



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

Grado en Derecho

EVOLUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA 1º TS Y DE LOS TSJ

Presentado por: Elena María Izquierdo Iglesias

Tutelado por: Henar María Álvarez Álvarez

Fecha de presentación: 4 de diciembre 2020

ÍNDICE

Abreviaturas.....	4
Resumen.....	5
Introducción.....	6

CAPÍTULO I. CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA, DIFERENCIAS CON LA PATRIA POTESTAD Y TIPOS DE CUSTODIA

1.1 Concepto de guarda y custodia.....	8
1.2 Diferencias con la patria potestad.....	8
1.3 Tipos de custodia.....	10

CAPÍTULO II. MARCO JURÍDICO

2.1 Derecho civil común	12
2.1.1 Evolución legislativa.....	12
A. Ley de divorcio de 2º República.....	12
B. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.....	15
C. 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	18
D. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican en el CC y la LEC en materia de separación y divorcio.....	18

E. Anteproyecto de Ley sobre custodia compartida y otras modificaciones del CC y la LEC.....	20
--	----

2.2 Derecho civil foral	25
-------------------------------	----

2.3 Marco legal internacional y europeo de nuestro entorno.....	28
---	----

CAPÍTULO III. Tratamiento y evolución de la custodia

compartida.....	31
-----------------	----

3.1 Tribunal Supremo	32
----------------------------	----

3.1.1 Primeras sentencias tras la ley 15/2005, de 8 de julio.....	32
---	----

3.1.2 Criterios para acordar la guarda y custodia compartida fijados por el TS.....	34
---	----

A. Criterios generales.....	34
-----------------------------	----

B. Criterios específicos.....	36
-------------------------------	----

3.2. Tribunales Superiores de Justicia.....	50
---	----

3.2.1 Tribunal Superior de justicia de Aragón.....	50
--	----

3.2.2 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.....	51
--	----

3.3.3 Tribunal Superior de justicia de Navarra.....	56
---	----

3.3.4 Tribunal Superior de justicia de País Vasco.....	58
--	----

CAPÍTULO IV. Pensión de alimentos y gastos extraordinarios

4.1 Los alimentos en la custodia compartida. Fijación de los alimentos.....	59
---	----

4.2 Extinción de la pensión de alimentos.....	62
---	----

CONCLUSIÓN	64
------------------	----

BIBLIOGRAFIA	68
--------------------	----

ANEXO.....	71
------------	----

ABREVIATURAS

CE Constitución Española de 1978

CC Código Civil

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

TC Tribunal Constitucional

STC Sentencia Tribunal Constitucional

L.O Ley Orgánica

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

SAP Sentencia Audiencia Provincial

Art Artículo

CCAA Comunidad Autónoma

RESUMEN

La Ley 15/ 2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, introduce por primera vez en nuestra legislación el modelo de custodia compartida, que permite una nueva posibilidad de regular las relaciones de los hijos con sus progenitores cuando se ha producido una ruptura del núcleo familiar.

Este trabajo trata de recoger la legislación y la evolución de la Jurisprudencia que se ha ido dictando a lo largo del tiempo en nuestro país que, como consecuencia, y fruto de una demanda social, hizo factible la promulgación de esta ley.

PALABRAS CLAVE

Interés superior, menor, niños, padres, custodia, protección, familia, legislación, mediación, ruptura matrimonial, vivienda, alimentos.

ABSTRACT

The law 15/2005, July 8th, by which the Civil Code and the Civil Prosecution Law are modified in the matters of separation and divorce, introduces for the first time in our legislación the model of shared custody, that allows for a new possibility in regulating the relation between sons and their progenitors when a family nucleus is broken.

This essay aims on collecting the legislation and evolution of the jurisprudence that has been dictated since in our country, as a consequence and, as a result of a social proclamation of said law.

KEYWORDS

Superior interest, minor, children, parents, custody, protection, family, legislation, mediation, marriage break, housing, food.

INTRODUCCIÓN

Cuando se produce una crisis matrimonial, o de pareja, frecuentemente, trae consigo la ruptura de la unidad familiar y, por ello se tendrá que plantear cuál de los progenitores se va a encargar del cuidado de los hijos menores de edad, quien va a garantizar el comunmente llamado “interés del menor”. En un primer momento, serán los padres quienes puedan decidir cuál de los dos está más capacitado para encargarse del cuidado de los menores. En cambio, son muchas las veces que el no entendimiento entre los padres impide adoptar el mejor régimen de esta guarda y custodia, por lo que tendrá que ser el juez quien decida sobre el régimen de custodia que garantice el cumplimiento efectivo de ese interés superior, que debe superponerse sobre cualquier otro, decidiendo sobre el régimen de custodia de los hijos menores.

En este trabajo se va a desarrollar una modalidad existente de guarda y custodia, la custodia compartida, que hace referencia al hecho de que ambos progenitores participen responsablemente en el proceso de crianza de sus hijos y ambos tengan la posibilidad tanto de cuidar de sus hijos de manera equilibrada en los tiempos de estancia con ellos, como de representarlos legalmente¹. Esta guarda y custodia compartida ha sufrido una evolución progresiva durante el tiempo, adaptándose tanto a las nuevas realidad sociales, como a las nuevas formas de concepto que se ha dado de unidad familiar, por lo que ha supuesto una respuesta legal a una demanda social ya existente, que es justo lo que se va a analizar en el presente trabajo de fin de grado.

En primer lugar, en el primer capítulo se desarrolla qué es la custodia compartida, que tipos de guarda y custodia hay y la diferencia de este término con la patria potestad.

Por una parte, y partiendo de la base de que la custodia compartida es consecuencia directa de una ruptura entre los progenitores, se establece a lo largo del segundo capítulo la evolución a lo largo del tiempo, desde la primera vez que se adoptó una ley de divorcio en España, desde la Ley de divorcio de 1932, la posterior *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el*

¹ Gómez y Soto (2015). Ruiz Rodríguez 2013, Simón 20099

procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y, por último, 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*, en la que se regula la custodia compartida, haciendo referencia al proyecto de 2013.

En el tercer capítulo se lleva a cabo un análisis exhaustivo jurisprudencial y doctrinal ante la posibilidad de llevar a cabo o no esta custodia compartida dependiendo de cada caso concreto.

Por último, en el capítulo cuarto se abordará como se fija la pensión de alimentos cuando se establece la custodia compartida.

CAPÍTULO I

CONCEPTO CUSTODIA COMPARTIDA, DIFERENCIAS CON LA PATRIA POTESTAD Y TIPOS DE CUSTODIA

1. CONCEPTO CUSTODIA COMPARTIDA

El término custodia compartida hace referencia a una modalidad de guarda y custodia basada en la responsabilidad que tienen los padres al producirse una crisis de pareja. El código civil no regula esta figura jurídica, solo establece en su artículo 92. 5 CC lo siguiente: *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*” El citado artículo ha sido debate y objeto de críticas por no responder a la realidad de la custodia compartida, ya que ni es conjunta, por darse en casos de separación de los progenitores, ni es compartida, si no alternada entre los progenitores para que, y en la medida de lo posible, los hijos menores no sufran las consecuencias suscitadas entre los progenitores y que se garantice el cuidado de los hijos menores en periodos temporales amplios por ambas partes.

