



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY
SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL
EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

I. ANTECEDENTES

Con fecha de 31 de julio del 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio El Anteproyecto fue remitido por la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 LOPJ.

La Comisión de Estudios e Informes en virtud de la aplicación de su protocolo interno acordó designar Ponente a la Excm. Sra. Vocal D^a Margarita Robles Fernández y, en su reunión de 16 de septiembre del 2013, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) a que se refiere el artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a las normas procesales a que se refiere el apartado e) del citado artículo.

Con carácter general, la función consultiva de este órgano constitucional ha sido entendida en términos amplios. Así, el CGPJ ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1 de la LOPJ, y un ámbito ampliado, que se deriva de la posición de este Consejo como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. Dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse se habrá de referir, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado.

Por otra parte, el Consejo también se reserva la facultad de expresar su parecer sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 CE. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

los preceptos y principios constitución, que vincula a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos.

En el presente caso, la facultad de informe deriva de la naturaleza procesal ínsita a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) cuya modificación contempla el Anteproyecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 108.1 e) de la LOPJ. Asimismo, algunos artículos del Código Civil, cuya reforma también se prevé, participan de aquella naturaleza, mientras que las modificaciones proyectadas de la normativa del Registro Civil y de mediación en asuntos civiles y mercantiles mantienen una estrecha vinculación con los procesos matrimoniales, al igual que los cambios de carácter sustantivo que el referido Anteproyecto contempla, en aspectos tales como el convenio regulador, las medidas judiciales a adoptar en defecto de acuerdo de los cónyuges y la temática relacionada con el régimen económico matrimonial. En fin, la importancia de la modificación proyectada aconseja que el informe aborde la totalidad de los aspectos afectados por la reforma.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

III.

ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO.

El Anteproyecto consta de cuatro artículos (primero a cuarto). El primero de ellos se desglosa en dieciocho apartados y modifica los artículos del Código Civil números 90 a 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 163, 170 y 1396, e introduce un nuevo artículo 92 bis.

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, todos de la LEC.

Los artículos tercero y cuarto 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.

El artículo quinto incide sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles. Consta de dos apartados, el primero de ellos incorpora a dicha Ley el artículo 2 bis, mientras que segundo tiene por objeto la modificación del artículo 16.

Por último, el Anteproyecto contiene dos disposiciones adicionales, una referida a la igualdad de género y otra al acceso a las viviendas; dos disposiciones transitorias, la primera de ellas versa sobre los procesos pendientes, mientras la segunda atañe a la revisión judicial de las medidas adoptadas conforme a la legislación anterior y, finalmente, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales cuyo contenido versa, respectivamente, sobre título competencial y la entrada en vigor.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cuanto a la metodología seguida en el informe cumple indicar que las citas referidas a la normativa en vigor se verifican mediante el correspondiente guarismo del artículo, seguido de los términos Código Civil, LEC o de la norma de que se trate. Las referencias a los preceptos afectados por el Anteproyecto se identifican por el número del artículo, sin otra mención añadida. No se aprecia riesgo de confusión, toda vez que la numeración de los artículos de las distintas leyes que son objeto de reforma no coincide en ningún caso.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

La primera observación que se formula viene referida a la denominación del Anteproyecto, que solamente contempla el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio. El ejercicio de la corresponsabilidad parental en los supuestos de ruptura del vínculo o de la convivencia matrimonial no es más que la implementación del haz de facultades inherentes a la patria potestad, en aquellos casos en que los progenitores dejen de vivir juntos. Así lo recoge el artículo 90.1 del Código Civil al detallar los extremos que deberá contener el convenio regulador, entre los que figura el denominado plan de ejercicio de la patria potestad conjunta junto a otros aspectos, tales como la contribución a las cargas familiares y los alimentos.

Del contenido del Anteproyecto claramente se infiere que su objeto abarca otros aspectos distintos de la corresponsabilidad parental, entre ellos la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cuando los hijos sean mayores de edad o no hubiera hijos; el régimen de gastos ordinarios, extraordinarios y cargas hipotecarias de la vivienda familiar (artículo 96); la pensión compensatoria regulada en el artículo 97; las modificaciones que se introducen respecto de los efectos de la admisión a trámite de las demandas de nulidad, separación y divorcio y, sobre todo, los cambios de índole procesal que atañen a la liquidación del régimen económico matrimonial, así como la delimitación del ámbito de la mediación en el contexto de las relaciones familiares. Teniendo en cuenta la extensión de objetiva del Anteproyecto, su título ofrece una información inexacta sobre su contenido y, por ello, se estima conveniente su sustitución por una denominación más acorde con su objeto, a fin de dotarle de mayor precisión.

La segunda consideración general no incide sobre ninguno de los aspectos objeto de modificación o reforma, sino sobre una cuestión ayuna de regulación específica por parte del Código Civil, concretamente los casos en que, existiendo hijos comunes, los progenitores no vivan juntos o bien dejen de convivir, sin que exista vínculo matrimonial entre ellos. Aun cuando el modelo familiar más extendido se asiente sobre el vínculo matrimonial, no cabe ignorar que existen otras modalidades de convivencia familiar, principalmente sustentadas en la existencia de hijos comunes; de ahí que la institución familiar y las relaciones que en su contexto surgen trasciendan del ámbito estrictamente matrimonial, como así lo reconoce el fundamento jurídico octavo de la STC 93/2013 en los siguientes términos:

“(…)Por otra parte, la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia, consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado en el caso de tales uniones a su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, a diferencia de lo que ocurre con la familia que se constituye jurídicamente en el momento de contraer matrimonio, sin perjuicio de afirmar que la protección que garantiza el artículo 39.1 CE se extiende en su caso a ambas. En efecto, hemos dicho en relación con la noción de familia a la que se refiere este precepto constitucional que, si bien “no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos ... como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España” (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4), nuestra Constitución “no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio”, no sólo por la regulación diferenciada de ambas instituciones, sino también por el carácter tuitivo con el que la Constitución trata a la familia, “protección que responde a imperativos ligados al carácter -social- de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural” (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5). Y esa familia, distinta a la que se constituye mediante el matrimonio, concebida como realidad social a la que se extiende la protección constitucional, ha sido entendida por este Tribunal como “la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja” (STC 47/1993, de 8 fe febrero, FJ 3)(...)”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

No se desconoce que tanto la doctrina constitucional como jurisprudencial han puesto de relieve las diferencias existentes entre el matrimonio y la convivencia “more uxorio”. Sobre este particular resultan sumamente ilustrativas las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico quinto de la STS 16/6/2011 que a continuación se transcriben:

“(...) En esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. La STS 611/2005, de 12 septiembre, del pleno de esta Sala, dice claramente que la configuración de la unión de hecho (...) aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 , cuando dice que las uniones "more uxorio", cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos - constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción". Los argumentos se fundamentan asimismo en la doctrina del TC, que se cita en la sentencia y se omite aquí para mayor claridad en la redacción.

Uno de los aspectos que no se admiten en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema. Pero ha quedado probado en la sentencia que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ahora se recurre, que no existía tal pacto, ni tan solo por hechos determinantes o facta concludentia. Por ello, la STS 1048/2006, de 19 octubre, dice que "Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia "more uxorio" el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por "analogía legis" de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la "analogía iuris" -como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por "facta concludentia" se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común- sentencia de 22 de febrero de 2006 ". (Ver asimismo SSTs de 40/2011, 7 febrero; 299/2008, 8 mayo y 1048/2006, 19 octubre)(..)".

Ahora bien, aunque la convivencia marital y el vínculo matrimonial no sean equiparables, ello no implica que las relaciones paterno-filiales subsiguientes a la ruptura de la convivencia extramatrimonial deban quedar exentas de regulación por parte del Anteproyecto, máxime cuando el artículo 39.2 de la Constitución garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, y la doctrina jurisprudencial ha entendido extensible el régimen jurídico previsto para la ruptura del vínculo o la convivencia matrimonial, en tanto afecte a las relaciones de los hijos con sus respectivos progenitores.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Desde esa perspectiva, la nueva regulación que el Anteproyecto ofrece en aspectos tales como el ejercicio de la patria potestad conjunta, los periodos de convivencia, el régimen de estancia y comunicación de los hijos con sus padres, la atribución de la vivienda familiar y la prestación por alimentos, debería aplicarse a cualquier situación de ruptura de la convivencia entre los progenitores con hijos comunes.

La medida propuesta ya se contempla en algunos ordenamientos autonómicos. Concretamente, Sección Tercera del Capítulo II del Título II del Código del Derecho Foral de Aragón (Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo) resulta de aplicación a cualquier ruptura de la convivencia con hijos a cargo, incluido los supuestos de nulidad, divorcio y separación y los procedimientos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores (artículo 75.1). Otro tanto cabe decir del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 234.7 prevé que en materia de ejercicio de la guarda de los hijos y relaciones personales se aplicarán a la pareja estable los artículos 233.8 a 233.13, preceptos estos que están previstos para los supuestos de nulidad, divorcio o separación matrimonial y versan sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad parental, el ejercicio de la guarda y las relaciones personales con abuelos y hermanos. Asimismo, el artículo 234.8 de la citada norma contempla la aplicación de lo previsto en los artículos 233-20.6 y 7 y 233.21 a 233-25 a los supuestos de convivencia marital, en materia de atribución o distribución del uso de la vivienda familiar. En definitiva, este Consejo considera que la reforma proyectada debería aprovecharse para extender toda la regulación concerniente a las relaciones paterno-filiales a cualquier supuesto de ruptura de la convivencia entre los progenitores, exista o no vínculo matrimonial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Uno de los aspectos a que el Anteproyecto confiere mayor relevancia es el denominado régimen de convivencia de los hijos con los progenitores, habida cuenta que tanto la Exposición de Motivos como la MAIN reflejan la decidida apuesta del prelegislador para que la custodia compartida constituya un modelo normal y ordinario. Así queda reflejado en la página 38 de la MAIN, al aludir a la rigidez del modelo actual -que también se achaca a las legislaciones autonómicas que se decantan por otorgar preferencia a la forma compartida de guarda y custodia-, lo que propicia, como así lo reflejan las estadísticas oficiales, que esta última modalidad tenga una implantación sustancialmente menor que la custodia exclusiva o monoparental.

La redacción dada por la Ley 25/2005, de ocho de julio, al número ocho del artículo 92 del Código Civil consagró un régimen excepcional de guarda y custodia compartida, salvo que mediase acuerdo entre los cónyuges, al establecer, como requisitos, el informe favorable del Ministerio Fiscal y que dicha opción sea la única que satisfaga el superior interés del menor. No obstante, la rigurosidad con que fue concebido el precepto ha quedado un tanto mitigada por el contenido de la STC 185/2012, que consideró contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que el dictamen favorable del Ministerio Fiscal tuviera carácter vinculante, y por la doctrina jurisprudencial, que se mostrado proclive a extender su ámbito de aplicación, al reconducir el significado de la excepcionalidad a la mera a la falta de acuerdo entre los cónyuges. De hecho, el fundamento jurídico segundo de la STS de 29/4/2013 establece el siguiente criterio al respecto:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

"(...)Pues bien, el artículo 92 CC - STS 19 de abril de 2012 - establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente ", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, 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.

Con todo, la literalidad de número ocho del artículo 92 del Código Civil condiciona la decisión judicial sobre la guarda y custodia compartida a que dicha modalidad sea el único régimen que proteja adecuadamente el interés del menor, lo cual impide que dicha opción sea plenamente equiparable a la guarda y custodia monoparental. Por ello, el hecho de que el prelegislador pretenda remover los obstáculos que impidan que la custodia compartida se configure como una modalidad ordinaria no es más que una opción de política legislativa que, además, se acomoda a las pautas jurisprudenciales consolidadas.

Dicho lo anterior, dos son las principales consideraciones que cabe formular respecto de la nueva regulación sobre la guarda y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

custodia conjunta. En primer lugar debe señalarse que aunque el modelo de custodia compartida pase a ser regulado como una alternativa normal, ello no implica, necesariamente, que dicha modalidad deba alcanzar un grado de implantación equivalente o superior a la guardia y custodia monoparental. En términos generales, la modalidad compartida resulta una opción ventajosa, en tanto posibilita que ambos progenitores participen activamente en el cuidado y la educación de los hijos, con el consiguiente reforzamiento de la cooperación entre los progenitores y la percepción, por parte de los hijos, de que sus padres continúan ejerciendo el rol que les es propio.

Ahora bien, tampoco deben pasar inadvertidos los inconvenientes que dicha modalidad comporta, entre ellos los derivados de los continuos cambios de domicilio que, para el hijo, supone el hecho de residir alternativamente con uno y otro progenitor –salvo que sean los padres quienes pasen a convivir en el domicilio del menor por periodos alternos- así como las disfunciones que puedan llegar a producirse en el ejercicio de las facultades tuitivas, cuando el grado de cooperación de los cónyuges sea escaso o las pautas educativas seguidas por estos últimos sean divergentes.

Por ello, en defecto de acuerdo por parte de los cónyuges, ha de entenderse que los cambios introducidos por el Anteproyecto solamente exigen que el órgano judicial se decante por el régimen de guarda que considere más conveniente para el interés del menor, conforme a las pautas contempladas en el párrafo segundo número dos del artículo 92 bis, pues el hecho de que la custodia compartida se regule en condiciones de igualdad con la modalidad exclusiva de custodia no tiene



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por qué dar lugar a una equiparación cuantitativa en cuanto a su aplicación.

La segunda consideración atañe al sistema seguido por el Anteproyecto para la adopción de la guarda y custodia compartida. Este aspecto será tratado con detalle en el apartado quinto del informe y, por ello, sólo se formulan unas valoraciones generales al respecto. Cuando exista acuerdo entre los cónyuges, el sistema compartido de custodia será refrendado judicialmente salvo que, de acuerdo a lo establecido 90.2, dicho acuerdo resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para los progenitores. En defecto de acuerdo, según reza el artículo 92. bis.1, será necesario que cada uno de los cónyuges inste la custodia para ambos o para sí mismo, y el juez considere que el establecimiento de ese modelo sea conveniente para la protección del superior interés del menor, prestando especial atención a los criterios recogidos en el ya mencionado párrafo segundo del número tres del artículo 92 bis.

Ciertamente, el modelo seguido por el Anteproyecto incorpora una novedad relevante, pues para que pueda adoptarse la fórmula compartida de guarda ya no será necesario que, al menos, uno de los progenitores así lo interese. Tal cambio contradice la doctrina jurisprudencial imperante, que considera improcedente la adopción de ese modelo cuando ninguno de los padres lo solicite. Sin perjuicio del análisis más detallado que se verificará al tratar el contenido del texto articulado, por ahora cumple decir que la opción seguida debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor.

El contenido del Anteproyecto no se agota con el aspecto anteriormente tratado, pues son múltiples las cuestiones objeto de reforma. Dado que el resto de cambios presenta, en términos generales, una relevancia menor, al objeto de no incurrir en reiteraciones innecesarias su tratamiento pormenorizado se traslada al apartado siguiente. No obstante, procede anticipar dos consideraciones generales sobre sendos aspectos de interés.

En primer lugar, debería reflexionarse sobre la conveniencia de mantener las limitaciones a la autonomía de la voluntad que, en el contexto del convenio regulador, introduce el Anteproyecto. Resulta paradójico que la Exposición de Motivos enfatice sobre las bondades del pacto entre los progenitores, mediante el empleo de una terminología paternalista que alude a la necesidad de alentar y concienciar a aquéllos sobre la importancia del acuerdo; sin embargo, por otra parte establece limitaciones al convenio alcanzado entre los cónyuges en lo relativo al cómputo de la prestación de alimentos, al extrapolar al marco del convenio regulador (artículo 90. 1 d) los parámetros establecidos para el supuesto de falta de acuerdo a que se refiere el artículo 93.1, más allá de los límites infranqueables reconocidos en el artículo 90.2, es decir, que lo acordado sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para los cónyuges. Sobre este aspecto se abundará en el apartado V de este informe.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por otra parte, dada la relevancia constitucional que reviste el tratamiento de la finalización del procedimiento penal por sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, de cara a la revisión del régimen de guarda y custodia adoptado por la imputación de alguno de los progenitores por la presunta comisión de cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 92 bis 5, párrafo segundo, debe indicarse que la omisión del sobreseimiento provisional, como supuesto habilitante de la revisión a que se ha hecho mención, incide negativamente en el derecho a la presunción de inocencia que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

V. ANÁLISIS DEL TEXTO ARTICULADO.

1.-CÓDIGO CIVIL

A) CONVENIO REGULADOR.

