, la posibilidad de acceder en el futuro a prestaciones (desempleo, jubilación, etc.) derivadas del régimen público.

comprometido en el convenio regulador a satisfacerle una cantidad mensual en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para ella».

Este cambio de criterio se fundamentó en que «La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria *stricto sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación o su naturaleza jurídica».

La misma doctrina se refleja en las Sentencias del Alto Tribunal de 29 enero 2014 (Pleno, recurso 743/2013); 17 febrero 2014 (recurso 1822/2013); 6 mayo 2014 (recurso 1344/2013) y 3 febrero 2015 (recurso 3187/2013).

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 12 febrero 2016 (recurso 2397/2014), da un paso más en la interpretación y aplicación del artículo 220 LGSS, reconociendo el derecho a la pensión de viudedad en un supuesto en el que se hizo constar de forma expresa que la esposa «no tiene derecho a ninguna pensión compensatoria», atribuyendo a la misma el uso y disfrute de la vivienda familiar y estableciendo que el posterior causante «vendrá obligado a abonar mensualmente a su ex cónyuge, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para la hija menor la cantidad de 40.000 pts/mes... debiéndose igualmente responsabilizar de los pagos referentes a préstamos, hipotecas y seguros derivados del antiguo hogar familiar».

En esta sentencia el Alto Tribunal, teniendo en cuenta que «... con harta frecuencia nos vemos en la necesidad de examinar el mismo partiendo de lo que las partes determinaron el convenio regulador

de la separación o divorcio en los que falta una calificación jurídica estricta, utilizando terminología variada y equívoca sobre las obligaciones que asume uno de los cónyuges frente al otro y frente a los hijos», examina la cuestión de forma casuística por remisión a sentencias previas:

- a) Prestaciones denominadas «alimentos y ayuda a esposa e hijos» (STS, Sala Cuarta, de 30 enero 2014, recurso 991/2012).
- b) Pensión para subvenir «a las cargas familiares» sin que constara que existieran hijos (STS, Sala Cuarta, de 21 marzo 2011, recurso 2441/2011).
- c) Pensión «para gastos de la esposa e hijos» (STS, Sala Cuarta, de 27 mayo 2013, recurso 2545/2012).

Y, finalmente, llega a la siguiente conclusión:

«Frente a este panorama de pensiones innominadas, no podemos pretender ceñirnos exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad. Por el contrario, habrá que acudir a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una interpretación finalista del otorgamiento de aquélla».

A modo de resumen, la Sentencia que analizamos sienta las siguientes pautas:

- a) En caso de divorcio sin hijos, salvo que de modo expreso se establezca el pacto de alimentos, tendrá que presumirse que cualquier cantidad fijada en favor del otro cónyuge ostenta la condición de pensión compensatoria.
- b) Por el contrario, la fijación de una sola pensión cuando haya hijos que quedan a cargo de quien después resulta ser el supérstite habrá de presumirse como pensión de alimentos a favor de éstos.
- c) En el caso de pensión compensatoria temporal ya agotada no procederá la pensión de viudedad, puesto que la regulación legal configura la misma en atención a la pérdida del montante económico que perciba el supérstite a cargo del causante.

En definitiva, «... el reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria, excluyendo los excepcionales supuestos en que, en caso de divorcio, se hubieran pactado alimentos en favor del cónyuge supérstite».

El cambio de doctrina se concreta por el Alto Tribunal en los siguientes términos:

«Llegados a este punto, la Sala debe revisar la doctrina que acogíamos en la sentencia de contraste en la que, sin otro criterio que el de la literalidad, negamos que pudiera considerarse pensión compensatoria la que se fijaba en concepto de alimentos y ayuda a la esposa e hijos, sin discriminar entre los alimentos a los hijos —o, incluso a la propia esposa— y lo que se denominaba «ayuda» con mención expresa de la esposa.