1.1 Distinción entre guarda y custodia y patria potestad.

Al no definir el CC de forma expresa al término de custodia compartida, cabe subrayar el vínculo existente y de la institución de la que deriva, la patria potestad, definida por Díez-Picazo como el conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores por lo que las notas que caracterizan este

término son las que se identifican con la guarda y custodia de los hijos y establecidos en el artículo 152 CC de velar por los hijos, así como tenerlos en su compañía, entre otros.

Carlos Lasarte sobre la Patria potestad dice lo siguiente: *“hace referencia al conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres.”*²

A pesar de mostrarse similitudes entre ambas figuras jurídicas, la patria potestad en contraposición de la guarda y custodia se caracteriza porque su ejercicio no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por voluntad propia de los padres, solo por causa que esté establecida en la ley, situación que es contraria en la guarda y custodia, al que se reconoce el derecho de los padres a solicitarla en la gran mayoría de casos, salvo que el progenitor solicitante se encuentre incurso en causas legales (Art 95.6 CC)

Los rasgos característicos que delimitan la figura jurídica de guarda y custodia, son la habitualidad en la convivencia de los menores con sus progenitores, así como la obligatoriedad para con sus hijos de la alimentación, vivienda o cuidado. En definitiva supone el ejercicio mediato -progenitor no custodio- o inmediato -progenitor custodio- de ciertos derechos y deberes de la patria potestad.

Cuando se produce el otorgamiento de la custodia a uno de los progenitores, se tienen en cuenta una serie de circunstancias concretas como el interés superior del menor, el resultado del informe del equipo psicosocial exigido por el Juzgado, que se basa en la observación de los trabajadores sociales sobre la interacción del menor con los progenitores, así como pruebas psicológicas y sociológicas a los padres. A pesar de ser un informe pericial, no es vinculante para el Juez. Otro aspecto de especial importancia a la hora de otorgar la guarda, es el principio que rige de no separar a los hermanos (Art. 92.5) ya que en la gran mayoría de los casos supone una alteración en el desarrollo emocional de los menores, criterio sostenido por el TS diciendo lo siguiente: *“La no separación de hermanos en la atribución de la guarda y custodia es un principio que debe regir las medidas adoptadas por el tribunal pero no opera como imperativo legal, ya que el interés del*

² Carlos Lasarte. Derecho de familia. Principios del derecho civil VI. Ed Marcial Pons. 18ª ed.. (pág. 346)

menor debe valorarse en función de las necesidades afectivas de los hijos pero también en función de otras circunstancias materiales, sociales y culturales.”³

Si se determinase que concurren causas graves, cabe la posibilidad y de manera excepcional encomendar la custodia a un tercero tal y como aparece recogido en el artículo 103.1 del CC.

1.2. Tipos de custodia.

En España, existen cuatro tipos de guarda y custodia:

- Guarda y custodia monoparental, individual o exclusiva que es aquella que se atribuye a uno de los progenitores quien se encargará del cuidado diario del menor. Al progenitor custodio se le atribuye el uso de la vivienda familiar al igual que será el encargado de gestionar la pensión alimenticia que corresponda a los hijos. El progenitor no custodio gozará del derecho de visita, de comunicación y de estancia. (Art. 94 del Código Civil). Así mismo tendrá el ejercicio mediato o inmediato de los derechos inherentes a la patria potestad, es decir, derecho a ser informado de la situación del menor por el progenitor no custodio, o instituciones tanto educativas como sanitarias; a pesar de no aparecer regulado en el artículo anteriormente mencionado, es lógico que el progenitor conozca la situación en la que se encuentra el menor, lo que sí que figura regulado en las comunidades de Cataluña y Aragón.
- Guarda y custodia compartida, bajo esta modalidad de custodia, ambos progenitores podrán tener la custodia del menor por periodos alternos, por lo que ambos tendrán igualdad de condiciones para el cuidado de sus hijos. Esta forma de custodia es siempre y en la medida de lo posible la mejor para el menor, ya que supone menos cambio de su situación anterior, vida con ambos padres, y económicamente supone menos gastos a los padres, por su presión al menos parcial de la pensión del derecho de alimentos de los hijos, pero solo podrá adoptarse si se reúnen los requisitos prevaleciendo siempre el interés del menor (José Manuel Sierra)

³ STS 530/2015, 25 de Septiembre de 2015

- Guarda y custodia partida o distributiva, regulado en el art. 96 párrafo segundo del Código civil al establecer la atribución del uso de la vivienda familiar en el divorcio: *cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno* (de los cónyuges) *y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente*". Si hubiese dos o más hijos, el Jue z podrá acordar la custodia de uno de los hijos a un progenitor y la del resto al otro siempre y cuando se haya realizado de manera justificada. Este tipo de guarda y custodia se encuentra bastante limitada debido al principio de unidad familiar, prevaleciendo la convivencia de los hermanos salvo en casos justificados.

- Guarda y custodia ejercida por un tercero: Se trata de una modalidad de guarda y custodia extraordinaria. Aparece recogida en el párrafo 2º del art. 103-1ª CC. Se adoptará por el Juez siempre y cuando concurren circunstancias extraordinarias que no posibiliten la guarda a ninguno de los progenitores, por lo que al final se otorga, a los abuelos u otro parientes cercanos, personas que acepten dicha atribución y en defecto de cualquiera de ellos a los servicios sociales de las Comunidades Autónomas.

CAPÍTULO II

MARCO JURÍDICO

2.1 Derecho civil común.

En el Código Civil, se regulan de manera separada, la guarda y custodia de la patria potestad. En cuanto a la guarda y custodia, aparece regulada en el artículo 92 del Código Civil, estableciendo la obligación que tienen los padres para con sus hijos en casos de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, así como cuando será posible la adopción de una custodia compartida cuando se den una serie de requisitos propios.

2.1.1 Evolución legislativa.

A. Ley de divorcio de II República 1932

La primera regulación en materia de divorcio en España aparece en el año 1932 con la segunda República. Pese a que España fue uno de los últimos países europeos en aprobar una ley relativa al divorcio se consideró una ley muy avanzada para su tiempo, ya que consideraba iguales ante la ley a ambos cónyuges, lo que en su día produjo un conflicto tanto social como legislativo. Al tratar de romper con un vínculo civil y religioso que produjo el rechazo de la norma por parte tanto del poder religioso como por los sectores de derechas y algunos de izquierdas de España. A pesar del rechazo por parte de los diputados conservadores, la ley es aprobada un 25 de febrero de 1932, con 260 votos a favor y 23 en contra.

Esta nueva institución figuró regulada en el artículo 43 de la Constitución de la II República, que decía literalmente: *'La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación*

en este caso de justa causa.” Es notorio que pudiera ejercitarse la acción de divorcio tanto de mutuo acuerdo como contencioso -justa causa supuesto culpabilístico-. Dicho sistema es el que adoptó la primera ley que regulo el divorcio en España tras la Constitución de 1978, la ley 30/1981, de 7 de Julio.

Así, la estructura de la norma quedaba articulada bajo 69 artículos, siete “reglas” transitorias y una disposición final. De manera visible, destaca por su orden caótico entre los diferentes temas a tratar que propiciaba que se perdiese el hilo conductor y, por ende, las resoluciones no fuesen claras.