El artículo 90 es objeto de diferentes modificaciones, cuyo análisis se verifica a continuación. La primera novedad digna de mención se ubica en la letra a) del artículo 90.1, precepto que incorpora el denominado plan de ejercicio de la patria potestad conjunta. Dicho plan deberá incluir los pactos alcanzados por los progenitores respecto determinadas materias relativas a los hijos, tales como la forma de compartir decisiones que afecten a cuestiones relevantes para aquéllos, el cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, los períodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, el lugar o lugares de residencia de los hijos y, en cualquier caso, el lugar que se tendrá en cuenta a efectos de empadronamiento y, por último, las reglas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia o en el régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

En este punto, el Anteproyecto ha tomado como referentes el denominado “plan de parentalidad” regulado en el artículo 233.9 del libro Segundo del Código Civil de Cataluña y el “pacto de relaciones familiares” contemplado en el artículo 77 del Código de Derecho Foral de Aragón. La incorporación de esta figura merece una valoración positiva, principalmente porque exige de los progenitores una mayor concreción y detalle sobre determinados aspectos de la patria potestad que, entendemos, contribuirá a minorar las eventuales controversias derivadas de falta de acuerdo expreso sobre ciertos extremos. No obstante, en este apartado se formulan una serie de observaciones con la finalidad de mejorar el texto sometido a informe.

En el ordinal primero dispone que los progenitores deberán pactar la forma de compartir todas las decisiones que afecten a cuestiones relevantes para los hijos entre ellas, la salud, bienestar y residencia habitual. Básicamente, la redacción dada asume el contenido del artículo 233.9.2.g) del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante LSCCC), que prevé que el plan de parentalidad deberá recoger *“la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud, y el bienestar de los hijos”*. Sería aconsejable que los padres no se limitaran a acordar la forma de compartir decisiones, sino que también pactaran el modo y forma de decidir sobre los aspectos enunciados en el precepto, pues así se facilitaría el ejercicio conjunto de la patria potestad, en una situación en la que los progenitores no conviven. Por otra parte, la referencia a la vivienda



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

habitual resulta redundante, toda vez que el ordinal cuarto prevé un pacto específico sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos.

La letra b) contempla el eventual acuerdo sobre el régimen de relaciones de los hijos con sus hermanos, abuelos, otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquéllos. En relación con este aspecto, el Anteproyecto extiende el ámbito de los familiares susceptibles de relacionarse con los hijos, pues además de los abuelos también se cita a los hermanos y otros parientes o allegados. Ninguna objeción cabe formular respecto de la ampliación del ámbito familiar que se prevé, pues esa previsión concuerda con el derecho de los hijos a relacionarse con parientes y allegados que se reconoce en el artículo 160 del Código Civil y, en cualquier caso, siempre deberá prevalecer el superior interés de los hijos, todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de la comunicación entre hermanos.

La letra C) tiene por objeto la regulación de los aspectos relativos al sostenimiento de las cargas familiares y la prestación de alimentos por parte de los progenitores. El pacto deberá abarcar un amplio elenco de materias, ya que se contempla la diferenciación entre las necesidades ordinarias y extraordinarias, la periodicidad del pago, actualización de la cuantía, determinación del cese de la obligación y las garantías que se establezcan para su cumplimiento. Para la fijación de la cuantía se deberá atender, especialmente, a las necesidades de los menores, el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los padres, la capacidad económica de estos últimos, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Respecto de este último punto, el Anteproyecto traslada al ámbito del convenio regulador la previsión contenida en el número tres del artículo 93 para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios. Pero, y ahí radica la disfunción sistemática, mientras el proyectado régimen jurídico para el supuesto de determinación judicial se ciñe al cálculo de los alimentos por gastos ordinarios, la letra c) del artículo 90.1 c) no distingue entre necesidades ordinarias y extraordinarias y también engloba las cargas familiares, lo que origina el sinsentido de que para determinar la contribución a las “cargas familiares” –primera línea de la letra c) del artículo 90.1- se deba tener en cuenta “la contribución a las cargas familiares” –penúltima línea de la letra c) del artículo 90.1-.

Al margen de la deficiencia señalada, la principal objeción que merece el precepto trae causa de otros motivos. El vigente artículo 90.D del Código Civil dispone que el convenio regulador deberá contemplar la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como las bases de actualización y garantías en su caso. Al igual que el resto de las materias susceptibles de ser consensuadas a través del referido convenio, la normativa vigente no establece pautas o directrices a las que deban sujetarse los acuerdos alcanzados por los cónyuges, habida cuenta que, conforme dispone el referido artículo 90 en su segundo párrafo *“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 (...)”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La doctrina jurisprudencial (véase las SSTs de fechas 30/4/2013 y 4/11/2011, entre otras) ha precisado que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surjan como consecuencia del divorcio o la separación, pues el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, permite a los cónyuges acordar lo que estimen más adecuado a sus intereses. En fin, los cónyuges que opten por regular la situación subsiguiente a la nulidad, separación o divorcio a través del convenio regulador están obligados a contemplar los aspectos enunciados en las letras A) hasta F) del artículo 90 del Código Civil, pero no quedan constreñidos por norma imperativa alguna que limite la autonomía de la voluntad de aquéllos, siempre que los acuerdos alcanzados no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges.

El artículo 90.2 del Anteproyecto no incorpora novedad alguna, pues la redacción del primer inciso es idéntica a la del párrafo segundo del vigente artículo 90, de modo que, salvo que el juez aprecie que lo pactado en convenio sea dañoso para los hijos o gravemente lesivo para alguno de los cónyuges, deberá aprobar el acuerdo alcanzado por los cónyuges. Ahora bien, siendo esos los únicos límites que se establecen al pacto entre cónyuges, no se alcanza a comprender la razón por la que se traslada el contenido del artículo 93.3 –previsto para los casos en que el juez deba fijar la prestación por alimentos- al artículo 90.1 c, salvo que el prelegislador pretenda alterar, en materia de alimentos y cargas familiares, el principio de autonomía de la voluntad a que se ha hecho mención, para así imponer a los cónyuges la observancia de unas pautas para el cálculo de las citadas prestaciones que operarán con independencia de los límites mínimos a que se refiere el artículo 90.2.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Aun cuando la Exposición de Motivos sigue apostando por mantener la prioridad de lo acordado por los padres para la regulación de las relaciones familiares, salvo que los pactos sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges (véase el segundo párrafo de la página 8), en el segundo párrafo de la página 19 de la MAIN (apartado 1.1.c) expresamente se dice lo siguiente: *“La contribución a las cargas familiares (se dejan de llamar matrimoniales) y el abono de la pensión para alimentos de los hijos, tanto respecto de las ordinarias como extraordinarias, así como su extinción, debiendo tener como criterios para su determinación, además de las considerados hasta ahora de las necesidades de los menores y la capacidad económica de los padres, el tiempo de permanencia de éstos con los hijos, la atribución de la vivienda familiar, el lugar de residencia de los hijos, o la contribución al resto de las cargas”*. Como se observa, queda constatada la voluntad del prelegislador en orden a establecer criterios vinculantes para la fijación de la contribución a las cargas familiares y la prestación por alimentos, en el contexto del convenio regulador. Tal propósito debería ser repensado, pues más allá de los límites insalvables que establece el artículo 90.2, la autonomía de los intervinientes no debería ser constreñida con criterios de obligada observancia.

Amén de los problemas interpretativos derivados de la contradicción entre lo establecido entre el apartado c) del número uno y el número dos, ambos del artículo 90, no cabe ignorar que la medida proyectada podría redundar en una mayor dificultad para lograr acuerdos sobre la contribución a las cargas familiares y los alimentos, lo cual supondría un correlativo incremento de la litigiosidad. Finalmente,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

como argumento A Fortiori cumple decir que en relación con la pensión compensatoria, la letra e) del artículo 90.1 no establece criterio alguno para su fijación mediante convenio regulador -al igual que la normativa vigente-, de manera que los cónyuges podrán regular tal cuestión conforme al resultado de la autonomía de la voluntad, sin obligación de sujetarse a los parámetros establecidos en el artículo 97, precepto que únicamente prevé la aplicación de los criterios en él contemplados a los casos de falta de acuerdo entre los cónyuges.

La letra d) viene referida a la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, siempre que no se les hubiera dado un destino definitivo. Las principales novedades que incorpora el Anteproyecto se refieren a la previsión de los supuestos de cese de la atribución, así como la repercusión de tal asignación sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la prestación por desequilibrio económico. La única observación que se formula versa sobre este último aspecto se anuda a las consideraciones formuladas en relación con lo estatuido en la letra c), en relación con la limitación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

La letra e) no establece ningún cambio respecto del vigente régimen jurídico, mientras que la letra f) no sólo contempla el pacto relativo al inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio, pues también se extiende a la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si la hubiera. Dicho en esos términos, cabría entender que los intervinientes deberán acordar necesariamente la división de la cosa común, lo cual no tiene por qué responder, en cualquier circunstancia, al interés de los cónyuges. Por ello, se sugiere modificar la redacción conforme a lo previsto en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo 95, segundo párrafo, de manera que la división de la cosa común tenga carácter potestativo.

La letra g) introduce la posibilidad de que los intervinientes puedan recurrir a la mediación familiar, bien para dirimir divergencias derivadas de la aplicación del convenio regulador o para modificar algunos de los pactos alcanzados. Tal previsión resulta plausible, en tanto que dota a los cónyuges de un instrumento útil para resolver eventuales conflictos o adaptar la regulación de sus relaciones a nuevas circunstancias que puedan surgir.

El número dos del artículo 90 versa sobre dos aspectos diferentes. Por una parte, mantiene la vigente regulación respecto de la necesidad de aprobación judicial del convenio regulador, que será obligatoria salvo que los acuerdos resulten dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para los cónyuges; que la denegación de los acuerdos requerirá de resolución judicial motivada y que, desde la aprobación judicial, los acuerdos alcanzados podrán hacerse efectivos por vía de apremio.

Por otra parte, el Anteproyecto extiende el ámbito subjetivo de las relaciones familiares de los hijos menores, pues junto con los abuelos también se contemplan a los hermanos y otros parientes o allegados. Para que el juez apruebe el régimen de relación familiar será necesario que así se recoja en la propuesta del convenio y conste el consentimiento de los familiares. En este punto, sería conveniente que el Anteproyecto diferenciara, en lo relativo a las relaciones con los hermanos, si éstos son mayores o menores de edad, pues es evidente que si no han alcanzado la mayoría de edad no parece procedente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

condicionar el régimen de relación a su aquiescencia, máxime cuando el artículo 92 bis 7 considera de interés prioritario no separar a los hermanos.

Los números tres y cuatro no incluyen variación alguna respecto del régimen jurídico actual, en lo relativo a la modificación de las medidas por cambio de circunstancias y en lo concerniente al establecimiento de garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

B) MEDIDAS RELACIONADAS NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE CARÁCTER CONTENCIOSO.

1. Artículo 91:

Una de las novedades que el Anteproyecto incorpora al referido artículo figura en el párrafo segundo del número uno, que faculta a los progenitores a canalizar sus peticiones al órgano judicial conforme al esquema establecido en el artículo anterior, en particular mediante la presentación de un plan de corresponsabilidad parental respecto de los hijos menores.

Por otro lado, expresamente se dispone que los padres puedan someter sus discrepancias a un mediador familiar, bien con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales o en cualquier momento posterior. El juez también podrá proponer a las partes una solución mediada al conflicto, siempre que atendiendo a las circunstancias concurrentes estime viable el acuerdo. No obstante, los acuerdos alcanzados a través de la mediación familiar deberán ser aprobados por el juez, en los términos previstos para el convenio regulador.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. Artículos 92 y 92 bis.

El régimen jurídico establecido en el artículo 92 del Código Civil se desglosa en dos artículos, concretamente el 92 y el 92 bis, los cuales introducen una serie de modificaciones que serán tratadas a continuación.

El artículo 92 reafirma la necesidad de salvaguardar el prioritario interés del menor, el completo y efectivo respeto de sus derechos, su desarrollo integral y el derecho a ser oído; de ahí que cuando el juez deba adoptar cualquier medida relativa a la patria potestad o a la custodia, cuidado o educación de los hijos (número dos) deberá observar escrupulosamente las anteriores pautas.

En sintonía con lo establecido en el artículo 156, se prevé que en los supuestos de nulidad, separación y divorcio la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o, en su caso, por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, excepto si el juez, en interés de los hijos, acuerda que sea ejercida total o parcialmente por uno solo. También podrá el juez acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se acredite que alguno de los padres se encuentra incurso en causa de privación.

El artículo 92 bis tiene por objeto la regulación del ejercicio de la guardia y custodia de los hijos “in potestate”. Dada la amplitud de esta materia, se estima conveniente analizar separadamente los diferentes aspectos del precepto objeto de estudio, a cuyo fin se propone el siguiente esquema: a) Régimen ordinario de guarda y custodia; b) Prohibiciones y c) Régimen excepcional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

a) Régimen ordinario.

El número primero del precepto estatuye que el juez podrá acordar, en interés de los hijos, que la guarda y custodia sea ejercida por uno solo de los progenitores o por los dos de forma compartida. El referido mandato encierra una verdadera declaración de intenciones, que es acorde con las consideraciones que figuran en la Exposición de Motivos, ya que contempla la custodia compartida bajo el prisma de la normalidad. En el párrafo segundo se enuncian los requisitos necesarios para que quepa otorgar la guarda y custodia compartida que, a saber, son los siguientes: mutuo acuerdo de los progenitores, bien manifestado en la propuesta de convenio regulador o durante la tramitación del procedimiento; si no mediare acuerdo, cuando cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

El Anteproyecto ofrece al órgano judicial un elenco de directrices, de cara a dilucidar cuál el régimen más adecuado al caso concreto. Algunas vienen referidas a lo que cabría denominar el fondo del asunto, es decir, a las circunstancias que deberá tener en cuenta el juzgador para decantarse por el régimen de guarda y custodia (párrafo segundo del número tercero), mientras que otras son de carácter instrumental, en tanto que constituyen una fuente de conocimiento sobre las circunstancias concurrentes al caso. Conforme establece el párrafo segundo del artículo 92 bis 3, los aspectos relevantes para la concesión de la custodia compartida son los siguientes:

1. Edad, opinión, arraigo social, familiar y escolar del menor.
2. Tipo de relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3. Aptitud, voluntad e implicación de los progenitores para asumir los deberes y respetar los derechos del otro, así como la predisposición a cooperar para garantizar la relación con ambos progenitores.
4. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
5. Ubicación de las residencias habituales de los padres.
6. Estructuras de apoyo a los respectivos ámbitos de los padres.
7. Número de hijos.
8. Cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos, que sea de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Por otra parte, los instrumentos que el Anteproyecto brinda al juez para valorar qué régimen de guarda y custodia resulta adecuado son el informe del Ministerio Fiscal; la opinión de los menores cuando se estime necesario, de oficio o a petición del Fiscal, de las partes, del Equipo Técnico Judicial o del propio menor; las alegaciones de las partes efectuadas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella. Por otra parte, el número cuatro del citado artículo faculta al juez para que, de oficio o a instancia de parte, pueda recabar el dictamen de expertos cualificados sobre la idoneidad del ejercicio de la patria potestad, el régimen de guarda y custodia y, en su caso, el régimen de relación con el progenitor no conviviente u otras personas.