La falta de concreta especificación de la determinación de los alimentos y la no constancia de las cantidades de las que pudiera deducirse su naturaleza, habría de llevarnos a entender, por el contrario, que el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa —más allá de los alimentos de los hijos— tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente permitirá el acceso, en su caso, a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. En realidad, resulta difícil impedir el acceso a la prestación en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el supérstite sea acreedor a cualquier suma periódica a costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma.

La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria *strictu sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación, o su naturaleza jurídica».

La nueva doctrina es, por tanto, claramente favorable al reconocimiento de la pensión de viudedad (siempre, claro está, que concurren los restantes requisitos legalmente exigidos), debiendo reconocerse el derecho incluso en los supuestos en que la pensión percibida por el beneficiario fuera de alimentos legales o pactados.

Aún cuando el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a este extremo, en puridad la nueva tendencia ampliamente favorecedora del acceso a la pensión de viudedad es congruente con la catalogación de esta prestación en nuestro ordenamiento jurídico como pensión contributiva. Lo que, a su vez, determina que para su devengo es precisa la afiliación previa del causante, así como las cotizaciones que en cada caso procedan. Por tanto, su denegación basada en requisitos que podríamos considerar de carácter formal (como sin duda lo es la denominación atribuida a la pensión que viniera abonando el causante) podría incluso ser considerada como un enriquecimiento injusto del sistema público de seguridad social.

3. NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, regula de forma exhaustiva los diversos supuestos que pueden plantearse en relación con el acceso a la pensión de viudedad. Se reproducen a continuación los artículos que consideramos de mayor interés:

- Artículo 220. Pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

«1. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad

fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

2. Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente.

3. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el apartado anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios».

Se resalta en negrita el párrafo del precepto legal que establece la «rebaja» de la pensión de viudedad en caso de que su cuantía sea superior a la pensión compensatoria que viniera percibiendo el beneficiario. Se aprecia también en este caso el posible enriquecimiento injusto que antes mencionábamos.

- Artículo 221. Pensión de viudedad de parejas de hecho.

«1. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59.

2. A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante».

Como vemos, en el caso de las parejas de hecho las condiciones para acceder a la pensión de viudedad se endurecen sensiblemente. Y no solo porque se añade el requisito de no superar los límites de ingresos según haya o no descendencia, sino porque además hay que acreditar:

- a) Por un lado, ser pareja de hecho, prueba que necesariamente ha de llevarse a cabo mediante la certificación del registro correspondiente o a través de documento público.
- b) Convivencia estable, notoria, ininterrumpida e inmediatamente anterior al fallecimiento del causante durante al menos cinco años, lo que se acreditará mediante el correspondiente certificado de empadronamiento.

4. MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN: RETROACCIÓN DE EFECTOS

Con carácter general, los efectos de la modificación judicial de las medidas adoptadas en los procedimientos de familia se producen a partir de la sentencia modificatoria. Así se refleja, entre otras, en la Sentencias del Tribunal Supremo de 3 octubre 2008 (STS 917/2008, dictada en el recurso 2727/2004); y 26 de octubre de 2011 (STS 721/2011, dictada en recurso 926/2010).

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo 17/06/2015, dictada en el recurso 2368/2013, viene a concretar o puntualizar la doctrina anterior, estableciendo que la modificación será efectiva a partir de la demanda cuando así se solicite y la modificación se limite a un período de tiempo lo suficientemente relevante como para justificar el cambio, pero sin vocación de permanencia indefinida. Dice así:

«Ciertamente esta Sala ha desarrollado la doctrina mencionada con relación a las pensiones alimenticias, para supuestos de modificaciones con vocación de permanencia; sentencias de 3 de octubre de 2008, 24 de octubre de 2013 y 18 de noviembre de 2014 (rec. 1695/2013). Sin embargo, en el presente caso nos encontramos con una propuesta de modificación de pensión compensatoria que puede dilatarse en el tiempo, pero que, sin duda, será transitoria y subsistirá mientras dure la incapacidad laboral del Sr. Millán, en definitiva se trata de una mera suspensión.