El divorcio de mutuo acuerdo viene regulado en el art. 2 de la Ley y los supuestos contenciosos, en número de trece, en el artículo 3. Concretamente, eran los siguientes supuestos:

“1ª.- El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.

2ª.- La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.

3ª.- La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.

4ª.- El desamparo de la familia, sin justificación.

5ª.- El abandono culpable del cónyuge durante un año.

6ª.- La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al art. 186 del Código Civil.

7ª.- El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, los hijos comunes o los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves.

8ª.- La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insostenible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común.

9ª.- La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culpablemente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

10ª.- La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culpablemente ocultadas al tiempo de celebrarlo.

11ª.- La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años.

12ª.- La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años.

13ª.- La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquella pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo.”

A diferencia de la normativa actual, no cabía el divorcio por solicitud de uno de los cónyuges salvo que se apoyasen en supuestos culpabilístico del otro cónyuge.”

Resulta relevante que a pesar de mostrar grandes similitudes con nuestra ley actual, no tenía cabida el divorcio sin causa justificada en contra de nuestra norma actual, no hay obligación de establecer una causa justificada para proceder al divorcio del matrimonio.

A la hora de determinar la guarda de los hijos del matrimonio, tenía especial incidencia la "culpabilidad" de uno de los cónyuges. Así, el Juez inhabilitaba al cónyuge culpable para ejercer el cuidado de sus hijos o, en el caso de que ambos cónyuges lo fuesen, sería el Juez el que acordase "lo malo o lo peor" para los hijos. Relativo a los alimentos, figuraba regulado en los arts. 30 y siguientes tanto para entre los cónyuges, como para los hijos.

Llama la atención los puntos en común que muestra esta ley de 1932 con la actual, como el principio de proporcionalidad o las obligaciones de alimentos;

En esta ley no se contemplaba la posibilidad de la custodia compartida

B. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Esta ley de 7 de julio de 1981, también conocida como "Ley Fernández Ordóñez" llegó tras 45 años desde que se derogó la ley de divorcio de la 2ª República para volver a regular el divorcio en España. No se podía acceder libremente al divorcio salvo en determinadas condiciones tasadas en el art. 86.

La separación matrimonial, que debía establecerse por sentencia judicial, figuraba recogida en el artículo 83 del Código Civil, que suponía "la suspensión de la vida en común de los casados". A diferencia del divorcio, la separación matrimonial sigue manteniendo el vínculo entre ambos cónyuges.

Esta ley no permitía el acceso directo al divorcio como hoy, si no que requería de separación previa y/o del transcurso de determinados plazos. Supuestos del artículo 86 1º y 2º que requerían demanda previa de separación, mutuo acuerdo y contenciosa respectivamente, que podía ser de hecho artículo 86.3º a)- por mutuo acuerdo, o por existencia de sentencia de separación previa último inciso del mismo artículo, párrafo y apartado- dos años ininterrumpidos, también el del artículo 86. 4º cese de la convivencia durante al menos 5 años o condena por sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendentes o descendentes, art. 86.3 5º. En otros casos contemplados en el art. 86

Cabía la adopción de la separación de mutuo acuerdo o separación consensual, cuando fuese solicitado por ambas partes o de uno de ellos con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año de matrimonio y siempre deberá acompañar a la demanda propuesta de convenio regulador.

Por otra parte, encontramos la separación causal, por la que se instaba la separación previamente por uno de los cónyuges debido a que el otro se encontraba incurso en causa legal de separación o habiendo incurrido en una de las siete causas establecidas que se exponen en el artículo 82 del código civil.

1º- Violación de los deberes

2º- Vulneración de los deberes paternos

3-,4º- Los trastornos de la conducta personal – art. 82.4- 5º- el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses (separación de hecho) libremente consentido -art. 82

5-, o 6º- Simplemente durante tres años –art. 82.6-, y

7º- Así como la separación de hecho presupuesto de las causas de divorcio en los términos revistos en los números 3º,4º y 5º del art. 86 del Código Civil.

Sobre el divorcio, expone el artículo 85 del código civil, '‘el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de los cónyuges y por el divorcio. ’’No basta con la mera voluntad de los cónyuges de querer divorciarse, si no que debía estar basado en una de las causas que expone el artículo 86 del CC, que requerían del transcurso de determinados plazos: un año (86 1º y 2º) desde la interposición de la demanda de mutuo acuerdo o contenciosa, respectivamente sin que se hubiese dictado sentencia.

Dos años de cese efectivo de convivencia (86.3º) desde que se consienta por ambos la separación de hecho o desde la firmeza de la sentencia de separación o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges (apartado a), o cuando quien pida el divorcio acredite que el otro cónyuge se hayaba incurso en uno de os motivos de separación apartado b).

Por el transcurso de 5 años de separación efectiva a petición de cualquiera de los cónyuges art 86 4º.

O sin plazo, por condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendentes o descendentes, art 86. 5º

Hasta que no se apruebe 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, el modelo de guarda y custodia compartida no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de no encontrarse regulada, tampoco se prohibía de forma expresa, por lo que en determinados casos sí que se establecía aunque los tribunales no se decantaban por esta modalidad.(Como se verá más adelante por ciertas sentencias de las AP a partir de 1995.

Hasta este momento, el modelo de custodia que se adoptaba era la custodia monoparental o unipersonal (art 90.a) y 103 1º) y, de manera excepcional, se pueda encomendar la guarda y custodia a un tercero no progenitor o a una institución idónea por el que una vez producida la separación o la disolución del matrimonio, se otorgaba el cuidado y atención del menor a uno de los progenitores, ostentando el otro un derecho de comunicación, estancias y visitas. En este momento se consideraba que la custodia compartida suponía una alteración en el desarrollo emocional de menor, por lo que se rechazaba en mayor parte la adopción de este modelo de guarda; sin embargo, comienza a ser reclamado por aquellos progenitores no custodios, deseosos de querer formar parte de la vida de sus hijos, por lo que acababan solicitando este modelo de guarda al final del proceso matrimonial alegando el perjuicio que se producía en el menor la no convivencia con uno de sus progenitores que acabará derivando en un crecimiento notorio en el numero de demandas de padres que reivindican unas medidas mas justas para ponerle fin a este modelo de familia que había quedado obsoleto con la nueva realidad social. Ante esta nueva demanda se debe dar respuesta legal a la realidad social de custodia compartida, pero no será hasta la promulgación de la ley 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 cuando se de cabida legalmente a estas demandas.

C. La guarda y custodia compartida en España con anterioridad a la ley 15/2005

En España, tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen refiriéndose a la custodia compartida desde bastante antes de promulgarse la Ley 15/2005⁴ recogiendo tal modalidad de custodia por las distintas Audiencias Provinciales, siempre que se diesen determinados supuestos, que fuese pedido por ambos progenitores, cuando quedase acreditada la capacidad suficiente de ambos para ostentarla, que no hubiese conflictividad entre ellos, que no existiesen menores de corta edad, entre otros⁵. Entre dichas sentencias cabe destacar la de la SAP de Madrid, de 14 de noviembre de 2005, que si bien está dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 lo hace amparándose en la normativa anterior. Ésta señala:

“La guarda y custodia compartida aconseja que exista en los progenitores unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etc. Y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos; por otra parte requiere que haya entre éstos un ambiente de flexibilidad y una comunicación fluida.”