Siendo esas las líneas maestras diseñadas por el Anteproyecto, antes de formular las consideraciones que el proyectado régimen jurídico suscita, se estima pertinente reflejar cuáles son los aspectos más relevantes del régimen jurídico actualmente en vigor, para así contrastar el alcance real de las modificaciones que se pretenden



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

introducir. Según establece la normativa vigente, la guarda y custodia compartida podrá adoptarse con carácter ordinario cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento (artículo 92.5 del Código Civil). Excepcionalmente, podrá adoptarse sin la concurrencia de los requisitos indicados, siempre que esa opción sea la única fórmula que proteja adecuadamente el interés superior del menor (artículo 92.8). En este último caso, aun cuando se requiere el informe del Ministerio Fiscal, ya no es necesario que dicho dictamen sea favorable, conforme a lo resuelto en la STC 185/2012.

La doctrina jurisprudencial ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y contenido de los apartados 5 y 8 del artículo 92 y. Los rasgos más importantes de la doctrina elaborada sobre la cuestión tratada son los siguientes:

a) La guarda y custodia compartida no debe ser contemplada como una medida excepcional, pues esta opción permite que los hijos sigan relacionándose del modo más razonable con cada uno de los progenitores. En consecuencia, la aplicación de ese régimen debe considerarse normal, salvo que sea perjudicial para el hijo (STS 29/4/2013).

b) El número cinco del artículo resultará de aplicación cuando ambos progenitores soliciten la guarda y custodia compartida, mientras que si solamente uno de ellos lo interesa, la concesión de dicho régimen estará sujeta a los requisitos del artículo 92.8. En cualquier caso, es requisito necesario que la guarda y custodia compartida se interese, al menos, por uno de los progenitores (SSTS 29/4/2013 y 19/4/2012).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) La excepcionalidad a que se refiere el artículo 92.8 debe interpretarse en relación con el número cinco del referido artículo y, por tanto, se entenderá que concurre cuando no haya acuerdo entre los cónyuges respecto de la guarda y custodia compartida (SSTS de 22/7/2011 y 25/5/2012).

d) La interpretación de los apartados cinco, seis y siete del artículo 92 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, la cual se acordará en atención a los siguientes criterios: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el número de hijos, el cumplimiento por 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 (STS de 29/4/2013).

Como se observa, pese a la literalidad del artículo 92.8 del Código Civil, el ejercicio compartido de la guarda y custodia no se configura como un modelo de aplicación extraordinaria principalmente porque la doctrina jurisprudencial, en la labor exegética que le es propia, ha proclamado la normalidad de la aplicación del citado régimen tuitivo.

La principal modificación que incorpora el Anteproyecto se contiene en el último inciso del segundo párrafo del número uno del artículo 92 bis, toda vez que el juez podrá acordar la custodia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

compartida aun cuando ninguno de los progenitores interés la adopción de tal régimen, con tal que cada uno de los cónyuges inste para sí la custodia monoparental. En concreto la redacción del precepto es la siguiente: *“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 del 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 modificación transcrita no se acompasa con la doctrina jurisprudencial recogida en la STS de 29/4/2013 que, como ya se ha indicado, exige que al menos alguno de los padres solicite la aplicación de la referida modalidad. Ciertamente, la doctrina jurisprudencial invocada trae causa de la normativa vigente; por ello, en principio nada cabe objetar respecto de un cambio normativo que, consecuentemente, altere las pautas interpretativas establecidas. No obstante, tal cambio es susceptible de valoración desde diferentes perspectivas.

En una primera aproximación cabría plantear la eventual incongruencia a que podría abocar la concesión de una modalidad de guarda y custodia otorgada “ex officio” por el juez. Sin embargo, como pone de manifiesto la STC 4/2001, en los procesos matrimoniales no rige en su totalidad el principio dispositivo y, de ahí que en un supuesto en que la sentencia de apelación estableció el régimen de guarda y custodia compartida, el cual no habría sido interesado por ninguna de las partes intervinientes en el recurso de apelación, desechó la existencia del vicio de incongruencia bajo la siguiente argumentación:

(...)El razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan la potestad reconocida en el artículo 117.3 (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (artículo 117) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones.

Y precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges (artículo 90, párrafo 2, Código Civil), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección (artículo 103 CC, reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (ATC 100/1987, de 28 de enero). Por ello en la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo la oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de "ius cogens", por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional "stricto sensu" (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo , y 291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio, "la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio".

Por lo que al derecho comparado se refiere, la STS de fecha 8/10/2009 detalla que algunos sistemas jurídicos sólo permiten el establecimiento de la guardia y custodia compartida cuando existe acuerdo entre los cónyuges (Alemania y Noruega), mientras que otros facultan al juez para conceder la referida guarda en supuestos en que no exista tal acuerdo, con tal que ello redunde en interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, entre otros). Por otra parte, la legislación autonómica se muestra proclive al otorgamiento de la guarda y custodia conjunta en supuestos de desacuerdo entre los progenitores. Ejemplo de ello es el artículo 5.2 de la ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, cuyo artículo 5.2 prevé, como regla general, que se 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 ambos. El número dos del artículo 233.10 del LSCCC también se decanta por el mismo criterio, al establecer que *"La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda y ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 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, el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón claramente apuesta por la custodia compartida como sistema preferente, y así el número cinco del artículo citado establece que *“La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor”*.

Una vez reflejado el panorama que ofrece el derecho comparado y la legislación autonómica procede abordar, sin más preámbulos, el aspecto nuclear de la cuestión que ahora ocupa. Prescindiendo de condicionantes apriorísticos derivados de la posición, crítica o favorable, que se mantenga respecto de la extensión del ámbito de aplicación de la custodia compartida, lo cierto es que desde la perspectiva abstracta del superior interés del menor no parece que deba desecharse la adopción de esa modalidad, por el simple hecho de que no exista acuerdo al respecto por parte de los padres pues, aun en esos casos, es posible que ese modelo sea el que mejor se adecue a las necesidades de los hijos menores. Sin embargo, no debe pasar inadvertido que si ninguno de los cónyuges estiman pertinente el establecimiento del sistema de guarda conjunta que, por definición, exige de aquéllos una especial predisposición para facilitar que las relaciones con los hijos “in potestate” se desarrollen de manera flexible y fluida, tal dato alumbra un pronóstico desfavorable acerca de su funcionalidad, pues la renuente actitud de los principales protagonistas no augura, precisamente, una voluntad adecuada para mantener, en el futuro, la colaboración necesaria para que el ejercicio de las facultades tuitivas y educativas sea fructífero.

Si bien la falta de acuerdo no debe considerarse un obstáculo “a priori” insalvable cuando, al menos, uno de los progenitores interese el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

establecimiento de la guarda y custodia compartida, si ninguno de los padres solicita la implantación de aquel modelo es evidente que descartan esa opción por inadecuada al caso y, de ahí que resulte difícil entrever que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción que se acompañe con la salvaguarda del superior interés del menor. Por ello, la modificación llevada a cabo en ese punto puede abocar que la guarda y custodia compartida sea fijada a modo de solución salomónica que, entendemos, no comportará ventaja o utilidad alguna respecto del criterio jurisprudencial imperante y, además, al no haber sido solicitada expresamente por alguno de los progenitores, es previsible que su otorgamiento sea cuestionado a través del cauce procesal establecido al efecto.

En fin, si bien parece razonable que el Anteproyecto regule la modalidad compartida de custodia bajo el prisma de la normalidad, lo que carece de sentido es alterar el criterio jurisprudencial asentado, a través de una modificación que difícilmente puede revertir en interés de los hijos, ni servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las funciones inherentes a la guarda y custodia. Por el contrario, es más que previsible que el otorgamiento de oficio de la guarda conjunta agudice las tensiones y controversias que, frecuentemente, pueden surgir tras la ruptura de convivencia, en un aspecto tan trascendente como es la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos.

En cualquier caso, si el prelegislador considera que en algunas situaciones la guarda conjunta debiera ser aplicada en algún caso, pese al criterio contrario de ambos progenitores, sería preciso mantener la excepcionalidad que recoge el vigente artículo 92.8, de manera que tal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

opción sólo fuera factible cuando únicamente de ese modo se protegiera adecuadamente el interés del menor.

Por último, en relación con el tema tratado debe destacarse que la redacción del último inciso del párrafo segundo del artículo 92 bis debería ser enmendada, pues los términos empleados no revisten la claridad deseable, hasta el extremo de dificultar la comprensión del mandato. Dejando a salvo las consideraciones efectuadas anteriormente, sería suficiente con que el inciso indicase que la guarda y custodia conjunta también podrá otorgarse, en defecto de acuerdo, cuando ambos progenitores recaben para sí la guarda y custodia de los hijos, bien sea de manera compartida o exclusiva.

El primer párrafo del número dos del artículo 92 bis establece que el juez deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor no custodio o, en su caso, durante el período que no convivan con los padres, debiendo determinar el tiempo, modo y lugar para su ejercicio. Nada cabe objetar a la regulación proyectada sobre ese punto, si bien, debería corregirse la falta de concordancia de los términos “convivan con ellos”, pues si se refiere al progenitor, el uso del plural “ellos” no procede, mientras que si alude a los hijos, el vocablo “convivan” es inadecuado.

También se prevé, en el párrafo segundo, la posibilidad de establecer un régimen de comunicación con los abuelos, hermanos, parientes y allegados, con tal que no medie oposición de éstos y dicha relación redunde en interés del menor. Sobre este particular, se vuelve a insistir en que el requisito de que los hermanos no se opongan solamente se debería ser exigido si fueran mayores de edad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El primer párrafo del número tres no suscita consideración alguna, pues sustancialmente reproduce el contenido del número seis del artículo 92. El segundo párrafo incorpora un listado de circunstancias a las que el juez deberá prestar especial atención para establecer el régimen de guarda y custodia, relación y comunicación con el progenitor no conveniente y con parientes y allegados. El hecho mismo de incorporar un catálogo de esa naturaleza merece una valoración positiva, pues como pone de relieve la STS 8/10/2009, a diferencia de otros sistemas extranjeros, hasta ahora el Código Civil no contiene una lista de criterios que permitan determinar, en cada caso, qué circunstancias deben ser tomadas en consideración para justificar el superior interés del menor cuando existan discrepancias entre los padres. Por ello, la referida sentencia, al igual que la STS de 29/4/2013, ha recogido un elenco de aspectos a tener en cuenta para ese menester que, en esencia, se ven reflejados en el Anteproyecto, si bien el tenor del segundo párrafo del artículo 92 bis tres es de mayor extensión.

En general, la mayoría de los aspectos contemplados se consideran pertinentes, ya que permiten deducir si la custodia compartida o, en su caso, la fijación de un régimen de comunicación o de relación más o menos amplio resulta conveniente. Sin embargo, convendría reflexionar sobre el mantenimiento de algunas de las circunstancias que el Anteproyecto recoge.

Uno de los criterios que deberá atender el juez es la relación que los padres mantengan entre sí. La doctrina jurisprudencial ha hecho hincapié en que *“las relaciones entre los cónyuges, por sí solas, no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor” (STS de fecha 22/7/2011). Por ello, en la medida que el Anteproyecto incorpora criterios, tales como la relación de los hijos con los padres, la aptitud, voluntad e implicación de estos últimos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores, sería conveniente eliminar la referencia a las relaciones entre los cónyuges, en sintonía con el contenido del artículo 233.11 del SLCCC y el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Otro criterio que debería ser repensado es el relativo a “la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres”, ya que no es fácil comprender el verdadero alcance y contenido de dicha pauta y, sobre todo, porque las referencias a las posibilidades de conciliación de la vida personal y familiar y la fijación de cláusula de cierre –cualquier otra circunstancia concurrente a los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia- hacen innecesaria la referencia a estructuras de apoyo, que en el común de las ocasiones pueden ser prescindibles.

El número cuatro faculta al juez para recabar, de oficio a instancia de parte, dictámenes a expertos debidamente cualificados relativos a régimen de guardia y custodia, relación y comunicación de los menores. En este punto, el Anteproyecto esencialmente recoge lo dispuesto en el artículo 92.9 del Código Civil.

b) Prohibiciones de atribución de guarda y custodia.

El artículo 92.7 del Código Civil dispone que *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Dicho precepto fue introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Sobre la delimitación de su contenido resultan de particular interés los criterios interpretativos que recoge la circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer. En la conclusión vigésimo quinta se vierten tres consideraciones de interés al caso: la primera se refiere al supuesto en que el progenitor que se halle incurso en un procedimiento penal de violencia de género o doméstica, o cuando de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas en el procedimiento civil el juez advierta de la existencia de indicios fundados de aquella violencia. En esos casos, deberá entenderse que la prohibición de atribución de la guarda y custodia conjunta también se extiende a la custodia individual.

La segunda viene referida a la finalización del proceso penal por sentencia absolutoria, sobreseimiento libre o sobreseimiento provisional. En esos supuestos cabrá revisar la resolución civil que haya vetado la atribución de la guarda y custodia al cónyuge incurso en el procedimiento penal. Por último, se afirma que la simple denuncia no es suficiente para prohibir el ejercicio de la facultad tuitiva antes referida, ya que es necesario que se objetiven indicios fundados de criminalidad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por su parte, el Anteproyecto lleva a cabo una importante reforma del régimen jurídico vigente y así, el artículo 92 bis distingue los siguientes supuestos.

a) La condena penal por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos impedirá que al cónyuge condenado se le atribuya la guarda y custodia de los hijos, tanto individual como compartida, así como cualquier régimen de estancia, relación y comunicación. Dicha prohibición perdurará hasta la extinción de la responsabilidad penal. Tras la extinción de la citada responsabilidad el juez valorará si procede revisar el régimen de guarda y comunicación, 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 fijar un régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos, atendiendo al superior interés de los menores, los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 92 bis.3 y la peligrosidad del condenado (párrafo primero del artículo 92 bis 5).

b) La constatación, por resolución judicial motivada, de indicios fundados y racionales de criminalidad por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados indicados en el párrafo anterior, impedirá la atribución de la guarda y custodia, tanto individual como compartida, al progenitor incurso en el procedimiento. Dicho régimen jurídico será también aplicable cuando el juez del procedimiento civil infiera, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de tales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

hechos delictivos, siempre que el delito no estuviera prescrito (párrafo segundo del artículo 92 bis único).

c) La sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre recaído en el proceso penal serán causa de la revisión régimen de guarda a petición de parte (párrafo segundo del artículo 92 bis cinco).

Varias son las consideraciones que merece el marco normativo que el Anteproyecto pretende establecer sobre este punto. El primer párrafo del número cinco establece un régimen de mayor rigor basado, por una parte, en la condena penal firme y, por otra, en la naturaleza jurídica de la infracción penal cometida. En esos casos, la prohibición afecta a la guarda y custodia y, salvo casos excepcionales, al régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos.

El párrafo segundo prevé un régimen menos severo, pues no prohíbe el régimen de estancia, relación y comunicación, y se basa en la existencia de indicios fundados de haber cometido cualquiera de los atentados a que se refiere el párrafo anterior o, también, una infracción penal relacionada con la violencia de género o la violencia doméstica.

Dada la sistemática seguida por el precepto, cuando el juez penal aprecie indicios fundados de la comisión de cualquier delito enunciado en el párrafo primero del artículo 92 bis.5, conforme al mandato contenido en el párrafo segundo el juez civil solamente podrá otorgar al progenitor concernido un régimen de estancia, relación y comunicación. En puridad, la concesión de dichos derechos debería suprimirse, salvo casos excepcionales, si finalmente recae sentencia firme condenatoria, pues la lógica del sistema diseñado así lo exige. No obstante, el número



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ocho del artículo 92 bis no habilita expresamente tal modificación, ya que solamente contempla, como circunstancia específica, el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos a los progenitores, siempre que así lo aconseje el interés del menor. Tal omisión debería enmendarse, pues si el prelegislador ha establecido un régimen más severo para los supuestos de condena penal firme, también debería contemplar la aplicación del régimen jurídico aludido en los casos que, previamente, se hubieran establecido las medidas previstas para los supuestos de apreciación de indicios de criminalidad y, ulteriormente, recaiga sentencia condenatoria.