Debe declarar esta Sala que en la resolución recurrida no se da eficacia retroactiva a sus pronunciamientos sino que en base a la transitoriedad de la solución acordada, y para evitar una respuesta judicial tardía se valora la fijación de una fecha compatible con la demanda, de tal manera se responde al necesario equilibrio que con legitimidad solicita el demandante.

Por tanto, debe desestimarse el recurso al no infringir la doctrina jurisprudencial, dado que en ésta el pronunciamiento sobre alimentos es referido a un cambio prolongado, mientras que en el presente supuesto (pensión compensatoria) predomina la transitoriedad, sin que el suceso pueda calificarse de fugaz o efímero».

Se mantiene, por tanto, la irretroactividad de los pronunciamientos sobre modificación de medidas definitivas, pero **se admite la producción de efectos a partir de la interposición de la demanda cuando se trate de modificaciones transitorias**. Y, por supuesto, siempre que se haya solicitado de forma expresa en la demanda.

5. CONVIVENCIA MORE UXORIO PREVIA

Si bien la actual doctrina jurisprudencial prohíbe la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho, en los casos en que se haya producido una convivencia *more uxorio* seguida de matrimonio sin solución de continuidad, procede tener en cuenta el período completo. Así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 16 de diciembre 2015, recurso 1888/2014:

«Con tales antecedentes la decisión de la Sala se contrae a una sola cuestión: si partiendo de que no cabe aplicar por «*analogía legis*» el artículo 97 del Código Civil a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, cuando ésta precede a un matrimonio y posteriormente se produce la ruptura de éste, podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias de la etapa precedente, a la hora de decidir, como efecto de la ruptura matrimonial, sobre la pensión por desequilibrio que prevé y regula el artículo 97 del Código Civil».

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha establecido de forma reiterada (Sentencia de Pleno 12 septiembre 2015, recogida en las de 8 mayo y 30 octubre 2008, y 16 junio y 16 octubre 2011, entre otras), la inaplicabilidad del artículo 97 CC a las uniones de hecho, argumentando, en esencia, que no cabe imponer una compensación económica por el cese de la convivencia a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico (el matrimonio) que prevé dicho efecto para el caso de ruptura.

Sin embargo, dado que la propia doctrina de la Sala Primera en relación con el artículo 97 del Código Civil (SSTS de 20 julio 2015, recurso 1791/2014; 19 enero 2010 (Pleno), recurso 864/2010), establece que entre los factores a tener en cuenta para dilucidar si se produce o no desequilibrio económico y, en caso afirmativo, cuantificar la pensión y su duración, se encuentra la *situación anterior al matrimonio*, la Sentencia que comentamos llega a la conclusión de que se debe tener en cuenta el período de convivencia inmediatamente anterior dado que ha podido influir en el desequilibrio puesto de manifiesto en el momento de la ruptura matrimonial:

«Esta situación anterior, y teniendo en cuenta que la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2008, 10 de marzo de 2009 y 4 de diciembre de 2012), es de sumo interés. No

resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste, como sería el supuesto aquí contemplado de una convivencia *more uxorio* desde el año 2003 durante la cual la conviviente dedicó a esa convivencia sus esfuerzos y colaboración, merced a la relación sentimental que mantenía con el que luego llegó a ser su esposo, viendo quebradas sus expectativas y oportunidades laborales, según se recoge como hechos probados. Tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional con el recurrente tuvo lugar, según se ha expuesto, sin solución de continuidad, durante la unión de hecho y durante la convivencia conyugal, hasta que se produjo la ruptura de esta; por lo que debe computarse aquel tiempo de convivencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia admite fórmulas resarcitorias en caso de ruptura de parejas de hecho (STS de 12 septiembre 2005)».

Supuesto este que, en la práctica, tiene gran relevancia en la actualidad, puesto que en muchas ocasiones la celebración del matrimonio se dilata en el tiempo con motivo de las largas etapas formativas y/o de acceso al mundo laboral o profesional, comenzando no obstante la convivencia «en precario» hasta tanto los futuros contrayentes se encuentran en situación de formalizar su compromiso.