D. 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.

También conocida como “divorcio express” supone en España un cambio radical sobre la figura jurídica del divorcio, se denominó así en su momento debido a que hacía más factible, rápido y eficaz el divorcio en los cónyuges, suprimiendo la necesidad de la separación previa, que provocaba una lentitud del proceso de divorcio, por lo que se eliminan los plazos que establecía la ley 30/1981 en su art. 81, por remisión del art. 86, quedando reducido el sistema

⁴ DOMINGO MONFORTE, José, DE LA FUENTE RUBIO, Pilar, OLIVER AZNAR, Gloria y UBEDA BAYO, Ana de www.domingomonforte.com ; MORAN GONZÁLEZ, M.I. “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guardia y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor” en Custodia Compartida y protección de menores. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, Pag 91)

⁵ MARTÍNEZ CALVO, Javier “La Guardia y Custodia” ed. Tirant lo Blanch. Pag. 53-54

de plazos en la actual norma a un mero transcurso de tres meses desde la celebración, siempre y cuando no medie situaciones de peligro para cualquiera de ellos, violencia de género.

Con la nueva regulación, siguen figurando las dos modalidades de separación y divorcio, consensuales y contenciosas, con la diferencia radical de que serán ambos cónyuges los que decidan si quieren seguir conviviendo juntos o cesar en la misma, sin necesidad de que el otro tenga que estar incurso en causa de separación o divorcio.

Sobre la separación y divorcio judicial, se decretará por el juez y podrá adoptarse de manera consensual, a petición de ambos o uno con el consentimiento del otro, cuando hayan transcurrido tres meses desde que se lleva a cabo la celebración del matrimonio. A la propuesta de separación o divorcio deberán acompañar convenio regulador que estará redactado conforme al artículo 90 del CC.

También podrá acordarse la separación o el divorcio contenciosos, cuando lo solicite uno de los cónyuges una vez transcurridos los tres meses desde la celebración del matrimonio. En caso de que se acredite riesgo para la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge, así como de los menores convivientes no deberá respetarse el transcurso del plazo para la interposición de la demanda correspondiente.

Sobre el divorcio, en la exposición de motivos de la ley 15/2005, dice el legislador : “basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales .”

El gran cambio que se produce en esta modificación de la ley del divorcio, radica en la no necesidad de los cónyuges a acudir a una separación previa para que se produzca la disolución del matrimonio, por lo que se trata de una figura autónoma de la separación, otro aspecto de suma importancia de esta misma ley, radica en que ninguno de los cónyuges deberá alegar causa alguna para que se produzca eficazmente la disolución del matrimonio por lo que van a quedar sin efecto los artículos 82 y 86 del Código Civil.

El Juez, y a petición del interesado, declarará la separación o el divorcio sin necesidad de que deban alegar causa pero sí que se respeten y lleven a cabo determinados requisitos como:

- El transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo episodios de peligro para el cónyuge y descendientes (Art. 81.2º)
- Presentación de propuesta de convenio regulador si se tratara de un procedimiento consensual o propuesta de medidas, en el caso de que se trate de un procedimiento contencioso (Ultimo párrafo del art. 81 2º)

El matrimonio ya no va a depender de la demostración de que concurren alguna de las causas que se establecían en las anteriores leyes de divorcio, ni tampoco de una previa separación, solo va a depender de la voluntad de uno o ambos cónyuges.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/ 2005, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico la modalidad de guarda y custodia compartida que encuentra su fundamento en la necesidad de procurar la habitualidad en la convivencia del menor con ambos progenitores. Con la guarda y custodia compartida desaparecen los conceptos de progenitor custodio y no custodio, si no que de manera conjunta se encargaran de velar por el buen desarrollo de la vida del menor adaptándose esta ley a la nueva realidad de familia del momento, lo que desde mucho antes venía demandando la sociedad y sobretodo, el colectivo de los padres.

Pese a suponer una evolución en esta materia, no en todos los casos es aconsejable la adopción de esta modalidad de custodia. Son numerosos los casos en los que los conflictos entre los progenitores hacen que no sea aconsejable su adopción, ya que en la gran mayoría de las veces quien sufre las repercusiones de estos conflictos de la pareja son los hijos. Por otro lado el artículo 92.7 CC, establece la imposibilidad de fijar la custodia compartida en aquellos casos en la que "cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta,..., la existencia de indicios fundados de violencia doméstica."

E. Anteproyecto de Ley sobre custodia compartida y otras modificaciones del CC y la LEC. de julio de 2013

Con el Gobierno del PP y siendo Ministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón se aprobó un proyecto de ley sobre modificación del CC y la LEC en materia que afecta a la custodia

compartida, entre otros aspectos. Dicho anteproyecto incorpora la mayoría de las directrices que había fijado la Jurisprudencia tras la aprobación de la Ley de 2005. El portal Noticias Jurídicas publicó en la red el siguiente artículo donde desglosa los aspectos más relevantes de dicho anteproyecto.

El Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida⁶

“El Consejo de Ministros de hoy, 19 de julio, ha aprobado el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.”

Según la nota de prensa hecha pública por el Ministerio de Justicia, el nuevo texto legal pretende adaptar la legislación relativa al matrimonio y las relaciones paterno-filiales a las transformaciones que ha sufrido la sociedad española.

El aspecto más destacado de la nueva norma es que elimina la excepcionalidad con la que hasta ahora se regulaba la custodia compartida.

Para ello se reforma el artículo 92 del Código Civil y se introduce un artículo 92 bis. El objetivo es conseguir un sistema legal sin las rigideces y preferencias por la custodia monoparental del texto actual. Será el juez quien, en cada caso concreto, y siempre actuando en beneficio del interés superior del menor, determine qué régimen es el más adecuado. También será él el encargado de regular los aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la custodia compartida implique necesariamente una alternancia de residencia de los hijos con los progenitores en periodos iguales.

El anteproyecto, que reforma fundamentalmente el Código Civil, pero también la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Registro Civil, prevé que el juez pida informe al ministerio fiscal (que no tendrá carácter vinculante) y que estudie las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, así como la concurrencia de todos los criterios relevantes para el bienestar del menor, como edad, arraigo social, escolar y familiar.

⁶ Artículo de 19 de julio de 2013 de Noticias Jurídicas

También tendrá en cuenta a la hora de tomar una decisión la relación existente entre los progenitores y de estos con sus hijos, la voluntad de cada uno de ellos a la hora de asumir sus deberes y su posibilidad de conciliar vida familiar y laboral.

Entre las novedades que incorpora el Anteproyecto figura que la patria potestad se equipara a la corresponsabilidad parental y que el texto deja atrás el concepto de visitas al subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos. A partir de ahora se dejará de hablar de guardador o custodio, o de visitas, para pasar a referirse a convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente. También se tendrá en cuenta el derecho de los hijos a mantener relaciones personales con los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

PLAN DE EJERCICIO DE PATRIA POTESTAD

Para concienciar a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar por el bien del menor, cuando presenten una demanda de separación o divorcio, deberán incorporar al proceso judicial un plan de ejercicio de la patria potestad. Será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y educación de los hijos y en el orden económico. En este se diferenciará entre gastos por necesidades ordinarias o previsibles, gastos extraordinarios y voluntarios.