Sin embargo, si los indicios fundados de criminalidad recayesen sobre un delito distinto de los previstos en el párrafo primero del número cinco del artículo 92 bis, por ejemplo, un delito de violencia doméstica por las lesiones causadas a un ascendiente del otro cónyuge, el Anteproyecto nada dice sobre las consecuencias que ello supondría para el régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos en caso de condena, por lo que cabe inferir que, en ese caso y otros semejantes, la sentencia firme condenatoria no agravaría los efectos de la imputación en el proceso penal. No obstante, sería conveniente que el Anteproyecto expresamente abordara este aspecto, para así despejar cualquier eventual duda que pudiera surgir.

En relación con la violencia de género, el régimen previsto para la apreciación de indicios fundados de criminalidad no resulta problemático, pues el párrafo segundo menciona expresamente aquella categoría, al igual que los atentados previstos en el párrafo primero. Sin embargo, como el tantas veces reiterado párrafo primero del artículo 92 bis. 5 prevé un régimen especialmente riguroso por la comisión de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ciertos delitos en la persona del cónyuge, apreciada en sentencia firme, mas no para los delitos relativos a la violencia de género, para el caso de que recayera condena penal por un delito susceptible de ser encuadrado en ambas categorías, podrían surgir dudas sobre si el régimen aplicable sería el previsto en el párrafo primero o, por el contrario, el establecido en el párrafo segundo.

Piénsese en la condena penal por un delito de lesiones en la persona del cónyuge previsto en el artículo 153.1 del Código Penal; dicho delito puede ser encuadrado en la violencia de género recogida en el párrafo segundo, o bien como un atentado contra la integridad física del cónyuge, contemplado en el párrafo primero. En ese caso, las consecuencias de ser inculcado en una u otra categoría serían diferentes si recayera sentencia penal firme, ya que, en función de la catalogación por la que se opte el régimen de estancia, relación y comunicación sería distinto. Por ello, para evitar problemas interpretativos se propone incluir los delitos de violencia de género dentro del primer párrafo, de conformidad con la sistemática seguida en el párrafo segundo, en el cual se contempla específicamente dicha violencia junto con los atentados contra el cónyuge y los hijos a que se ha hecho mención.

Por otra parte, aunque en virtud del principio de presunción de inocencia, las consecuencias de la incriminación basada en indicios fundados de actuación delictiva no es equiparable a la condena firme, en determinados casos no es descartable que la gravedad de los hechos delictivos aconseje evitar cualquier tipo de estancia, relación o comunicación con los hijos, por parte del progenitor afectado por la resolución que aprecie indicios fundados de criminalidad. Por ello, el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

párrafo segundo del artículo y número indicado debería facultar al juez civil para privar del referido régimen en supuestos de notoria gravedad.

Otro aspecto a tratar versa sobre la apreciación, por parte del juez civil, de indicios de la comisión de los delitos indicados en el párrafo segundo del artículo anteriormente indicado. Ciertamente es, que en esencia se mantiene el régimen jurídico vigente (artículo 92.7 del Código civil), pero, conforme al criterio sustentado por el circular 6/2011 de la FGE, se estima procedente que en este último supuesto expresamente se establezca, a cargo del juez civil, la obligación de deducir testimonio al orden jurisdiccional penal, pues ello posibilitaría la eventual revisión de las medidas adoptadas por el aquél cuando en el procedimiento penal incoado recayera sentencia absolutoria, se sobreseyeran las actuaciones o resultara procedente la aplicación de lo previsto en el párrafo primero del artículo 92 bis cinco si, finalmente, se dictara sentencia de condena.

En cuanto a la posibilidad que se confiere al juez civil para apreciar la prescripción de los hechos, cumple decir que tal medida se acomoda a lo previsto en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, la prescripción antes referida debe ser contemplada como una cuestión prejudicial penal surgida en el contexto de un procedimiento civil, respecto de la cual el órgano judicial, por expresa previsión legal, queda facultado para resolver en el ámbito jurisdiccional que le es propio.

La sentencia absolutoria y el sobreseimiento libre son las únicas circunstancias que el Anteproyecto considera susceptibles de dar lugar a la revisión del régimen de guarda y custodia, cuando previamente se haya



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dictado resolución, en el proceso penal, en cuya virtud se constaten indicios racionales y fundados de criminalidad respecto de uno de los cónyuges. En este punto, el Anteproyecto se aparta del criterio interpretativo fijado por la Circular 6/2011 de la FGE, pues ésta contempla también los supuestos en que se hubiera acordado el sobreseimiento provisional, al amparo de lo previsto en el artículo 641.1 de la Lecrim. (Véase la conclusión vigésimo quinta de la referida Circular).

El hecho de que el anteproyecto se separe de las pautas interpretativas establecidas por la referida Circular constituye una opción legítima. Ahora bien, desde una perspectiva constitucional la cuestión objeto de análisis presenta un perfil diferente, que se anuda a la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución.

El fundamento jurídico cuarto de la STC 34/1983 es categórico al afirmar que *“Al llegar a esta conclusión, la Sala tiene también en cuenta, a mayor abundamiento, que el auto de sobreseimiento provisional, por su propia naturaleza, no puede jurídicamente afectar a la presunción de inocencia y, en consecuencia, el sobreseído ha de ser tenido como inocente a todos los efectos, incluido por supuesto el ejercicio de sus derechos, dado que no se ha producido una decisión condenatoria en forma de sentencia”*. Por su parte, la STC 40/1988 aborda un supuesto en que la recurrente interesó, expresamente, que se acordara a su favor el sobreseimiento libre de los hechos, dado que sus efectos son equiparables a la sentencia absolutoria, en vez del sobreseimiento provisional acordado. Al abordar el Tribunal la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en el fundamento jurídico cuarto



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

consignó los siguientes razonamientos *“Tampoco puede admitirse en el recurso que se enjuicia, que haya violado el derecho de D^a María Teresa a la presunción de inocencia. En nuestro Derecho Constitucional no existe derecho del ciudadano a una declaración de su inocencia sino el derecho a ser presumido inocente, lo que equivale, como en numerosísimas ocasiones ha declarado este Tribunal, a que la condena sea precedida por una suficiente actividad probatoria de cargo. Desde ese punto de vista, lejos de haber violado su derecho a la presunción de inocencia, la solicitante de este amparo se ha visto plenamente favorecida por él a partir del momento en que el Ministerio Fiscal decidió no formular ningún tipo de acusación pidiendo para ella el sobreseimiento de la causa y la revocación del procesamiento. Por lo demás, es claro que también la AP de Barcelona en la resolución impugnada hace expresa protesta de la presunción de inocencia de que para ella goza D^a María Teresa”*.

Conforme a la doctrina trascrita, el sobreseimiento provisional debería incluirse dentro de los supuestos que dan lugar a la revisión del régimen de guarda y custodia. De mantenerse la actual redacción se limitarían los efectos de la presunción de inocencia solamente al ámbito penal, y se abocaría al progenitor afectado a padecer las consecuencias de no haber sido beneficiado por una resolución equiparable a una sentencia absolutoria firme, de modo que quedaría sujeto, a efectos civiles, a una especie de absolución en la instancia -institución afortunadamente desterrada de nuestro ordenamiento jurídico-, lo cual contraviene radicalmente el mandato recogido en el artículo 24.2 de la Constitución.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

c) Régimen excepcional.

El número seis del artículo 92 bis estatuye que “Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero y además, a la cualidad de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto tenga asignada la función de protección de los menores”.

La indicación de los familiares y allegados enlaza con lo previsto en el artículo 172.2 del Código Civil, segundo párrafo, precepto que considera preferente, de manera implícita, la atribución de la guarda de los menores a los familiares, frente a las modalidades de acogimiento recogidas en el Código Civil. Por otra parte, el hecho de que en interés del menor se pueda acordar la guarda y custodia a favor de los progenitores también resulta razonable, máxime si se tiene en cuenta que el párrafo segundo del artículo 92 bis siete exhorta al juez a adoptar “(...) las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución”. No obstante, se advierte de la necesidad de corregir la redacción pues no resulta fácil entender el sentido de la frase entrecomillada.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Las cautelas que se prevén en el último precepto citado son extensibles a los casos en que el juez civil, pese a constatar a través de las alegaciones de las partes y la prueba practicada indicios de la comisión de los delitos recogidos en el párrafo segundo del artículo 92 bis cinco, considerase que los hechos están prescritos.

3. Artículo 93.

Frente a la parquedad con que el artículo 93 del Código civil disciplina la obligación de satisfacer alimentos, por parte de los progenitores, y de asegurar la efectividad y acomodación de tales prestaciones a las circunstancias económicas y las necesidades de los hijos en cada momento, el proyectado artículo 93 lleva a cabo un desarrollo detallado de los diferentes aspectos vinculados a la prestación por alimentos. El número uno del artículo 93 diferencia, dentro de la pensión de alimentos de los hijos, las necesidades ordinarias y los gastos extraordinarios. El juez deberá determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer las cargas familiares y, por otra parte, la pensión de alimentos por las necesidades ordinarias y por los gastos extraordinarios, debiendo establecer la periodicidad y forma de pago, las bases de actualización y las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Los gastos necesarios ordinarios se definen en el número dos como *“Aquéllos que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, quedando incluidos los relativos a alimentación, con independencia del lugar o por quien se preste, vestido, educación y cualesquiera otro que los progenitores pacten como tales o que estén*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

consolidados antes del cese de su convivencia”. Por el contrario, los gastos extraordinarios son aquéllos que surgen por necesidades imprevisibles y no periódicas de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico.

En contraposición a ambas categorías, los denominados gastos voluntarios son los que no responden a necesidades de los hijos aunque sean continuados, salvo que los consideren convenientes para ellos, debiendo ser asumidos de forma consensuada por los titulares del ejercicio de la patria potestad.

Siguiendo el orden correlativo seguido por el Anteproyecto, los gastos ordinarios admiten la siguiente clasificación: en general, los que los hijos precisen de forma habitual y su devengo sea previsible; en particular, la alimentación, vestido y educación y, con carácter residual, cualquier otro que los cónyuges pacten o consoliden antes del cese de la convivencia. La delimitación de los gastos ordinarios presenta ciertas diferencias con la definición de alimentos que ofrece el artículo 142. Según reza el último artículo indicado, *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, 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 y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos, o una vez complementada se encuentre en búsqueda activa de empleo”*. Siendo los gastos ordinarios una especie del concepto genérico de alimentos habría bastado, para delimitar su alcance, con establecer una remisión a los alimentos definidos en el mencionado artículo 142, incorporando el matiz relativo a la habitualidad de la necesidad y la previsibilidad de su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

devengo. De ese modo, se evitaría que quedaran fuera del contenido del artículo 93 aspectos tales como la habitación y la asistencia médica, conceptos estos que también forman parte de los alimentos, según establece el artículo 142 ya citado.

Al margen de esa consideración, no se entrevé razón plausible que justifique el matiz específicamente referido a alimentación –con independencia del lugar o por quien se preste-, que no resulta implícitamente aplicable al resto de los componentes de los gastos ordinarios, tales como el vestido o la educación. De ahí que se sugiera la eliminación del inciso indicado, sobre todo porque la matización a que se hecho referencia arroja más incertidumbre que certeza.

En relación con los gastos extraordinarios, la referencia conjunta a la imprevisibilidad y no periodicidad constituye una redundancia, habida cuenta que lo que no es susceptible de ser previsto tampoco puede acontecer periódicamente.

Dentro de la categoría de los gastos voluntarios se incardinan aquéllos que no respondan a necesidades de los hijos y no sean considerados convenientes por los progenitores. Dicho en esos términos, no parece tener sentido contemplar tal categoría, pues resulta difícil entender qué prestación puede ser asumida por los titulares de la patria potestad que no responda a necesidades de los menores ni tampoco resulte adecuada para ellos. Por tanto, sería pertinente que el Anteproyecto regulara ese aspecto de mejor manera.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El número tres establece los criterios para la distribución entre los progenitores de los diferentes tipos de gastos. A tal fin, incorpora las siguientes pautas:

a) Alimentos por gastos ordinarios: Se tendrán en cuenta las necesidades de los menores, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de ellos, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares y, en su caso, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos comunes. En términos generales, la regulación proyectada recoge una serie de parámetros que, al no establecer prioridad alguna entre ellos, permite que el juez pueda fijar la contribución que estime adecuada y equitativa.

b) Respecto de los gastos extraordinarios, el criterio rector se asienta exclusivamente en los recursos económicos de los que dispongan los padres, lo cual resulta acorde con su naturaleza imprevisible.

c) En relación con los denominados gastos voluntarios, el párrafo segundo del número tres ofrece una regulación que no se acompasa con la naturaleza jurídica de los referidos gastos. Según se indica en el párrafo tercero del artículo 93.2, los gastos voluntarios se caracterizan por no responder a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, no ser considerados convenientes para ellos y ser asumidos de forma consensuada por los titulares en ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 92.3 dispone que tales gastos se abonaran conforme a lo acordado por los progenitores y, en defecto de acuerdo, los satisfará el progenitor que haya decidido la realización



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

del gasto. Pues bien, siendo necesario que los gastos sean asumidos de forma consensuada, no parece tener sentido que se prevea el abono de los mismos por parte del progenitor que haya decidido el gasto, pues tal gasto, por definición, debería haber sido acordado o pactado por ambos cónyuges. Vista la contradicción detectada, se estima necesario enmendar el texto, al objeto de dotar de plena concordancia a lo establecido en los números dos y tres del artículo 92.

El número cuatro viene referido a la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad. Este apartado mantiene la redacción dada al vigente párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil. No obstante, como los artículos 142 y siguientes también son objeto de modificación, el alcance y contenido de la reforma se analizará en el apartado correspondiente a los alimentos entre parientes.

4. Artículo 94.

Parte del contenido del vigente artículo 94 se regula en el número 8 del artículo 92 bis, concretamente la facultad que se atribuye al juez para suspender o modificar el régimen de guarda y custodia, estancia, relación o comunicación con los hijos, si se incumplieran los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconsejase el interés superior del menor. El derecho de comunicación con parientes y allegados también es objeto de regulación en el último artículo citado. En consecuencia, el contenido del artículo 94 viene referido a los hijos que tengan la capacidad judicialmente completada, para los cuales se prevé la aplicación de las medidas previstas en los artículos anteriores, siempre que el complemento de la capacidad existiera al tiempo de regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio. Si el establecimiento de la institución protectora fuera posterior, el juez podrá acordar las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

medidas precisas en atención a la capacidad de los afectados, o sustituir las ya adoptadas con anterioridad.

5. Artículo 95.

Con carácter general, el primer párrafo del artículo 95 dispone que la sentencia firme producirá la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, salvo que ya se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges.

El párrafo segundo viene referido a los supuestos en que no medie acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial. En estos casos, al iniciar el procedimiento se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujetos a las cargas y obligaciones matrimoniales. Asimismo, se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales y de los privativos que estuvieran afectados a las cargas familiares, así como la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial.

La principal novedad afecta a los bienes que los cónyuges tengan en régimen de comunidad ordinaria indivisa, respecto de los cuales se prevé la posibilidad de acumular al procedimiento de liquidación la acción de división de la cosa en común. Sobre este aspecto se abundará en otro apartado de este informe.

El párrafo tercero mantiene en su integridad la redacción del actual segundo párrafo del artículo 95.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

6. Artículo 96.

La regulación contenida en el artículo 96 versa sobre la vivienda familiar. Los diferentes aspectos disciplinados pueden esquematizarse del siguiente modo: a) atribución del uso de la vivienda familiar; b) régimen jurídico de los gastos que origina la vivienda familiar y, por último, disposición de la vivienda familiar.

a) Atribución del uso de la vivienda familiar.