6. SEGURIDAD JURÍDICA CONTRACTUAL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre 2015, recurso 1722/2014, aborda un supuesto en el que el órgano *a quo* declaró la extinción de la pensión compensatoria establecida mediante pacto en el previo proceso de separación matrimonial, con fundamento en que «... si el art. 101 del C.C. dice que el derecho a la pensión (del art. 97 C.C.) se extingue, por convivir maritalmente el acreedor con otra persona, en puridad jurídica ha de decretarse el cese en el caso de esta pensión. Procede estimar este motivo del recurso al tratarse de un divorcio contencioso y ningún pacto puede establecer la no aplicación de una ley; y en el caso es de aplicación lo dispuesto en el art. 101 del C.C. por la convivencia de la Sra. Mónica con otra persona y con la que tuvo un hijo».

El Alto Tribunal comienza recordando que:

«Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 20 de abril y 10 de diciembre 2012; 25 de marzo 2014), la siguiente: 1º la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 de marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997».

Continúa afirmando la misma Sentencia que «El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre)».

No obstante, «Desde la perspectiva del artículo 101 CC, puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto de hecho normativo a que se refiere dicho precepto, y que fue causa de su reconocimiento (SSTS de 23 de enero y 10 de diciembre de 2012)».

A la vista de la doctrina citada, reitera el Alto Tribunal que cuando la pensión se haya fijado por los interesados de mutuo acuerdo en convenio regulador, lo relevante para declarar su extinción es el contrato o acuerdo existente, dado que se trata de un derecho disponible regido por el principio de autonomía de la voluntad:

«La autonomía de la voluntad tiene un límite y este no es otro que el que establece el artículo 1255 del C. Civil: la ley, la moral y el orden público, y no se advierte, porque nada se dice en la sentencia, de qué forma contraviene esta disposición el hecho de que las partes de común acuerdo hayan excluido de las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona.

Nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis, en el marco de un convenio regulador en el que se negocia y se transige sobre una suerte de medidas que las partes consideran mejor para el interés propio

y el de los hijos. Por tanto, en la sentencia recurrida se infringen los arts. 1225 y 1091 del C. Civil, al no tener en cuenta que las partes en el ejercicio de sus propios derechos llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión, y al interferir en dicho acuerdo sin precepto que lo autorice rompe con la **seguridad jurídica contractual**, como se dijo en la sentencia de 25 de marzo 2014».

Se mantiene, por lo expuesto, la pensión compensatoria, fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: A los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la ley, la moral y el orden público.

7. DESEQUILIBRIO SOBREVENIDO

La STS de 1 diciembre 2015, recurso 1761/2014, nos ilustra acerca del momento en el que debe apreciarse la existencia del desequilibrio económico. Dice así:

«La sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2014 declara como doctrina jurisprudencial que “el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial”, precisando la sentencia de 17 de diciembre de 2012 que, en principio, y salvo circunstancias muy concretas de vinculación económica entre los cónyuges, no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal».

En la Sentencia que comentamos, sin embargo, el Tribunal Supremo modula esta doctrina, afirmando que:

«No es, por tanto, un problema de tiempo de separación, sino de las circunstancias (que) se deben valorar en cada caso para ver si a la vista de un largo periodo de separación de hecho, sin petición económica alguna, cabe o no presumir la existencia de desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la ruptura. La sentencia de 30 de septiembre 2014 contempla una separación de cinco años que creó en la esposa «una situación consolidada de independencia económica y de autonomía patrimonial incompatible con la concepción de inestabilidad económica». Es decir, se niega la pensión a partir de una presunción de no existencia

de desequilibrio económico en el momento de la ruptura, que se destruye cuando, pese a una separación prolongada, los esposos han intercambiado ayudas económicas por parte de uno o de ambos o, cuando, como aquí sucede, no consta, como declara probado la sentencia, que *«ambas partes hayan asumido vidas económicas independientes, por lo que el transcurso del tiempo no ha sido suficiente para entender inexistente el citado desequilibrio»*.