Los progenitores tendrán la posibilidad, de común acuerdo o por decisión del juez, de acudir a la mediación familiar para resolver las discrepancias que puedan surgir de la ruptura. Con ello se pretende favorecer el acuerdo entre los progenitores, fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental y contribuir a reducir la litigiosidad.

La nueva ley introduce como norma que el ejercicio de la patria potestad será conjunto y será la autoridad judicial la que determine, bien aprobando los acuerdos de los padres, bien adoptando sus propias decisiones, cómo debe ejercerse la corresponsabilidad parental, atendiendo al interés del menor. Las medidas definitivas ya adoptadas se podrán modificar cuando lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o cambien las circunstancias de los padres.

A diferencia de la revisión de oficio que previó alguna Comunidad Autónoma a la hora de regular la custodia compartida, el texto aprobado hoy por el Consejo de Ministros deja esa revisión en manos de los progenitores que así lo soliciten, si entienden que el cambio legislativo hace posible otra resolución.

VIOLENCIA DE GÉNERO

Atendiendo al compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género, y con la finalidad de proteger a todas las víctimas de esos delitos, especialmente a los menores, la ley prevé expresamente por primera vez que no se otorgará la guarda y custodia al progenitor contra quien exista sentencia firme por este tipo de delitos.

Entre las causas de exclusión de la guarda y custodia figura, además, la existencia de una resolución penal por haber indicios fundados de la comisión de dichos delitos y que en el procedimiento civil el juez aprecie indicios fundados de que se ha podido cometer alguno, aunque no exista denuncia.

Si ambos padres estuvieran incluidos en algunas de esas causas de exclusión, el juez atribuirá la guarda y custodia a los familiares o allegados que considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los niños (siempre teniendo en cuenta la entidad del hecho cometido), entienda que deba ser entregada a estos o a alguno de ellos.

En ese caso, la custodia quedará sujeta a seguimiento judicial para asegurar la seguridad.

LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Una de las novedades de la reforma es la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación actualmente se alarga excesivamente en el tiempo y constituye uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares.

Para ello se reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto en lo relativo a los procedimientos matrimoniales como a la liquidación del régimen económico matrimonial. Con la reforma, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas matrimoniales para su posterior liquidación. Además, una

vez admitida la demanda, se producirá la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales y se empezará a aplicar el régimen de separación de bienes, lo que impedirá que una vez rota la convivencia uno de los cónyuges pueda endeudarse y vincular a esa carga a su ex pareja. No obstante, el que no se llegue a acuerdo en cuanto al régimen económico matrimonial, no impedirá que no se llegue respecto a las demás medidas.

VIVIENDA

Otra novedad de la reforma es que, aunque se procurará que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor, se separará de la concesión de la guarda y custodia. También se tendrán en cuenta los intereses del cónyuge con más dificultades para encontrar una nueva vivienda.

En todo caso la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal: hasta que los hijos alcancen la independencia económica o se encuentren en disposición y condiciones de obtenerla, aun cuando no la tengan, si ello les es imputable; o transcurridos dos años prorrogables durante otro, si la atribución fue por razón de necesidad del cónyuge o, en todo caso, hasta que se le dé un destino definitivo.

La norma prevé que el Gobierno propondrá a las Comunidades Autónomas el establecimiento de unas directrices en las políticas de vivienda en alquiler social y VPO para que en situaciones de nulidad, separación y divorcio se priorice el acceso a una vivienda digna a las personas de este colectivo en situación de necesidad, siempre que tengan menores a su cargo.

El Anteproyecto, que respeta las especialidades de las Comunidades Autónomas en las que exista un Derecho Civil Foral propio, asume plenamente los presupuestos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a reforzar el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, y la jurisprudencia marcada sobre custodia compartida por el Tribunal Supremo desde 2009 y reiterada en una reciente sentencia este mismo año. También se incorpora la terminología prevista en la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad, al regular expresamente las medidas a adoptar en relación con los hijos con la capacidad completada judicialmente, que hasta ahora se llamaban incapacitados.”

2.2. Derecho civil foral.

A partir de la reforma del 2005, algunas comunidades autónomas profundizaron y legislaron de manera mas exhaustiva esta modalidad de guarda y custodia, algunas antes, Navarra como opción preferente la adopción de la custodia compartida en caso de nulidad, separación o divorcio. La primera en hacerlo fue la comunidad de Aragón, a la que siguieron Cataluña, Navarra y Valencia.

Resulta significativo que a pesar de mostrar diferencias en sus respectivas legislaciones, los criterios que asientan a la hora de adoptar la custodia compartida son comunes, como la edad de los hijos, la disponibilidad de los progenitores para con ellos, o la conciliación entre la vida familiar y la laboral; A continuación analizamos cada una de ellas.

CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN

La comunidad de Aragón es la primera comunidad en responder a una demanda social a través de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres por la que se configura la custodia compartida en los casos en los que se produce una ruptura de convivencia entre los progenitores con el fin de garantizar: “el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con sus padres y el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos”

El fin de esta regulación encuentra cabida en la necesidad de adaptar la ley a los cambios que se iban produciendo en la sociedad aragonesa consecuencia de la incorporación de la mujer a un mercado laboral que generó una nueva realidad de familia que hacía más factible la adopción de esta custodia compartida frente a una monoparental o individual.

La consecuencia directa así, como los derechos que pretende proteger esta ley, es por un lado, el derecho que tienen los progenitores a la igualdad en sus relaciones con los hijos, por otro, el derecho de los hijos a un contacto continuado con sus progenitores.

Actualmente, esta ley 2/2010 se encuentra derogada por el Decreto Legislativo 1/ 2011, de 22 de Marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título del derecho foral

de Aragón, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas. Cabe señalar la importancia del artículo 75. 2 de esta misma ley, que dispone lo siguiente: *“La finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.”*

Lo que parece probar el citado artículo, es la predisposición a que en el caso de ruptura conyugal de los progenitores, se adoptará el modelo de guarda y custodia compartida de manera general.

CUSTODIA COMPARTIDA EN CATALUÑA

A través de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, se regula la normativa sobre la custodia compartida en Cataluña. Esta ley no establece expresamente la preferencia sobre la adopción de la custodia compartida pero sí puede deducirse en todo su articulado. Se denomina a esta modalidad de custodia como “responsabilidad parental compartida” que tendrá cabida en el caso de que los progenitores presenten un “plan de parentalidad”, que consiste en la elaboración de un proyecto en el que los padres establecerán como van a desarrollar la crianza y cuidado de sus hijos.

La normativa autonómica lo define como “un instrumento para concretar la manera como ambos progenitores pueden ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto de la guarda, cuidado y la educación de sus hijos.”

En caso de no llegar a un acuerdo por parte de los progenitores para la elaboración de dicho acuerdo, será el Juez quien determinare el modo y forma en que debe ejercerse dicha custodia, estableciéndose que “la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.” (Art. 233-10.2 ley 25/2010....)

CUSTODIA COMPARTIDA EN VALENCIA

A través de la Ley 5/ 2011, de 1 de Abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, la Comunidad Valenciana configura una nueva forma de adopción de convivencia familiar, o también denominada “convivencia compartida”

Una vez más, se legisla para dar respuesta a una demanda social. Para que en los casos de la no convivencia entre los progenitores, quepa una convivencia de los hijos con ambos, garantizando así el ya mencionado con anterioridad, “interés superior del menor”. A lo largo de todo el articulado de esta ley valenciana, resulta notorio la clara inclinación hacia una custodia compartida.