El número uno confiere al juez la potestad de aprobar las medidas que pacten los padres sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con capacidad judicialmente completada. En defecto de pacto, acordará lo que se estime procedente en congruencia con el régimen de guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar garantizado el derecho de aquéllos a una vivienda digna, así como también determinarse el domicilio de los menores a efectos de empadronamiento. Dado que la reforma pretende que el régimen de guarda y custodia compartida constituya una opción normal, es previsible que por tal motivo no se recoja explícitamente la disposición contenida en el párrafo primero del vigente artículo 96 del Código Civil, que estatuye una regla general en cuya virtud el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella ubicados corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Ciertamente es, que del contenido de algunos apartados del artículo 96 dicha regla se infiere implícitamente, (números dos y tres principalmente), pero ello no obsta para que resulte procedente incluir expresamente dicha prevención, para aquellos casos en que no se acuerde la custodia compartida de los hijos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El primer párrafo del número dos prevé que *“Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución del uso se hará por el juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente”*. La primera consideración que cumple formular viene referida al empleo de la frase *“no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar”*; dicha frase deja entrever que el destino natural de la vivienda familiar consiste en perder tal condición, lo cual no tiene por qué acontecer necesariamente. Por ello, se sugiere modificar la frase entrecomillada, para que el encabezamiento del precepto haga mención al caso en que, simplemente, no se hubiera dado un destino definitivo a la vivienda familiar, los enseres o el ajuar. Al margen de lo dicho, debe corregirse la falta de concordancia entre la vivienda familiar y el vocablo *“mismo”*.

El último inciso del precepto mantiene el contenido del actual párrafo segundo del artículo 96 del Código Civil, para aquellos casos en que los hijos quedasen en compañía de distintos progenitores. Ello reafirma la conveniencia de introducir la regla general enunciada en el primer párrafo del artículo último citado, en cuya virtud el cónyuge que quede en compañía de los hijos ostentará el derecho al uso de la vivienda familiar.

El supuesto contemplado en el número dos prevé la atribución de la vivienda familiar al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, siempre que sea compatible con el interés de los hijos. Dicha atribución se establece para los casos de custodia compartida, excepto cuando se hubiera concedido a los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

cónyuges el uso alterno de la vivienda, o cuando éstos últimos no tuvieran hijos o, de tenerlos, fueran mayores de edad.

Varias son las cuestiones a tratar respecto de las disposiciones contenidas en el párrafo aludido. La previsión en cuya virtud se atribuye la vivienda familiar al progenitor objetivamente más necesitado resulta equitativa, máxime cuando tal atribución debe ser compatible con el interés de los hijos. También resulta adecuada la delimitación de los supuestos en que procederá la asignación del inmueble, pues ninguno de ellos impide que pueda permanecer en el mismo el progenitor bajo cuya custodia exclusiva queden los menores. Sin embargo, hay un supuesto para el cual el prelegislador no ha regulado la atribución de la vivienda familiar, concretamente el previsto en el artículo 92 bis 6, es decir, cuando la guarda y custodia se atribuya a un pariente o allegado o, en su caso, a la entidad pública de protección del menor. En ese caso, es previsible que los hijos convivan en el domicilio del guardador o acogedor, o en el centro de acogida asignado por la entidad pública; por ello, la regla de asignación del domicilio familiar al cónyuge con mayores dificultades de acceso a la vivienda también debería operar en esos casos, toda vez que presentan notable similitud con los supuestos expresamente contemplados en el párrafo objeto de análisis.

En el párrafo tercero se establece una excepción respecto de la regla general implícita (atribución de la vivienda al cónyuge bajo cuya custodia quedan los hijos menores o con capacidad judicialmente completada). Para que la atribución del uso de la vivienda pueda verificarse a favor del progenitor no guardador es necesario que sea el más necesitado y, además, que el cónyuge guardador tenga medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. Como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el criterio seguido en este punto se acomoda al principio de justicia material y su aplicación se prevé excepcional, la medida proyectada no es objetable. Ahora bien, tampoco cabe ignorar que aunque el cónyuge guardador disponga de recursos suficientes para poder habitar en otra vivienda, tal medida puede acarrear un coste económico adicional para el progenitor custodio, lo que a la postre también puede repercutir en los intereses de los hijos. Por tanto, sería conveniente establecer una cautela adicional, de cara a prevenir que el régimen excepcional de atribución de la vivienda familiar no afecte al interés de los menores.

El número tres tiene por objeto delimitar temporalmente la atribución de la vivienda familiar a uno de los progenitores, siempre que fuera un bien privativo del otro progenitor o común de ambos. Para el caso de que la asignación de la vivienda tuviera por causa la guarda y custodia de los hijos, la atribución de la vivienda perdurará hasta que subsista la obligación de prestar alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda –el cónyuge beneficiario- o cuando no se hubiera podido realizar la liquidación del inmueble en este tiempo, con carácter excepcional podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año que se tramitará conforme al procedimiento establecido para la modificación de las medidas.

El primer supuesto contempla la atribución la vivienda familiar al progenitor a quien se haya otorgado la guarda y custodia; sin embargo, el precepto no especifica si la referida guarda y custodia ha de ser exclusiva o, por el contrario, también engloba el ejercicio compartido de dicha función por ambos cónyuges. El matiz a que se ha hecho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

referencia no es baladí, habida cuenta que si solamente se refiere a los supuestos de custodia exclusiva, el progenitor a quien se le hubiere asignado la vivienda por periodos alternos, conforme a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 96.2, sólo podría usar dicho inmueble durante un período de dos años, pese a que los hijos menores también la habitarían durante los períodos de custodia otorgados a aquél. Tal situación resultaría claramente perjudicial para el interés de los hijos menores, por lo cual, al objeto de evitar cualquier duda interpretativa, se sugiere incluir un añadido que refleje que la guarda y custodia puede ser tanto exclusiva como compartida.

Por otro lado, la STS de fecha 14/4/2011 consideró que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge custodio no puede quedar condicionada a la liquidación de la sociedad conyugal ofreciendo, en tal sentido, el siguiente argumento:

“(...) La sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene "al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar", momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (artículo 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el artículo. 96.1 CC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (artículos 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios (...)”.

Como así lo reconoce la calendada sentencia, el sentido del fallo se ajusta a la interpretación del artículo 96 del Código Civil, cuyo contenido puede variar en el futuro. No obstante, debe prestarse especial atención a la vulneración del interés del menor, expresamente reconocido en el cuerpo de la resolución transcrita, que acarrearía cualquier limitación temporal de la atribución de la vivienda en los supuestos antes indicados.

Ciertamente, el número seis del artículo 96 prevé que la disposición de la vivienda, en el caso analizado, precisará del consentimiento de los cónyuges o, en su defecto, de autorización judicial; mas, como a la hora de establecer la limitación temporal de la asignación de la vivienda, el artículo 96.3 equipara la obligación de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

prestar alimentos con la liquidación del inmueble, sería conveniente establecer una clara primacía del primer supuesto, para así evitar cualquier futura interpretación favorable a que la liquidación de la vivienda pudiera acontecer mientras subsista la obligación aludida, salvo común acuerdo de los cónyuges

En los demás casos, es decir cuando el otorgamiento de la vivienda familiar no se anude a la concesión de la guarda y custodia, el régimen jurídico que se pretende instaurar resulta ambiguo. Por una parte se condiciona a la liquidación del inmueble pero, por otro lado, se establece un período de duración de dos años máximo susceptible de ser prorrogado por otro año, bien por las dificultades para encontrar vivienda o para el caso de no haberse podido practicar la liquidación en el referido plazo de dos años. Sería deseable delimitar con mayor claridad ambas circunstancias, pues con la redacción actual no queda claro hasta qué punto las dificultades objetivas de acceso a la vivienda prevalecen sobre la liquidación definitiva del inmueble. Por otra parte, la vivienda de titularidad común no tiene por qué estar necesariamente abocada a la liquidación, pues como ya se apuntó en un apartado anterior, dicho bien puede pertenecer pro indiviso a ambos cónyuges y no convenir a éstos ejercitar la acción de la división de la cosa común.

Los números cuatro y cinco regulan determinados aspectos de índole económica relacionados con la vivienda familiar. En el número cuatro se dispone, en sintonía con otros preceptos, que la atribución a un progenitor de la vivienda familiar se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión por alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. Lo previsto en ese apartado entronca con lo establecido en el artículo 92 bis 3, tercer



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

párrafo, pues en dicho precepto la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los parámetros a tener en cuenta para el cálculo de la prestación por alimentos por gastos ordinarios.

El número dos disciplina la distribución de los gastos de la vivienda familiar. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad, suministros y las tasas, serán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, mientras que los gastos extraordinarios y el pago de impuestos correrán por cuenta del propietario o propietarios, conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, el régimen jurídico enunciado se podrá alterar en atención a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, de manera que el juez podrá acordar que el cónyuge no beneficiario por el uso de la vivienda se haga cargo del pago de todo o parte de los gastos ordinarios. El Anteproyecto adopta una fórmula similar a la contemplada por el artículo 233.23.2 del SLCCC, si bien permite que, con carácter extraordinario, tal régimen pueda ser alterado en atención a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades. Por otra parte, el pago de los impuestos se excluye del régimen previsto para los denominados gastos ordinarios, aunque no las tasas.

La medida que incorpora el Anteproyecto encuentra refrendo en algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales, (SSAP de Pontevedra, de 23/4/2013 y de Madrid de 12/11/2012), pero es contraria a la doctrina establecida por otras Audiencias (Véase, a título de ejemplo la SAP de Valencia, de 13/11/2012) que, de acuerdo a la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 25/2/2005 y 1/6/2006, han considerado que, al amparo de lo dispuesto en el artículo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

9.1 e) de la Ley de Propiedad Horizontal, es al propietario a quien corresponde pagar las cuotas de la comunidad y, de ahí que dichas cuotas deben ser incluidas en el pasivo de la sociedad de gananciales, pues la contribución a los gastos generales constituye una obligación impuesta a los propietarios –y no a los usuarios-, de forma que el pago deberá ser soportado por el cónyuge titular aunque el uso se haya atribuido al otro, o bien a ambos cónyuges si les pertenece indiviso o el inmueble forma parte de la sociedad de gananciales.

La opción por la que se decanta el legislador corresponde al ámbito de discrecionalidad que le es propio. No obstante, se recomienda que la posibilidad de establecer un régimen distinto del que contempla la regla general no tenga carácter excepcional, sino que simplemente se confiera al arbitrio judicial la posibilidad de atribuir, en todo o en parte, el pago de los gastos ordinarios al cónyuge no ocupante, cuando las circunstancias económicas de los cónyuges así lo aconseje.

Por otra parte, el precepto comentado no regula el supuesto en que la vivienda familiar sea utilizada alternativamente por cada uno de los interesados, caso este que sí se prevé en el segundo párrafo del artículo 96.2. Tal omisión debería ser completada, teniendo en cuenta que el devengo de los gastos que se citan no siempre coincidirá con los periodos de ocupación del inmueble por uno y otro cónyuge.

Por último, el párrafo segundo del número cinco viene referido a los supuestos en que la vivienda familiar esté gravada con hipoteca o existan obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora. En esos casos, el pago de esas obligaciones deberá satisfacerse de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución. Sobre esta cuestión, el Anteproyecto ha optado por asumir la doctrina legal asentada por el Tribunal Supremo (SSTS de 30/4/2013, 26/11/2012 y 29/4/2011), que considera la hipoteca como una deuda de la sociedad de gananciales y no como una carga del matrimonio; en consecuencia, como se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble su pago debe efectuarse por quienes ostenten título de dominio sobre el inmueble, de acuerdo con lo estipulado con la entidad hipotecante, y ello con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario.

El número seis establece una limitación a la facultad disposición de la vivienda cuyo uso haya sido concedido a los menores y la guarda y custodia haya sido atribuida a uno de los progenitores. En ese caso, tanto si la vivienda es privativa del otro cónyuge como si es común, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial. Por otra parte, se establece la obligación de poner en conocimiento del juzgado el cambio de residencia del menor. En relación con este número se reproduce lo ya manifestado respecto el número tres, en orden a garantizar que, salvo mutuo acuerdo de los cónyuges, la atribución de la vivienda a favor del cónyuge custodio perdurará mientras subsista la obligación de satisfacer alimentos.

El número siete establece el régimen jurídico aplicable a la vivienda familiar disfrutada por título distinto del de propiedad. En ese caso, el párrafo primero dispone que la atribución judicial quede limitada por el título, de acuerdo con la ley.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En el párrafo segundo se regula el supuesto específico del uso de la vivienda por mera tolerancia de un tercero. En esos casos, la atribución judicial de la vivienda perdurará hasta que el referido tercero reclame la restitución del inmueble, en cuyo caso se procederá a la adecuación de la prestación alimenticia o la pensión complementaria. El proyectado mandato se adecua a la doctrina jurisprudencial existente al respecto que, como pone de relieve la STS de 14/3/2013 "(...) *Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios*". Sigue diciendo la sentencia, como ya se manifestó, que «esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005». Por demás, esta doctrina ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000).

En definitiva, la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Al quedar sin efecto la atribución del uso de la vivienda por el cese de la tolerancia del tercero, es perfectamente lógico que se prevea la modificación de las prestaciones por alimentos o por compensación, pues la utilización de la que fue vivienda familiar ya no será posible.

7. Artículo 97.

La única modificación que se introduce en el artículo 97 atañe al ordinal noveno, en el cual se contempla, como un parámetro más para calcular el importe de la pensión compensatoria, la atribución del uso de la vivienda familiar al beneficiario de la pensión, así como el régimen de gastos a que está sujeta su utilización.

8. Artículo 100.

La única variación que se introduce consiste en un añadido final, en cuya virtud la pensión y las bases de actualización fijados en la sentencia de separación o divorcio solamente podrán ser modificados por las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge *“que así lo aconsejen”*.

C) MEDIDAS PRIVISONALES.

1. Artículo 102.

En el número uno del artículo 102 el Anteproyecto incorpora un ordinal tercero, de cuyo contenido se desprende que la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio acarrearán la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales, en caso de ser éste el régimen económico del matrimonio, siendo en lo sucesivo de aplicación el régimen de separación de bienes. Las consecuencias derivadas de la suspensión son: el cese de la presunción de ganancialidad de los bienes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

adquiridos por cada cónyuge y, por otra parte, dejarán de ser a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la adquisición, tenencia y disfrute de bienes, sin que conste el consentimiento expreso de los cónyuges, los derivados de la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquier cónyuge y los originados por la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

Nada dice el precepto para el caso de que el régimen económico matrimonial fuera el de participación, regulado en los artículos 1411 a 1434 del Código Civil. Según reza el artículo 1413 del texto legal citado, en todo lo no previsto específicamente para el régimen de participación se aplicarán las normas relativas al régimen de separación de bienes y, conforme a lo establecido en el artículo 1415 del Código Civil, el régimen de participación se extinguirá en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales. Ahora bien, como el ordinal tercero del artículo 102.1 solamente establece la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales, se constata que el Anteproyecto no introduce precepto alguno que impida la efectividad del régimen de participación, por lo cual, pese a la admisión de la demanda, hasta la extinción del citado régimen económico cada cónyuge seguirá teniendo derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro.

El ordinal cuarto contempla dos supuestos netamente diferentes; por una parte mantiene la prohibición de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, salvo pacto en contrario, mientras que el párrafo primero dispone que quedarán sin efecto, salvo voluntad expresa del testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido en favor



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

del otro. La reconciliación de los cónyuges dejará sin efecto lo dispuesto en el apartado citado.

Teniendo en cuenta que cualquier disposición testamentaria es revocable, lo que implica que el testador puede, de manera libérrima, dejar sin efecto o modificar las cláusulas contenidas en el testamento, el precepto comentado altera la sistemática del derecho sucesorio mediante el establecimiento de una presunción legal, en cuya virtud la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio dará lugar a la ineficacia de las disposiciones testamentarias establecidas en favor del cónyuge, salvo expresa voluntad del testador, es decir, excepto que este último ratifique lo estatuido al hacer testamento o tenga lugar la reconciliación ulterior de los cónyuges. Dejando a un lado la valoración que la modificación pueda merecer, sería conveniente modificar el régimen previsto para la sucesión intestada, al objeto de homogeneizar la regulación de ambas figuras.

Por otra parte, junto al supuesto de la reconciliación que se contempla como circunstancia susceptible de dejar sin efecto de lo establecido en ese apartado, también se debería incluir la nueva celebración de matrimonio entre los divorciados o anulados. Asimismo, también se debería prever la subsistencia de la disposición testamentaria para el caso de que la demanda admitida a trámite no fuera estimada.