A modo de resumen podría afirmarse, pues, que el desequilibrio se presume, a pesar de la separación prolongada, siempre que no se acredite la independencia económica de los ex cónyuges.

8. ¿CUÁNDO ES PRECEPTIVA LA RECONVENCIÓN?

Abordaremos en último lugar una cuestión procesal de indiscutible repercusión práctica, como es la necesidad o no de formular reconvencción para ejercitar pretensiones relacionadas con la pensión compensatoria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 noviembre 2013, recurso 157/2012, establece lo siguiente:

«PRIMERO. Plantea el recurso extraordinario por infracción procesal una cuestión ya resuelta por esta Sala en su sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012. Se refiere a la necesidad o no de reconvencción expresa para solicitar pensión compensatoria, cuando en la demanda se aborda directamente la cuestión postulando su no procedencia.

Esta Sala entiende, dice la sentencia, que cuando la LEC exige reconvencción expresa lo hace con el fin de someter a un régimen formal la ampliación o integración del objeto del proceso, de forma suficiente para garantizar la seguridad jurídico-procesal. En el supuesto en que la parte demandante se opone al reconocimiento de la pensión compensatoria, introduciendo el debate sobre su procedencia, debe admitirse que con ello integra en el objeto del proceso la pretensión relativa a la pensión por desequilibrio económico...cuando la parte demandante solicite que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla. Debe interpretarse, pues, que cuando el artículo 770.2.^a d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconvencción en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, no apreciables de oficio, “que no hubieran sido solicitadas en la demanda”, la naturaleza de

esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso».

Por lo tanto, la reconvencción expresa únicamente es necesaria cuando la pensión compensatoria no ha sido introducida previamente en el debate procesal por la parte demandante, aunque sea para negar su procedencia. En caso contrario, es imprescindible su petición a través del cauce reconvenccional.

9. CONCLUSIONES

La casuística relacionada con el derecho de familia evoluciona, si cabe, con mayor celeridad de la que se observa en otros ámbitos. Las unidades convivenciales que inspiraron la creación y regulación legal de instituciones tales como la pensión compensatoria, el desequilibrio económico o la convivencia *more uxorio* han variado de forma sustancial. Y, sin duda, continuarán haciéndolo en el futuro. Por ello resulta muy conveniente, cuando no imprescindible, que los órganos judiciales al interpretar y aplicar la ley en esta materia tengan bien presente «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»². Realidad social actual que sin duda tiene su reflejo en la evolución de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, una pequeña parte de la cual hemos analizado en este artículo.

² Artículo 3.1 del Código Civil.

DERECHO DE FAMILIA

El tratamiento de los aspectos económicos del matrimonio, durante la vigencia de la relación conyugal, así como en las situaciones de crisis matrimonial y fallecimiento de alguno de los cónyuges, constituye una temática de enorme interés y relevancia, en la que confluyen diferentes sectores del ordenamiento jurídico. La ordenación de los aspectos económicos es, asimismo, un elemento esencial en las relaciones convivenciales de hecho, fruto de innumerables conflictos cuando tiene lugar la ruptura. A esta interesante temática se dedicó el Congreso Internacional "Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja", convocado por el Instituto de Análisis y Desarrollo del Derecho de Familia en España (IDADFE) y celebrado en la Facultad de Derecho de Jerez los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2016, en el que intervinieron numerosos ponentes, miembros destacados de la doctrina española en Derecho de familia. Fruto del mismo es esta obra, donde se recopilan las aportaciones más interesantes allí expuestas y debatidas. Con ella el lector tendrá a su disposición la información actual y documentada de los múltiples problemas de orden patrimonial que se generan en el seno de las relaciones conyugales o de pareja y las soluciones más adecuadas y novedosas que nuestro ordenamiento jurídico ofrece al intérprete y al estudioso del Derecho.