A pesar de ser pionera en el régimen de custodia compartida, esta ley 5/ 2011 es declarada inconstitucional alegándose la falta de competencia de la Generalitat Valenciana para legislar sobre concretas materias de Derecho Civil. (STC 192/2016, de 16 de Noviembre)

CUSTODIA COMPARTIDA EN NAVARRA

Finalmente, Navarra cuenta con la Ley Foral 3/2001, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres que tal y como se expone en su articulado también apuesta por la custodia compartida siempre y cuando pueda garantizarse que las relaciones paterno- filiales sean en beneficio de los menores.

Dice el art. 1.2 de esta ley: “La finalidad de la Ley Foral es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar.”

Especial importancia tiene también el artículo 3.5, que establece que, en el caso de que fuese el Juez quien adoptase este régimen de guarda y custodia compartida, fijará consigo también el régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptándose a las

circunstancias de cada situación familiar para poder garantizarse la equidad de los padres en el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

2.3. Marco legal internacional y europeo de nuestro entorno⁷

No hay ningún Tratado que regule la custodia compartida de forma expresa, si bien ésta puede encuadrarse dentro de la normativa que regula los derechos del niño. Entre ellos hay que señalar la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1.989 el que supuso el reconocimiento del niño como sujeto de derecho autónomo y diferenciado. En su art. 3 regula por primera vez la obligación de velar por el interés del menor, actuando como norma base que afectará y se tendrá en cuenta en todas las medidas que afecten a los menores. También en el art. 9 se fija como derecho del niño el tener contacto y relacionarse con ambos progenitores. El art. 12 que señala el derecho del menor a ser escuchado y tenida su opinión en cuenta en aquellas medidas que le puedan afectar. Y art. 18 que establece el derecho de ambos padres a intervenir y participar en la educación, desarrollo y crianza de sus hijos menores.

En el Consejo de Europa hay cuatro normas interesantes al respecto. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -Roma 1.950- y su Protocolo Adicional nº 7 de 22 de noviembre de 1.984 -en su art. 5 reconoce la igualdad de derechos y obligaciones civiles de ellos y en relación con sus hijos-. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y el Restablecimiento de dicha Custodia firmado en Luxemburgo el 20 de mayo de 1.980, al que se adhirió España el 9 de mayo de 1.984. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de febrero de 1.984, en cuyos principios quinto y décimo establecen que las responsabilidades de los padres con respecto a sus hijos pertenecen a ambos conjuntamente. Por último citar la Recomendación del Consejo de Europa de 13 de diciembre de 2006 sobre políticas de apoyo al ejercicio responsable de la parentalidad.

También enumerar la Resolución A3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992; el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 25 de enero de 1996; La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada definitivamente en diciembre de 2007 y el Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2003.

⁷ MARTINEZ CALVO, Javier. Obra citada pg 85 y ss.

No solo España trata de legislar de la manera más óptima la custodia compartida. Europa y sus países miembro también tratan de hacerlo aunque no siempre de forma igualitaria. Sea como fuere, tratar de alcanzar la corresponsabilidad parental y tratar de equiparar los derechos de ambos progenitores en la custodia compartida es denominador común. A continuación se establece la regulación que llevan Francia, Portugal, Italia, Austria y Alemania en esta modalidad de custodia.

Francia

En Francia, la Ley 2002-305, de 4 de marzo modifica el CC y establece por normal general el establecimiento de la custodia compartida así aún cuando no exista acuerdo por parte de los progenitores.

Portugal

A pesar de que la legislación portuguesa no establece de forma expresa la custodia compartida (Art. 1906 CC), tampoco la prohíbe con la prebenda de que exista acuerdo entre ambos progenitores. Aunque muestre similitudes con nuestra legislación referidas a la guarda y custodia, debe hacerse una interpretación mucho más amplia del concepto.

Italia

La custodia compartida en Italia se encuentra regulada en la ley 54/2006, más específicamente en el art. 337 ter. Generalmente, se contempla la custodia compartida como mejor opción pero, en el supuesto de que uno de los progenitores se oponga al establecimiento de la guarda y custodia, el juez podrá otorgar la custodia exclusiva a uno solo de los progenitores.

Alemania y Austria

Estos dos países abordan la custodia compartida casi de manera idéntica, y lo hacen de una forma muy peculiar. La preferencia es que la guarda y custodia sea compartida pero solo se va a aplicar a los hijos que nacen dentro del matrimonio.

En los supuestos de que los progenitores no estén casados, la ley establece la prioridad de custodia exclusiva a la madre. El padre puede acceder al derecho de custodia de sus hijos solo si lo acepta la madre que deberá acordarse mediante convenios aceptados por las autoridades.

Son varios los países europeos que disponen de legislación específica que trata de orientar a los jueces en el establecimiento de la custodia compartida, inclusive cuando el matrimonio no alcanza un acuerdo en el proceso de separación o divorcio.

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

La ley 15/2005, de 8 de Julio, reguló la custodia compartida en nuestro ordenamiento pasando así a modificar el art. 92 del CC, que, lejos de asentar unos criterios a la hora de adoptar esta modalidad de guarda, se limita a decir la opción de los padres a solicitarla en convenio regulador cuando procedan de común acuerdo, o uno de ellos con informe favorable del Ministerio Fiscal. Posteriormente dicho informe es declarado inconstitucional⁸ por lo que corresponderá únicamente al juez o tribunal fijar sentencia a favor de la adopción de este tipo de guarda.

Al no haberse establecido en el ordenamiento unos requisitos o pautas a la hora de acordar la custodia compartida, ha sido el TS el que ha fijado doctrina a través de sus resoluciones en las que puede intuirse la conveniencia en la adopción de la guarda y custodia en beneficio del menor. De la misma forma, las comunidades autónomas con derecho civil propio también legislan y tratan de dar una respuesta a estas cuestiones. Como puede deducirse, el no haberse llevado una correcta redacción del art. 92 del CC, ha propiciado que tanto a nivel nacional como autonómico, se legisle y desarrolle jurisprudencialmente de forma totalmente autónoma.

Lo que se aborda en este capítulo es una síntesis de las sentencias más importantes del TS y de los TSJ de Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco, que resuelven

⁸ STC 185/2012, de 17 de Octubre

recursos de casación autonómicos en procedimientos de familia en los que se pedía el establecimiento de la custodia compartida.

3.1. Tribunal Supremo.

3.1.1. Primeras sentencias tras la ley 15/2005, de 8 de Julio.

Tras la introducción de la custodia compartida por la ley 15/2005, la primera resolución del TS que aborda esta cuestión es la sentencia 614/2009, de 28 de Septiembre. Tras analizar los por menores de la ley, sienta alguno de los criterios a tener en cuenta en resoluciones futuras, aunque niegue este modelo de custodia en el cuerpo de la misma.

La sentencia 579/2011, de 22 de julio sobre el art 92.8 CC, establece que debe interpretarse en relación con el párrafo cinco del mismo artículo, dice que la guarda y custodia *“se acordará cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro.”* En el caso de que no haya acuerdo, no se excluye la posibilidad de adoptarla, pero será el juez quien tendrá que valorar su adopción en base al “interés superior del menor.”