El número dos determina qué tipo de actos y gastos seguirán vinculados a la sociedad de gananciales. En esencia, se limitan al sostenimiento de los gastos de la familia y a la gestión y administración ordinaria de los bienes gananciales. No obstante, los bienes gananciales



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

responderán de las obligaciones contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento de otro.

El número tres establece, con carácter obligatorio, la anotación en el Registro Civil de la admisión a trámite de la demanda –así lo ordenará el Secretario judicial en la resolución que acuerde tal admisión-, quedando al arbitrio de las partes instar la anotación en el Registro de la Propiedad o Mercantil.

2. Artículo 103.

El artículo 103 no es objeto de modificaciones relevantes, tanto en su estructura como en su contenido. En realidad, se limita a adecuar la redacción a la terminología utilizada en otros artículos, para regular el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de estancia relación y comunicación y la atribución del uso de la vivienda familiar.

D) ALIMENTOS.

Las variaciones que el Anteproyecto incorpora en esta materia se circunscriben a dos preceptos: el artículo 142, en lo concerniente al alcance de los alimentos, y el artículo 152, el cual incorpora un nuevo ordinal quinto referido a la extinción de la prestación cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar alimentos.

El segundo párrafo del artículo 142 del Código Civil dispone que *“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”*. El Anteproyecto mantiene esa disposición, pero añade el inciso siguiente:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

“y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos o una vez completada (la formación) se encuentre en búsqueda activa de empleo”.

El añadido transcrito refleja dos supuestos diferentes: por una parte, cuando la formación no haya sido completada por causa no imputable al alimentista y éste carezca de recursos propios para sufragar los gastos de alimentos; en ese caso el obligado a dar alimentos deberá satisfacer, tanto los necesarios para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, como los que resulten precisos para completar la formación. Si la formación ya ha sido completada, el mantenimiento de la prestación de alimentos básicos quedará supeditado a que el alimentista busque activamente empleo.

Algunas resoluciones judiciales han considerado que la búsqueda activa de empleo es un factor relevante para la concesión o el mantenimiento de la pensión alimenticia (SSAP de Madrid de 28/11/2012, Asturias de 21/5/2012, entre otras). Las SSTS de fecha 10/7/1979 y 5/11/1984 consideraron que las posibilidades de ejercer un oficio o industria no ha de ser entendida como una mera potencialidad, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes, que deben ser valoradas teniendo en cuenta que el alimentista debe emplear la debida diligencia en la búsqueda de trabajo, una vez concluida su formación. Siendo conscientes de las dificultades que ofrece el mercado laboral para la incorporación de jóvenes o demandantes del primer empleo, esta circunstancia no debe amparar, como pone de relieve la STS de fecha 1/3/2001, una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llevar a una situación de parasitismo social. Por ello, la referencia a la búsqueda



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

activa de empleo, si bien no supone un cambio relevante que afecte a la praxis judicial, sí refuerza la obligación, a cargo del alimentista, de desarrollar una conducta proactiva de cara a obtener recursos económicos suficientes para garantizar su subsistencia.

En concordancia con el añadido que se incorpora al artículo 142, el ordinal quinto del artículo 152 también incluye, como causa de extinción de la prestación alimenticia, la falta de terminación de la formación por causa que le sea imputable o, una vez completada, que el interesado no emprenda activamente la búsqueda de empleo. Dada la importancia que otros Anteproyectos de ley confieren a la actividad emprendedora, en concordancia con dicha filosofía sería adecuado que la búsqueda activa de ocupación por cuenta ajena no fuera el único criterio a tener en cuenta, de manera que el propósito firme y decidido de ejercer una actividad económica por cuenta propia también fuera tenido en consideración, de cara al mantenimiento de la prestación por alimentos.

El segundo párrafo del ordinal citado incluye un nuevo motivo, cuyo tenor es el siguiente: *“También se extinguirá cuando el hijo mayor de edad contrajese matrimonio o mantuviera análoga relación de afectividad, o dejase de residir en el domicilio familiar, no pudiendo incluirse en este último supuesto las ausencias temporales o involuntarias del mismo”*. Sobre este particular cumple decir que, tanto el artículo 93.2 del Código civil como el artículo 93.4, según versión del Anteproyecto, contemplan la prestación por alimentos en el marco de un procedimiento matrimonial para los hijos mayores de edad o emancipados, siempre que estos últimos convivan en el domicilio familiar. Por otra parte, según el orden de prelación establecido en el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículo 143, el primer obligado a prestar alimentos sería el cónyuge, lo que implica que el hecho de contraer nupcias desplazaría la obligación del ascendiente hacia aquél, siempre que esté en condiciones de poder sufragar dicha prestación.

Ahora bien, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos traídos a colación, no cabe ignorar que la obligación de prestar alimentos a los descendientes no sólo trae causa de lo establecido en el artículo 93 del Código Civil, pues también se anuda a lo dispuesto en el artículo 143 y concordantes, cuyo alcance es superior al previsto para la fijación de alimentos en el proceso matrimonial. Por ello, de mantenerse la actual redacción, la causa de extinción a que se refiere el artículo 152-5º no sólo operaría en el contexto del procedimiento matrimonial, sino en cualquier circunstancia en que el descendiente sea beneficiario de alimentos a cargo del ascendiente. Ello daría lugar a una situación paradójica, pues el ascendiente que contraiga matrimonio o establezca una relación de análoga afectividad no perdería, por tal motivo, el derecho a la prestación por alimentos a cargo de los hijos o descendientes, mientras estos últimos, por el mero hecho de ejercitar un derecho constitucionalmente reconocido o convivir maritalmente con un tercera persona, sufrirían la pérdida de tal derecho, alterándose la reciprocidad entre ascendientes y descendientes.

Por todo lo expuesto, se sugiere trasladar la previsión contenida en el ordinal quinto del artículo 152 al número cuatro del artículo 92, de manera que cuando el hijo mayor de edad que sea beneficiario de alimentos alcance la independencia personal, la referida prestación quede sujeta, en su caso, al régimen general de la prestación por alimentos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

E) RELACIONES PATERNO-FILIALES.

Los cambios introducidos en este apartado se circunscriben a tres artículos del Código Civil, concretamente los números 156, 163 y 170, así como el artículo 159 que es objeto de derogación.

En el primer párrafo del artículo 156 se añade el siguiente inciso: *“El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponde a los titulares de la patria potestad, con independencia de cuál sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos”*. Tal disposición no se acompasa en su totalidad con lo previsto en el artículo 96.1, que si bien otorga preferencia al pacto de los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores, también prevé que el juez pueda acordar, en defecto de acuerdo, lo que considere procedente en congruencia con las medidas adoptadas sobre la guarda y custodia, así como determinar cuál es el domicilio a efectos de empadronamiento.

Como se observa, -y por otra parte es lógico- la fijación de la residencia del menor está íntimamente vinculada al régimen de guarda y custodia, el cual no siempre será pactado de mutuo acuerdo ni consistirá en el ejercicio compartido de tal función. Por otra parte, el lugar de residencia de los hijos menores no debe ser determinado de manera caprichosa, incluso cuando medie acuerdo al respecto, pues no cabe ignorar que tal circunstancia participa de una naturaleza eminentemente fáctica y, de ahí que si bien es posible que los hijos menores residan en los domicilios de ambos progenitores, en supuestos de guarda y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

custodia compartida, la fijación de un lugar de residencia distinto de aquél en que efectivamente el menor conviva no sería asumible.

En los artículos 163 y 170 se sustituyen los vocablos “padre” o “madre” por el término “progenitores”.

La Disposición Derogatoria Única deja sin contenido el artículo 159 del Código Civil. La derogación del mencionado precepto supone la desaparición de una norma cuya aplicación está principalmente concebida para los hijos extramatrimoniales, cuyos padres no hubieran convivido nunca o bien hayan roto la convivencia previa, pues conforme a su contenido *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*.

Ciertamente, el contenido del citado artículo no se acompasa con el propósito de que la guarda y custodia compartida sea una opción normal y ordinaria; sin embargo, ello no debería dar lugar a la derogación del artículo citado, pues lo adecuado sería aprovechar la reforma proyectada para articular un régimen jurídico específicamente aplicable a los hijos extramatrimoniales y, en la línea enunciada en el apartado IV de este informe, establecer un régimen jurídico global para tales situaciones.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

F) RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

El artículo 18 del Anteproyecto solamente modifica el artículo 1396, que pasa a contener tres párrafos en vez de uno. El primero de ellos tiene por objeto concordar el citado artículo con las modificaciones establecidas en el artículo 100.1 3º (suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales tras la admisión a trámite de la demanda de separación divorcio, nulidad o aquella dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas).

El segundo párrafo establece que el juez adoptará las reglas provisionales que los cónyuges deberán observar, una vez admitida a trámite las demandas anteriormente citadas, para la administración y disposición de los bienes gananciales que se incluyan en el inventario y de los bienes privativos especialmente afectados a las cargas familiares, así como la rendición de cuentas, hasta en tanto se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial, siendo precisa la autorización matrimonial para todos los actos que excedan de la administración, salvo que se disponga lo contrario. Lo previsto en este párrafo guarda relación con lo previsto en los artículo 770.1.1ª y 809 de la LEC, que también son objeto de modificación por el Anteproyecto.

El párrafo tercero prevé que una vez concluido el inventario y sea firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, se procederá a su liquidación.

Varias son las observaciones que el contenido del artículo analizado suscita. Sería conveniente que la previsión relativa a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

necesidad de autorización judicial para realizar cualquier acto que exceda de la administración ordinaria, salvo que se disponga lo contrario, también se trasladase al artículo 809 de la LEC, pues en el último párrafo del número dos del citado artículo se dispone que el tribunal ratificará las medidas adoptadas sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario o, en su caso, resolverá lo que proceda.

Por otra parte, dado que el artículo 1396 del Código Civil se incardina dentro de la regulación de la sociedad de gananciales y, más concretamente en la Sección Quinta del Capítulo IV del Título III, relativa a la disolución y liquidación de la referida sociedad, no parece apropiado, desde una perspectiva sistemática, incluir una referencia a los bienes privativos especialmente afectados al levantamiento de las cargas familiares, pues esos bienes no tienen naturaleza ganancial.

Finalmente, la observación más relevante versa sobre la modificación operada en el tercer párrafo del artículo. La terminología empleada por el Anteproyecto implica que el precepto solamente resultará aplicable cuando la disolución de la sociedad de gananciales tenga lugar por resolución judicial, sin tener en cuenta que, conforme a lo previsto en el artículo 1392 del Código Civil, al margen de los supuestos de separación judicial, nulidad y disolución del matrimonio, la sociedad de gananciales también concluirá, de pleno derecho, cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto, en la forma prevenida en el Código Civil. Por ello, se sugiere dotar al tercer párrafo del artículo 1396 una redacción que englobe todas las causas de disolución a que se refiere el citado artículo 1392, y no se circunscriba a los supuestos de disolución por resolución judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

A) PROCESOS MATRIMONIALES.

1. Artículo 770

Conforme al propósito expresamente manifestado por el prelegislador, de cara anticipar la realización de inventario al inicio del procedimiento matrimonial, para así dar solución al excesivo alargamiento del procedimiento de liquidación del régimen matrimonial, el ordinal primero del artículo 770 contempla la obligación, a cargo del demandante, de incorporar una propuesta para la formación del inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, junto con los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, de acuerdo a lo previsto en los artículos 809 y 810.

Asimismo, dicha propuesta deberá incluir un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes incluidos en el inventario, así como de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectadas a las cargas familiares. La regulación establecida en el ordinal objeto de cita necesariamente debe ser concordante con las previsiones del artículo 95, habida cuenta que ambos preceptos tienen por finalidad anticipar la tramitación para la liquidación del régimen económico matrimonial al momento mismo de la iniciación del procedimiento matrimonial. Por ello, el artículo 95 debería distinguir con nitidez entre la propuesta para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial y, como parte de la citada propuesta, el plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales, comunes y privativos que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

estuvieran especialmente afectados al levantamiento de las cargas familiares.

Por otra parte, como supuesto que excluye la obligación de presentar la propuesta para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial figura, exclusivamente, el hecho de haber procedido con anterioridad a tal liquidación *“por haber sido precedida de separación matrimonial”*. Conforme a lo previsto en los artículos 1392 y 1393 del Código Civil, la separación matrimonial no es la única causa de conclusión de la sociedad de gananciales y, por ende, del régimen de participación. Por ello, bastaría con que el precepto hiciera referencia a la previa liquidación del régimen económico matrimonial, sin mayores adiciones.

El ordinal objeto de análisis también contempla la posibilidad de que los cónyuges puedan solicitar la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, previsión que también está recogida en el artículo 95 al referirse a la eventual acumulación de la acción de división de la cosa común. El antecedente próximo de la modificación ahora analizada fue La Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya Disposición Final tercera, dedicada a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recoge en el apartado doce una excepción cuarta al número tres del artículo 438, referido a la reconvencción y acumulación objetiva y subjetiva de acciones en los juicios verbales, con la siguiente redacción: *“ En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos".

Aun cuando la redacción dada al precepto ha sido calificada por algunos de concisa, a la vez de confusa, de forma mayoritaria se entendió que tanto los juzgados de Familia especializados como los juzgados de Primera Instancia no especializados con competencias en materia de familia eran competentes para conocer de la acción de división de la cosa común, en el contexto establecido en el artículo 438.4º de la LEC.

Por otra parte, también se suscitaron dudas acerca de si el procedimiento previsto en los artículos 806 y siguientes era el adecuado para liquidar el condominio, siendo la posición mayoritaria proclive a ello, pues consideraron ilógico mantener la posibilidad de acumulación en un proceso matrimonial y, sin embargo, impedir que la liquidación de la cosa común pueda materializarse en el procedimiento regulado en el artículo 806 y concordantes.

El artículo 770.1.1ª deja claro que el órgano judicial encargado de conocer del procedimiento matrimonial será competente para conocer de la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, pues expresamente se faculta al demandante a solicitar dicha división en la demanda que principia el procedimiento matrimonial. Por otra parte, de la modificación operada en el artículo 808.1 implícitamente se infiere que el procedimiento previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial también es idóneo para la división de la cosa común, todo ello sin perjuicio de las consideraciones que se formularan al analizar los cambios operados en el referido procedimiento.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En lógica correspondencia con lo establecido en el artículo 102, el último párrafo del ordinal primero del número uno establece que en la resolución que admita a trámite la demanda se acordará la suspensión de los efectos del régimen matrimonial, procediéndose a la apertura, en su caso, de una pieza separada para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial. Asimismo, se llevará a cabo la anotación de la demanda y, a instancia de parte, también se anotará en los Registros de la propiedad y Mercantil.

En cuanto a la reconvención, el ordinal segundo únicamente incorpora un añadido en la letra d), relativo a la pretensión, por parte del demandado, de la adopción de medidas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio. El añadido a que se ha hecho mención es del siguiente contenido: *“Si éstas afectaran a los hijos comunes, deberá presentar un plan de corresponsabilidad parental respecto de los mismos, y si las medidas se refieren a la liquidación del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria de bienes, tendrán que presentar, la propuesta de inventario y liquidación de bienes, que, incluirá el plan provisional de administración y disposición de los mismos”*.

El ordinal quinto también adiciona un inciso que, a la vista de su contenido, sólo puede ser considerado como error material. Con la evidente finalidad de evitar contiendas innecesarias, el vigente artículo 770.5º de la LEC dispone que *“En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777 de la LEC, las partes podrán solicitar que continúe e procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo”*. El requisito esencial para la operatividad del precepto transcrito consiste en que las partes presenten



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

una petición de separación o divorcio suscrita de común acuerdo o, por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Sin embargo, mediante el añadido que se introduce el ordinal quinto del artículo 770 adquiere un sentido manifiestamente contradictorio, en tanto que la posibilidad de continuar la tramitación de acuerdo con lo previsto en el artículo 777, es decir para las peticiones de mutuo acuerdo, pasan porque no se hubiere podido alcanzar el acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial.