La excepcionalidad que menciona el citado art., ha sido motivo de confusión entre la doctrina por lo que esta sentencia fija la no excepcionalidad a la hora de acordar la custodia compartida, ya que no es una medida excepcional.

En la sentencia 623/2009, de 8 de Octubre y por primera vez se asientan los criterios para determinar el interés del menor en la atribución de la guarda y custodia compartida como las aptitudes personales de los progenitores con sus hijos, el deseo manifestado por los menores con capacidad de raciocinio, el número de hijos, el resultado de los informes legales o el cumplimiento de los progenitores de sus deberes para con ellos: *“Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica*

anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

La cuarta sentencia recaída es la 94/2010, de 11 de marzo, que reitera los criterios fijados en la sentencia 623/2009 anteriormente citada, redundando en lo en ella establecido y rebatiendo determinados criterios que contemplaba la sentencia recurrida y es la primera que acuerda este sistema de guarda.

En la quinta sentencia 252/2011 de 11 de Abril, se incide en la serie de datos que van a conformar la decisión del juez sobre la adopción de esta medida, ello, cuando no exista acuerdo de los progenitores. Se está refiriendo la sentencia a los informes técnicos cuya petición queda al arbitrio del juez de conformidad con lo establecido en el art. 92.9 CC.

Estos informes, tienen como objeto, ayudar a la conformación de la conveniencia de la adopción o no de la medida, en ningún caso supone que tengan que ser determinantes para su adopción o cualquier otra que ayuden a asegurar el “beneficio del menor”(STS DE 1 y 8 octubre, y 11 de marzo 2010 y 28 de septiembre 2009) que inciden en la no vinculación de estos medios probatorios o estos informes técnicos para el juez.

3.1.2 Criterios para acordar la guarda y custodia compartida fijados por el TS

A. Criterios generales

La sentencia 257/2013, de 29 de abril, fija doctrina, y establece, que el sistema lógico y preponderante debería ser el de custodia compartida y no adoptarse de forma excepcional porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores: *‘Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea’*

Esta doctrina se ha venido reiterando sucesivas resoluciones y ha sido confirmada por otras posteriores como la 242/2018, de 24 de abril.

La sentencia 495/2013, de 19 de julio, esta sentencia pretende aproximar lo máximo posible la convivencia de los menores con sus padres en la custodia compartida a la convivencia que había con anterioridad a la ruptura matrimonial, es decir, que exista la menor diferencia entre una y otra. En el mismo sentido, sentencias 757/2013, de 29 de Noviembre, 384/2014 de 2 de julio y 215/2019 de 5 de abril.

Concretamente, la sentencia 758/2013, de 25 de Noviembre, dice que con la modalidad de custodia compartida:

“a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

b) Se evita el sentimiento de pérdida.

c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.”

Por ultimo la sentencia 182/2018, de 4 de abril reitera el criterio del interés del menor de las sentencias precedentes a cerca de la custodia compartida haciendo alusión a la sentencia 526/ de 12 de septiembre de 2016: *“Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”* (sentencia 368/2014, de 2 de julio)

B. Criterios específicos

En varias de las sentencias del TS que se citarán señala, como presupuestos concretos para la adopción de la guarda y custodia una serie de elementos cuya presencia podrá determinar la fijación de esta custodia o de otra monoparental, o de tercero. Dichos criterios los podemos agrupar en:

- Plan contradictorio

Sobre el plan contradictorio, entendido este como el modo de concretar la forma y contenido del ejercicio de la guarda y custodia que tienen que llevar a cabo los padres para con sus hijos, supone un supuesto concreto a la hora de acordar la custodia compartida.”obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, si no concretar la forma y contenido de su ejercicio, a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas...” Criterio recogido en las sentencias 515/2014; 52/2015, que dice que la ausencia de dicho plan llevaría a no acordar la guarda y custodia, u otras sentencias como 130/2016, 722/2016.

(ii) Sentencia 280/2017, de 9 de mayo.

“Quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual,

no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña”.

(iii) Sentencia 96/2015, de 16 de febrero.

“Esta Sala no puede entrar en el estudio de esta cuestión, al carecer de la propuesta de un plan contradictorio en el que se defina por la parte que lo propone un desarrollo exhaustivo de los pormenores en que va a consistir la custodia compartida, sin perjuicio de que las partes lo planteen por el cauce procesal oportuno, siendo deseable un acuerdo entre los litigantes”.

- Relación con los progenitores

La relación con los progenitores es otro de los criterios específicos que se tienen en cuenta a la hora de establecer esta custodia, por lo que sólo se tendrán en cuenta las malas relaciones cuando resulten contrarias al interés del menor, lejos de las discrepancias que pudieran darse fruto de la crisis matrimonial salvo que afectasen notablemente al menor o en su perjuicio. Se requiere por tanto un mínimo de respeto mutuo entre los padres. La jurisprudencia es reiterada en este sentido:

La custodia compartida, dice la Sentencia 242/2018, de 24 de abril:

(i) conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (sentencias 619/2014, de 30 de octubre ; 242/2016, de 12 de abril ; 529/2017, de 27 de septiembre ; 579/2017, de 25 de octubre). Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen

per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014 de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio, 409/2015, de 17 de julio)».

(ii) Se requiere, por tanto, un mínimo de capacidad de diálogo, pues sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 del Civil). En este sentido la sentencia de 17 de diciembre de 2012, que reitera la 143/2016, de 9 de marzo, refiere que las malas relaciones entre los cónyuges pueden ser relevantes cuando afectan al interés del menor lo que no sucede en casos como el contemplado en la sentencia en el que no se adopta un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos.

(iii) Los derechos derivados de la relación paterno filial, como se ha expuesto, exigen que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en relación a la crianza y educación del hijo y adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema. La custodia compartida – sentencia 242/2016, de 12 de abril- conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga

un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

- Alimentos

En tercer lugar, los alimentos vienen definidos en el art. 142 CC: *“se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimenticia mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.”* En las siguientes sentencias se expone que el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida no exime del establecimiento de una pensión a cargo de alguno de los progenitores.

Especial importancia tiene la sentencia 290/2015 de 26 de junio, al establecer la cifra de quinientos euros cuando entre ambos cónyuges exista una diferencia sustancial de ingresos. (cifra que se actualiza cada año conforme al IPC⁹): *“El régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres - artículo 93 CC - especialmente en el momento en que estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Abonará también el 10 % de los gastos de guardería, si los*

⁹ IPC. Índice de precios de consumo, índice económico en el que se valoran los precios de un predeterminado conjunto de bienes y servicios

hubiera, la cuota del club deportivo de..., si se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios”

La sentencia 55/2016, de 11 de febrero, dice que el establecimiento de una custodia compartida no excluye del pago de los alimentos cuando exista una diferencia sustancial entre los ingresos de ambos cónyuges o, como es el caso de la resolución citada, la progenitora no percibe ningún tipo de rendimiento económico, ya que *“la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”* (Art. 146 CC)

«El recurrente entiende que al adoptarse el sistema de custodia compartida no es necesario el pago de alimentos, pues cada uno se hará cargo de los mismos durante el período que tenga la custodia de los menores.

Sin embargo, en la sentencia del Juzgado, que acordaba la custodia compartida, fijaba alimentos para los hijos, dado que la madre no tenía ingresos propios, si bien los limitaba por un plazo de dos años, en los que consideraba que la madre podría encontrar trabajo.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 Código Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da».