Cierto es, que el párrafo segundo del artículo 777.2 contempla específicamente la posibilidad de alcanzar un acuerdo en todos los extremos, salvo el referido a la liquidación del régimen económico matrimonial -aspecto éste que será objeto de análisis más adelante-. Sin embargo, ello no justifica que, tal y como literalmente se recoge, la transformación del proceso contencioso a consensuado se condicione, exclusivamente, a la existencia de falta de acuerdo en el régimen económico matrimonial. Por ello, entendemos que la redacción dada al referido ordinal debe subsanarse, para lo cual bastaría con modificar el texto del añadido en los siguientes términos, *“incluso cuando la única controversia estribe en la liquidación del régimen económico matrimonial”*.

La modificación introducida en el ordinal sexto faculta al juez para proponer una solución de mediación, cuando a la vista de las circunstancias concurrentes considere posible el acuerdo. Si las partes aceptan el proceso de mediación, motu proprio o en virtud de propuesta del juez, el procedimiento quedará suspendido hasta en tanto se tramite la mediación, reanudándose a instancia de cualquiera de las partes. En



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

caso de alcanzarse acuerdo, éste deberá ser aprobado por el juez conforme a lo establecido en el artículo 777.

2. Artículo 771.

Únicamente se sustituye, en el número dos, el término “incapacitados” por “con capacidad judicial completada”.

3. Artículo 774.

El número cuatro elimina la referencia genérica a las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas en relación con los hijos, para recoger con mayor lujo de detalles el tipo de medidas susceptibles de ser adoptadas (ejercicio de la patria potestad de los hijos, guarda y custodia, régimen de estancia, relación y comunicación con aquéllos).

4. Artículo 775.

Únicamente se modifica el número uno, al objeto de sustituir el término incapacitados por “con capacidad judicialmente completada”.

5. Artículo 776.

Se modifica el ordinal tercero, al objeto de sustituir la referencia a cónyuge “guardador y “no guardador” por “conviviente” o “no conviviente” y la alusión al “régimen de visitas” por el “régimen de estancia, relación y comunicación”.

6. Artículo 777.

El número dos incluye un inciso que hace referencia a la previa liquidación del régimen económico matrimonial, a consecuencia de la firmeza de la sentencia de separación, de lo que deberá dejarse



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

constancia en el convenio regulador. Sobre esta cuestión se reitera la observación formulada al analizar el artículo 770.

El párrafo segundo viene referido al supuesto en que los cónyuges hayan alcanzado un acuerdo en todos los extremos, salvo el relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial. En ese caso, cada uno de ellos, asistido de letrado y procurador, deberá presentar una propuesta para la formación de inventario y liquidación, que incluirá el plan provisional de administración y disposición de los bienes, junto con los documentos que justifiquen las partidas incluidas. Una vez presentadas las propuestas, el Secretario judicial actuará conforme a lo previsto en el primer punto del apartado primero del artículo 770.

Como ya se ha indicado, la divergencia sobre la liquidación del régimen económico matrimonial no impide que, mediando acuerdo sobre las restantes medidas, el procedimiento pueda sustanciarse conforme a lo previsto en el artículo 777.3). De acuerdo con lo manifestado en la MAIN, el objeto principal de la reforma es canalizar a través del procedimiento contencioso la falta de acuerdo sobre la liquidación del régimen económico, mientras que el resto de cuestiones a dilucidar en sentencia se tramitarán conforme al procedimiento previsto para el mutuo acuerdo. Por ello, el párrafo segundo del artículo 777.2 no hace referencia a la interposición de la demanda, pues existiendo mutuo acuerdo respecto de los términos del convenio regulador y limitarse la contienda a la liquidación del régimen económico matrimonial, no sería posible concretar cuál de los cónyuges ostenta una u otra posición. Ahora bien, conforme a la sistemática seguida en el precepto citado,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

carece de sentido que el segundo párrafo del ordinal tercero haga alusión a la admisión de la demanda.

Por último, en lo que al artículo comentado se refiere, sólo queda por añadir que las modificaciones que afectan a los números cinco y ocho solo tienen por objeto sustituir el término “incapacitados” por “con capacidad judicialmente completada”.

B) PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Con carácter previo a formular las observaciones relativas los cambios operados en los diferentes artículos, se estima conveniente efectuar una serie de consideraciones relativas a la división de la cosa común, en el contexto de la liquidación del régimen económico matrimonial. Como ya se ha indicado, el artículo 95 prevé la acumulación de la acción de división de la cosa común en el procedimiento matrimonial, mientras que el segundo párrafo del número uno del artículo 808 prevé la aportación de un plan provisional de administración y disposición de bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de todos los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares. Dicho régimen deberá ser observado hasta la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o la división de la comunidad ordinaria.

El Anteproyecto no modifica el artículo 806, de manera que el ámbito de aplicación del procedimiento previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial queda delimitado del siguiente modo: *“La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables”.

Si bien no cabe albergar duda alguna sobre la adecuación del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial en aquellos casos en que el régimen aplicable sea el de gananciales y, no obstante ello, los cónyuges sean titulares de bienes en régimen de comunidad indivisa, cabría plantear si el procedimiento a que se ha hecho mención también es aplicable al régimen de separación de bienes, habida cuenta que, en ese caso, todos los bienes que sean titularidad de ambos cónyuges estarán sujetos al régimen de condominio ordinario. La posición seguida al respecto por los órganos judiciales no es unánime, toda vez que mientras algunos argumentan que el régimen de separación de bienes excluye la existencia de una masa común de bienes o derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones (entre otras AAP de Toledo, de fecha 15/3/2006; SAP de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 4/6/2007), otras resoluciones han entendido que el régimen de separación de bienes no es incompatible con la existencia de una masa común afectada al levantamiento de las cargas matrimoniales (SAP de Pontevedra, de fecha, 23/5/2008).

No es función de este órgano pronunciarse sobre una u otra opción, pero sí señalar la conveniencia de despejar cualquier duda sobre este aspecto. Por ello, si lo que se pretende es que el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes sea adecuado para proceder a la liquidación de la comunidad indivisa en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

supuestos de separación de bienes, así debería recogerse expresamente.

1. Artículo 807.

Este artículo tiene por objeto determinar cuál es el órgano competente para conocer del procedimiento de liquidación. La única novedad que introduce el Anteproyecto es la sustitución del vocablo “esté conociendo” por “conozca” en referencia al Juzgado de Primera Instancia que conozca o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio.

2. Artículo 808.

La modificación operada en este artículo no es más que la reproducción del contenido del artículo 770, en lo que a la presentación de propuesta de formación de inventario y plan provisional de administración y disposición se refiere.

3. Artículo 809.

El primer párrafo del artículo citado recoge la modificación operada en el ordinal primero del artículo 770.1, último párrafo relativo a las actuaciones que el Secretario judicial deberá desarrollar, una vez sea admitida a trámite la demanda que principie el procedimiento matrimonial.

El párrafo segundo establece un procedimiento especial para los supuestos de urgencia, cuyo régimen jurídico es diferente del previsto en el vigente párrafo segundo del número uno. Acreditadas las razones de urgencia o, en su caso, que la citación para la formación de inventario a que se refiere el primer párrafo del vigente artículo 809.1



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

puede comprometer el patrimonio matrimonial, el Tribunal podrá acordar, mediante auto, sin más trámites y dentro del plazo de cinco días, lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en la propuesta de inventario, así como aquellas medidas indispensables para la seguridad de los bienes, libros, papeles, correspondencia y demás efectos susceptibles de ocultación y sustracción.

Mediante la medida proyectada se establece un trámite que omite la comparecencia de las partes para la formación de inventario, de manera que el juez queda facultado para resolver, sin audiencia del demandado, sobre el régimen de administración y disposición de los bienes incluidos en la propuesta de inventario, si bien aquél podrá suscitar oposición de acuerdo a lo previsto en el artículo 793.

Dada la importancia que presenta la administración y disposición provisional de los bienes que forman parte de la sociedad matrimonial, la fijación de un trámite urgente que permita resolver al juez “inaudita parte” debe ser considerado con recelo. Además, si las concurrentes razones de urgencia aconsejan acelerar la tramitación, existen medidas alternativas a la que plantea el Anteproyecto. A título de ejemplo, bastaría con acortar de diez a cinco días el plazo máximo de celebración de la comparecencia prevista en el vigente artículo 809.2 de la LEC, manteniéndose el plazo para dictar resolución a que se refiere el último párrafo del número citado –en el mismo día o al siguiente-.

Por último, debe señalarse la existencia de un error de redacción en el inciso final del párrafo antes indicado, en el que figura la frase “resolverá por lo que proceda”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

4. Artículo 810.

El régimen jurídico establecido en este artículo se mantiene esencialmente, si bien se añaden unas matizaciones para los supuestos en que la disolución del régimen económico matrimonial se haya acordado por sentencia de nulidad, separación o divorcio. En estos casos, como la propuesta de liquidación se debió formular junto con la demanda, el número uno del artículo citado confiere un traslado al actor para que formule nueva propuesta o complemente la inicial. Realmente, no se alcanza a comprender la razón de este trámite, pues si la pretensión del prelegislador es agilizar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial y, por ello, el actor queda obligado a presentar junto con la demanda una propuesta de liquidación del régimen antedicho, no parece razonable que una vez recaiga sentencia firme en el proceso matrimonial se le brinde la posibilidad de presentar una nueva propuesta o una modificación de la ya presentada.

Por otra parte, en este apartado debería tenerse en cuenta la singular situación que origina la aplicación de lo previsto en el artículo 777.2, segundo párrafo, -acuerdo de los cónyuges en todos los extremos, menos la liquidación del régimen económico matrimonial- que requiere de cada uno de ellos la presentación de una propuesta de liquidación, sin que en consecuencia, se prevea la intervención diferenciada del actor y demandado.

5. Artículo 811.

La única variación se produce en el párrafo primero que, en relación con el régimen de participación, se sustituye la frase *“no podrá*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

solicitarse la liquidación del régimen de participación” por “no podrá procederse a la liquidación del régimen de participación”.

3. REGISTRO CIVIL.

Tanto el artículo 38 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Registro Civil, como el artículo 40 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, de Registro Civil, incorporan un añadido al listado de hechos y actos susceptibles de anotación que se concreta, respectivamente, en los apartados sexto y séptimo, de manera que también serán objeto de anotación registral la admisión de las demandas de separación, divorcio o nulidad y de las dirigida a obtener la eficacia de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en las que se inste la disolución o liquidación del régimen económico matrimonial. Tal modificación no es más que la consecuencia de lo previsto en el artículo 770.1.1º y artículos concordantes.

4. LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.

El Anteproyecto añade un nuevo artículo 2 bis, cuyo número primero se delimita al ámbito de la mediación familiar en términos generales, mientras que en el número dos se establece un catálogo de materias susceptibles de ser sometidas a la mediación.

La mediación familiar sólo podrá tener lugar en aquellas materias legalmente disponibles por las partes o, en su caso, cuando lo acordado sea susceptible de homologación judicial. Dicho precepto corrobora lo establecido en el número uno del artículo dos de la vigente ley, que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

excluye de la mediación los asuntos civiles y mercantiles cuyos derechos y obligaciones no estén a disposición de las partes.

Varias son las observaciones que cabe formular respecto del elenco de materias contenidas en el número dos del artículo dos bis. El supuesto enunciado en la letra c) extiende la mediación a los conflictos que surjan entre personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar. Redactado en esos términos, la extensión del precepto resulta excesivamente amplia, siendo recomendable reconducir su ámbito de aplicación, salvo las cuestiones hereditarias, a supuestos más concretos, tales como las relaciones de los hijos menores con otros parientes y allegados.

La letra d) engloba los conflictos que se susciten entre menores o personas con capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección o apoyo que hayan sido designados o, en su caso, los guardadores de hecho. Por otra parte, la letra e) contempla las controversias surgidas entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen, respecto de cualquier aspecto del acogimiento o convivencia. No debe perderse de vista que la principal finalidad del procedimiento de mediación es la de alcanzar acuerdos vinculantes, en los términos revistos en el artículo 23 de la Ley de Mediación. Por ello, tratándose de personas que no gozan de plena capacidad de obrar no parece posible que estos últimos puedan suscribir tales acuerdos, sin la intervención de las personas que ostenten su representación legal.

El supuesto contemplado en la letra f) versa sobre los conflictos surgidos entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en la búsqueda de los orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores. Según establece el artículo 180.5 del Código Civil *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados de asesoramiento la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”*. Visto el contenido del precepto transcrito, sería conveniente conferir al apartado otra redacción, de manera que quedara reflejada con mayor nitidez que el objeto de la mediación consistirá en hacer efectivo el derecho a que se ha hecho mención.

El número tres excluye del ámbito de la mediación los conflictos en que las partes estén implicadas en supuestos de violencia doméstica, de género o en atentados contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra o de los hijos.

Los números cuatro y cinco contemplan supuestos en que el conflicto afecte a menores o personas con capacidad judicialmente completada. En estos casos, las partes deberán actuar con pleno respeto al superior interés de aquéllos. Podrán ser oídos, si así lo solicitaran las partes, los abuelos, hermanos u otros parientes o allegados respecto de los preacuerdos de mediación que pudieran afectarles. Por último, también se les reconoce el derecho a conocer el contenido concreto de los preacuerdos, que les serán comunicados por las partes en presencia de la persona mediadora o, a instancia de aquéllas, por el propio mediador.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por último, el número seis exige que los acuerdos alcanzados a través de la mediación sean presentados ante la autoridad judicial para su ratificación y aprobación en los términos que resulten de la legislación procesal estatal. Tal como viene redactado el apartado, la aprobación judicial resulta imperativa, lo cual no siempre será necesario, salvo que se pretenda establecer un régimen singularizado para la mediación en el ámbito familiar. Por ello, se propone una leve modificación de la redacción, de manera que la necesidad de aprobación judicial sólo se exija cuando así lo requiera la legislación civil o procesal.

El artículo 16 incorpora un nuevo apartado, concretamente el número tercero, que atañe a los supuestos en que se esté tramitando un procedimiento judicial. En esos casos, las partes podrán solicitar la suspensión conforme a lo establecido en la legislación procesal, sin perjuicio que el juez puede proponer a las partes la mediación como solución, si estima posible el acuerdo. El procedimiento judicial se reanudará a solicitud de cualquiera de las partes o en el caso de alcanzarse acuerdo. Lo previsto en este artículo se acomoda a lo estatuido en el artículo 770.1.6º.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5. OTRAS DISPOSICIONES.

A) Disposición adicional primera. Igualdad de género.

Su principal finalidad es la de atribuir a determinados vocablos del género masculino (padres, hijos, y abuelos) una acepción comprensiva de los hombres y mujeres, con independencia de cuál sea su sexo.

B) Disposición adicional segunda.

Dicha disposición prevé que *“El gobierno propondrá a las Comunidades Autónomas, el establecimiento de unas directrices en políticas de viviendas de alquiler social y VPO, de modo que las situaciones de nulidad, separación o divorcio se priorice el acceso a una vivienda digna a las personas de este colectivo en situación de necesidad, siempre que haya menores a su cargo”*.

No parece propio de un mandato legislativo contemplar la mera posibilidad de proponer la asunción de ciertas directrices a las entidades a quienes les está atribuida la competencia en política de vivienda de protección oficial y alquiler social. Por otra parte, desde el respeto al ámbito de decisión del prelegislador y siendo conscientes de la problemática que en relación con la vivienda puede originar la ruptura del vínculo matrimonial –extensible, por otra parte, a cualquier ruptura de la convivencia familiar-, no cabe ignorar que la necesidad de ocupar una vivienda puede ser más apremiante en otras circunstancias y, de ahí que la prioridad a que hace mención el Anteproyecto pueda ser, cuanto menos, discutible.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

C) Disposición transitoria primera.

Conforme a lo preceptuado, los procedimientos en trámite a la entrada en vigor de la ley continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes a la fecha de presentación de la demanda.

D) Disposición transitoria segunda.

El contenido de la referida disposición es el siguiente: *“A través del procedimiento establecido para la modificación de las medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad, o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de los casos concretos soliciten la aplicación de esta norma”.*

Según reza el precepto transcrito, el cauce procesal previsto para la revisión será el correspondiente a la modificación de medidas definitivas adoptadas en procesos de separación, nulidad o divorcio. Por otra parte, la finalidad perseguida ha de ser la de modificar las medidas adoptadas conforme a la legislación vigente, de todo lo cual se infiere que el prelegislador ha pretendido limitar la revisión a los procedimientos matrimoniales, dado que para dichos procedimientos existe un trámite específico para la modificación de medidas definitivas.

Por otra parte, este Consejo debe poner de manifiesto que la medida proyectada dará lugar a un incremento sustancial de los procedimientos, que incidirá negativamente en la ya precaria situación de los órganos judiciales. Por ello, en la situación actual es ineludible que se lleve a cabo un reforzamiento de los medios materiales y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

personales, para que la revisión de los asuntos pueda desarrollarse con éxito.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las principales modificaciones del Anteproyecto afectan a una serie de aspectos derivados de la nulidad, separación y divorcio. Aun cuando el modelo familiar más extendido se asiente sobre el vínculo matrimonial, no cabe ignorar que existen otras modalidades de convivencia familiar, principalmente sustentadas en la existencia de hijos comunes; de ahí que la institución familiar y las relaciones que en su contexto surgen trasciendan del ámbito estrictamente matrimonial

No se desconoce que tanto la doctrina constitucional como jurisprudencial han puesto de relieve las diferencias existentes entre el matrimonio y la convivencia “more uxorio”; mas ello no debe suponer que las relaciones paterno-filiales subsiguientes a la ruptura de la convivencia extramatrimonial hayan de quedar exentas de regulación por parte del Anteproyecto, máxime cuando el artículo 39.2 de la Constitución garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación. Por tanto, la nueva regulación que el Anteproyecto ofrece en aspectos tales como el ejercicio de la patria potestad conjunta, los periodos de convivencia, el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos con sus padres, la atribución de la vivienda familiar y la prestación por alimentos, debería aplicarse a cualquier situación de ruptura de la convivencia entre los progenitores, en sintonía con lo ya previsto en algunas leyes autonómicas, que toman



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

como principal referente la ruptura de la convivencia, al margen de la existencia o no de vínculo matrimonial.

SEGUNDA. El Anteproyecto traslada al artículo 90.1 c), que atañe al convenio regulador, los criterios establecidos en el número tres del artículo 93 para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios, cuando ésta deba ser fijada judicialmente por falta de acuerdo. Esta previsión altera el principio de la autonomía de la voluntad que rige en la materia –así lo ha recogido la doctrina jurisprudencial, en las SSTS de fechas 30/4/2013 y 4/11/2011, entre otras-, pues conforme a lo previsto en el artículo en el segundo párrafo del artículo 90 del vigente Código Civil –y también en el artículo 90.2, según versión del Anteproyecto- los pactos alcanzados por los cónyuges deben ser judicialmente refrendados, salvo que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para los cónyuges.

Tal medida debería ser repensada, pues al margen de los límites mínimos fijados para el convenio regulador, debería respetarse el ámbito de libertad de pacto que se reconoce a los cónyuges, sin que esta se vea mediatizada por la obligatoria asunción, por parte de estos últimos, de los criterios establecidos para cuando la autoridad judicial deba resolver en defecto de acuerdo.

TERCERA. El Anteproyecto confiere a la modalidad de custodia compartida un estatus de normalidad, frente al carácter excepcional que proclama el vigente artículo 92.8 del Código Civil. Esta medida debe ser valorada como opción de política legislativa, en la línea seguida por algunos ordenamientos autonómicos (entre ellos ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas; el Libro



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Segundo del Código Civil de Cataluña y el Código de Derecho Foral de Aragón).

No obstante, el modelo concreto que se introduce puede originar situaciones problemáticas, habida cuenta que, en contra del criterio jurisprudencial hasta ahora imperante, la custodia compartida podrá ser establecida por el juez sin que ninguno de los progenitores lo solicite, sin tener en cuenta que ese dato deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso.

CUARTA. La principal modificación que incorpora el Anteproyecto se contiene en el último inciso del segundo párrafo del número uno del artículo 92 bis, toda vez que el juez podrá acordar la custodia compartida aun cuando ninguno de los progenitores interese la adopción de tal régimen, con tal que cada uno de los cónyuges inste para sí la custodia monoparental. La modificación llevada a cabo en ese punto puede abocar que la guarda y custodia compartida sea fijada a modo de solución salomónica -cuando ambos padres interesen la custodia exclusiva para sí- lo que, previsiblemente, no comportará ventaja o utilidad alguna respecto del criterio jurisprudencial imperante y, además, es previsible que su otorgamiento sea cuestionado a través del cauce procesal establecido al efecto.

Si bien parece razonable que el Anteproyecto regule la modalidad compartida de custodia bajo el prisma de la normalidad, lo que carece de sentido es alterar el criterio jurisprudencial asentado, a través de una modificación que difícilmente puede revertir en interés de los hijos, ni servir para que los padres puedan desempeñar de mejor manera las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

funciones inherentes a la guarda y custodia, al no haber interesado la fijación del ejercicio conjunto de esa facultad tuitiva. Por el contrario, es más que previsible que el otorgamiento de oficio de la guarda conjunta agudice las tensiones y controversias que, frecuentemente, pueden surgir tras la ruptura de convivencia, en aspectos tan trascendentes como la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos.

QUINTA. El segundo párrafo del artículo 92 bis.3 incorpora un listado de circunstancias, a las que el juez deberá prestar especial atención para establecer el régimen de guarda y custodia, relación y comunicación con el progenitor no conveniente y con parientes y allegados. El hecho mismo de incorporar un catálogo de esa naturaleza merece una valoración positiva, al adecuarse a las pautas establecidas, entre otras, por la STS 8/10/2009, pues a diferencia de otros sistemas extranjeros, hasta ahora el Código Civil no ha incorporado una lista de criterios que permitan determinar, en cada caso, qué circunstancias deben ser tomadas en consideración para justificar el superior interés del menor cuando existan discrepancias entre los padres.

SEXTA. El artículo 92 bis.5 tiene por objeto regular la prohibición de atribución de la guarda y custodia y, en su caso, de establecer un régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos, respecto del progenitor condenado por determinados delitos, o bien que esté sujeto a un proceso penal en el que se aprecien indicios fundados de criminalidad. La condena por los delitos enumerados en el párrafo primero del citado precepto dará lugar, salvo excepción, a la prohibición de ejercicio de la guarda y al disfrute de los derechos de relación con los hijos, mientras que la apreciación de indicios fundados de participación en aquellos delitos, o en otros relacionados con la violencia de género o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

doméstica, sólo impedirá que el progenitor concernido quede excluido de la guarda y custodia.

El Anteproyecto debería prever, expresamente, la posibilidad de suprimir el régimen de estancia, relación y comunicación cuando el padre encartado en un proceso penal fuera finalmente condenado por cualquiera de los delitos a que se refiere el párrafo primero del artículo y número indicado, habida cuenta que el número ocho del citado precepto no contempla la modificación de las medidas definitivas por aquel motivo.

SÉPTIMA. El Anteproyecto sólo contempla la violencia de género, con sustantividad propia, en el caso de que el progenitor sea imputado en un proceso penal por la existencia de indicios fundados en su contra, pero nada dispone para el supuesto que, finalmente, resultase condenado por un delito de aquella naturaleza. Determinados delitos, como el previsto el artículo 153.1 del Código Penal, pueden ser encuadrados en la violencia de género recogida en el párrafo segundo, o bien como un atentado contra la integridad física del cónyuge contemplado en el párrafo primero. En esos casos, las consecuencias de ser incardinado en una u otra categoría serían diferentes si recayera sentencia penal firme, ya que, en función de la catalogación por la que se opte el régimen de estancia, relación y comunicación sería distinto. Por ello, para evitar problemas interpretativos, se propone incluir los delitos de violencia de género dentro del primer párrafo, de conformidad con la sistemática seguida en el párrafo segundo, en el cual se contempla específicamente dicha violencia junto con los atentados contra el cónyuge y los hijos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

OCTAVA. Aunque en virtud del principio de presunción de inocencia, las consecuencias de la incriminación basada en indicios fundados de actuación delictiva no es equiparable a la condena firme, en determinados casos no es descartable que la gravedad de los hechos delictivos aconseje evitar cualquier tipo de estancia, relación o comunicación con los hijos, por parte del progenitor afectado por la resolución que aprecie indicios fundados de criminalidad. Por tanto, el párrafo segundo del artículo 92 bis.5 debería facultar al juez civil para privar del referido régimen en supuestos de notoria gravedad.

NOVENA. La sentencia absolutoria y el sobreseimiento libre son las únicas circunstancias que el Anteproyecto considera susceptibles de dar lugar a la revisión régimen de guarda y custodia, cuando previamente se haya dictado resolución, en el proceso penal, en cuya virtud se constaten indicios racionales y fundados de criminalidad respecto de uno de los cónyuges. En consecuencia, el sobreseimiento provisional no habilita tal revisión.

Teniendo en cuenta el derecho a la presunción de inocencia que la Constitución reconoce, el sobreseimiento provisional debería incluirse dentro de los supuestos que dan lugar a la revisión del régimen de guarda y custodia. De mantenerse la actual redacción se limitarían los efectos de la referida presunción solamente al ámbito penal, y se abocaría al progenitor afectado a padecer las consecuencias de no haber sido beneficiado por una resolución equiparable a una sentencia absolutoria firme, de modo que quedaría sujeto, a efectos civiles, a una especie de absolución en la instancia -institución afortunadamente desterrada de nuestro ordenamiento jurídico-, lo cual contraviene radicalmente el mandato recogido en el artículo 24.2 de la Constitución.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

DÉCIMA. En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, cuando el inmueble pertenezca privativamente al cónyuge que no ostente la guardia y custodia, o cuya titularidad sea común, se estima conveniente que, conforme al criterio jurisprudencial consolidado, el artículo 96.3 establezca categóricamente que dicha atribución perdurará hasta en tanto subsista la obligación de prestar alimentos a los hijos, sin que, salvo común acuerdo, proceda la liquidación de la vivienda durante ese periodo.

Por otra parte, como también es factible que la vivienda familiar sea utilizada alternativamente por los progenitores -en determinados supuestos de custodia compartida- lo previsto en el primer inciso del artículo 96.3 debería abarcar también el supuesto enunciado, habida cuenta que los hijos comunes habitarían dicho inmueble con carácter permanente.

UNDÉCIMA. La Disposición Derogatoria Única deja sin contenido el artículo 159 del Código Civil. La derogación del mencionado precepto supone la desaparición de una norma cuya aplicación está principalmente concebida para los hijos extramatrimoniales, cuyos padres no hubieran convivido nunca o bien hubieran roto la convivencia previa, pues conforme a su contenido *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ciertamente, el contenido del citado artículo no se acompasa con el propósito de que la guarda y custodia compartida sea una opción normal y ordinaria; sin embargo, ello no debería dar lugar a la derogación del artículo citado, pues lo adecuado sería aprovechar la reforma proyectada para articular un régimen jurídico específicamente aplicable a los hijos extramatrimoniales y, en la línea enunciada en el apartado IV de este informe, establecer un régimen jurídico global para tales situaciones.

DUODÉCIMA. El segundo párrafo del ordinal quinto del artículo 152 incluye un nuevo motivo de extinción de la obligación de prestar alimentos, que operará cuando el hijo mayor de edad contrajera matrimonio, mantuviera análoga relación de afectividad o dejase de residir en el domicilio familiar, no pudiendo incluirse en este último supuesto las ausencias temporales o involuntarias del mismo. Si bien tanto el artículo 93.2 del Código civil como el artículo 92.4, según versión del Anteproyecto, establecen que la prestación por alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados quedará condicionada, en el marco de un procedimiento matrimonial, a que estos últimos convivan en el domicilio familiar, de mantenerse la actual redacción, la causa de extinción a que se refiere el artículo 152-5º no sólo operaría en el contexto del procedimiento matrimonial, sino en cualquier circunstancia en que el descendiente sea beneficiario de alimentos a cargo del ascendiente, lo que alteraría la sistemática del derecho de alimentos, basada en la reciprocidad entre ascendientes y descendientes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por todo lo expuesto, se sugiere trasladar al número cuatro del artículo 92 la previsión contenida en el ordinal quinto del artículo 152, de manera que cuando en un procedimiento matrimonial se hubieran reconocido alimentos al hijo mayor de edad, y éste alcanzara la independencia personal y familiar, la referida pensión quede sujeta, en su caso, al régimen general de la prestación por alimentos.

DÉCIMO TERCERA. La letra g) del artículo 90 introduce, en el contexto del convenio regulador, la posibilidad de que los intervinientes puedan recurrir a la mediación familiar, bien para dirimir divergencias derivadas de la aplicación del convenio regulador o para modificar algunos de los pactos alcanzados.

Por otra parte, La modificación introducida en el ordinal sexto del artículo 770.1 faculta al juez para proponer una solución de mediación, cuando a la vista de las circunstancias concurrentes considere posible el acuerdo. Si las partes aceptan el proceso de mediación, motu proprio o en virtud de propuesta del juez, el procedimiento quedará suspendido hasta en tanto se tramite la mediación, reanudándose a instancia de cualquiera de las partes. En caso de alcanzarse acuerdo, éste deberá ser aprobado por el juez conforme a lo establecido en el artículo 777.

Sendas medidas merecen una valoración favorable, en tanto que establece un instrumento útil para la resolución de eventuales conflictos o para la adaptación de sus relaciones a nuevas circunstancias que puedan surgir.

DÉCIMO CUARTA. El Anteproyecto no lleva a cabo modificación alguna del contenido del artículo 806; de ahí que puedan suscitarse



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dudas sobre si el procedimiento regulado en el citado artículo y siguientes, resulta aplicable al conjunto de bienes que pertenecen pro indiviso a ambos cónyuges, cuando el régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes.

Sobre esa cuestión, la posición seguida por los órganos judiciales no es unánime, toda vez que mientras algunos argumentan que el régimen de separación de bienes excluye la existencia de una masa común de bienes o derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones, otras resoluciones han entendido que el régimen de separación de bienes no es incompatible con la existencia de una masa común afecta al levantamiento de las cargas matrimoniales.

Ante tal situación sería conveniente de despejar cualquier duda sobre este aspecto. Por ello, si lo que se pretende es que el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes sea idóneo para proceder a la liquidación de la comunidad indivisa en supuestos de separación de bienes, así debería recogerse expresamente.

DÉCIMO QUINTA. El párrafo segundo del artículo 809 establece un procedimiento especial para los supuestos de urgencia, en cuya virtud el Tribunal podrá acordar, mediante auto, sin más trámites y dentro del plazo de cinco días, lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en la propuesta de inventario, así como aquellas medidas indispensables para la seguridad de los bienes, libros, papeles, correspondencia y demás efectos susceptibles de ocultación y sustracción. La medida proyectada establece un trámite que omite la comparecencia de las partes para la formación de inventario, de manera que el juez queda facultado para resolver, sin audiencia del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

demandado, sobre el régimen de administración y disposición de los bienes incluidos en la propuesta de inventario.

La fijación de un trámite urgente que permita resolver al juez “inaudita parte” debe ser considerado con recelo, máxime cuando existen medidas alternativas a la que plantea el Anteproyecto. A título de ejemplo, bastaría con acortar de diez a cinco días el plazo máximo de celebración de la comparecencia prevista en el vigente artículo 809.2 de la LEC para el supuesto no urgente, manteniéndose el plazo para dictar resolución a que se refiere el último párrafo del número citado, es decir, en el mismo día o al siguiente de la celebración de la comparecencia.

DÉCIMO SEXTA. La Disposición transitoria segunda establece que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, a través del procedimiento establecido para la modificación de las medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad, o divorcio, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de los casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma.

Este Consejo debe poner de manifiesto que la medida proyectada dará lugar a un incremento sustancial de los procedimientos, que incidirá negativamente en la ya precaria situación de los órganos judiciales. Por ello, en la situación actual es ineludible que se lleve a cabo un reforzamiento de los medios materiales y personales, para que la revisión de los asuntos pueda desarrollarse con éxito.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Esto es todo cuanto tiene que manifestar el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en relación con el Anteproyecto remitido para informe.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil trece.