EDAD DE LOS HIJOS

En cuarto lugar, la edad de los hijos también es abordado por el TS en las sentencias 11/2018, de 11 de Enero y 182/2018, de 4 de abril, sobre el otorgamiento de la custodia de dos menores de 4 y 5 años respectivamente. En ambas sentencias se excluye la guarda y custodia compartida al decir que debido a la corta edad del menor hace necesario, a fin de cuentas, que esté con su madre. Esto conlleva a la privación del otro progenitor del ejercicio de los deberes inherentes a este régimen, lo que ha sido criticado por la doctrina, ya que se omite lo establecido en la sentencia 257/2013 de esta misma sala, que decía que el modelo de custodia compartida ha de ser el normal y deseable:

- (i) Sentencia 11/2018, de 11 de enero

“La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por la razón fundamental de que el menor estaba con su madre, y porque por su corta edad necesita rutina y estabilidad, lo que hace no recomendable introducir grandes cambios en su vida cotidiana, y todo ello pese a reconocer que la prueba practicada acredita la capacidad del padre para asumir, sin problema alguno, estos menesteres de guarda y custodia que, como ha recordado esta Sala, a partir de la sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable.

Y sin un solo motivo que justifique la medida, se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores. Y lo que es más grave, la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería

la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre”.

(ii) Sentencia 182/2018, de 4 de abril

“La sentencia recurrida excluye la guarda y custodia compartida por lo siguiente: a) porque el menor era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, sin duda, contando entonces con dos años de edad, estaba adaptado al entorno materno; b) porque así lo recomienda el informe psicosocial realizado en el año 2015, y c) por la existencia de unas malas relaciones entre los progenitores por el hecho de una denuncia y de un procedimiento penal archivado.

Las conclusiones de los informes psicosociales y de los demás informes periciales en los procedimientos judiciales deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de los mismos (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre 2015; 135/2017, de 28 de febrero), siempre bajo el prisma del mejor interés del menor.

La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad

adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre” .

- Distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores

El alto tribunal también se ha pronunciado sobre la distribución de los tiempos de estancia de los progenitores con sus hijos, y ha dicho lo siguiente:

- (i) Sentencia 133/2016, de 4 de marzo: *“El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.”*
- (ii) Sentencia 630/2018, de 13 de Noviembre: *“...el sistema de custodia compartida, lejos de ser excepcional es el que más favorece el contacto de los menores con sus progenitores y el que más protege el interés de los menores”* (Sentencias 1368/2016, de 13 de abril, y 257/2013, de 29 de abril)

Es la última sentencia dictada la que concreta la distribución de los tiempos entre los progenitores, alegando que la adopción de este modelo de guarda no entraña la obligación de un reparto igualitario de tiempos, si no que debe ser equitativo con las jornadas laborales de ambos progenitores:

(iii) Sentencia 630/2018, de 13 de noviembre, que reitera la 30/2019: *“El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, si no que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores.”*

- Violencia de género

Sentencias 36/2016, de 4 de febrero, reiterada en la sentencia 350/2016 de 26 de Mayo: *“En el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que «pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida.*

Partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el Juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido”.

Esta sentencia denuncia la imposibilidad de poder acordarse la custodia compartida cuando entre los progenitores se da una relación total de falta de respeto. Lo cual hace inviable lo sostenido por la jurisprudencia de que se acordará este modelo de custodia cuando entre los progenitores exista un mínimo de respeto y actitud colaborativa entre ambos ya que el único fin es velar por el interés del menor.

La sentencia 117/2017, de 22 de febrero, sobre el derecho de habitación de los menores en casos de violencia de género, dice: *“No es sostenible de ninguna forma que, como argumento de refuerzo, se diga que «la salida del referido domicilio se produjo por iniciativa de la Sra. en el mes de marzo de 2014 sin que se suscitase cuestión alguna en relación con el indiscutible derecho de habitación de los menores, accediendo de manera inmediata a una vivienda en las proximidades del domicilio familiar en el que se ha mantenido sin controversia alguna al menos hasta el dictado de la resolución recurrida». La demanda se formula el día 24 de marzo de 2014, y estamos ante un hecho probado de violencia de género, en el que la primera prevención que se recomienda a la víctima, como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, “es el abandono del domicilio e inmediaciones donde se ha producido la violencia”*

- Distancia entre los domicilios

La distancia entre los domicilios de los progenitores, sí es determinante para determinar la custodia compartida. El hecho de que los progenitores residan a una distancia considerable, produce una alteración en la vida normal del menor, por lo que, dependiendo de cada caso no siempre será viable la custodia compartida.

Las sentencias 748/2016, de 21 de diciembre, y en el mismo sentido 566/2017, de 19 de octubre, 115/2016, de 1 de marzo y 229/2018, de 18 de abril. En ellas se subraya: *“se deduce que la distancia no solo dificulta, sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor...”*

- Vivienda

Este último criterio es uno de los más conflictivos a la hora de acordar una custodia compartida. El art. 96 CC, dice: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

La primera sentencia es la 593/2014, de 24 de octubre¹⁰, que aborda la dificultad de adoptar el modelo de custodia compartida en las situaciones de crisis económica de los progenitores. A pesar de las modificaciones realizadas en el art. 92 del CC, nada se dice sobre como regular este tipo de situaciones. Sí que ha sido desarrollado por otras leyes autonómicas como la ley 25/ 2010 de Cataluña, el decreto legislativo 1/ 2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón o la Ley 5/2011, de 1 de Abril de la Generalitat Valenciana.

El art. 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, pero esto no resulta aplicable a la modalidad de custodia compartida ya que los hijos quedan en compañía de los dos.

La segunda sentencia 183/2017, de 14 de marzo prioriza lo establecido en el art. 96, sobre el uso de vivienda familiar a falta de acuerdo. Recalca la sentencia que deberá corresponder al cónyuge en cuya compañía queden los menores correspondientes. Pese a esto, debe valorarse las circunstancias que concurren en cada caso en función de dos factores; en primer lugar, el interés más necesitado de protección, y en segundo, a quien de los dos cónyuges pertenece la vivienda o si corresponde a un tercero.

En ambas resoluciones se trata de abordar la problemática que surge cuando se dan situaciones de crisis económicas de los progenitores que dificultan la posibilidad de la custodia compartida.

¹⁰ Sentencia 593/2014, de 24 de Octubre, reiterada en las sentencias 1896/2017, de 12 de mayo y 3323/2017, de 22 de septiembre.

»El artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al Juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC» (sentencias 593/2014, 24 de octubre; 434/2016, 27 de junio, 522/2016, 21 de julio, entre otras).

Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 Código Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se

determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales» (sentencias 658/2015, 17 de noviembre de 2015, 51/2016, 11 de febrero de 2016, 215/2016, 6 de abril, 110/2017, 17 de febrero, entre otras).

Por último, la sentencia 215/2019, de 5 de Abril, la cual establece el domicilio del menor el de ambos progenitores ya que estos mismos no disponen de la capacidad económica suficiente para mantener 3 vivienda: *‘ En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art 96 CC).*

A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 (Proc. 463/2015) del JPI no 2 de..., excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido.

En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien».

3.2. Análisis de los Tribunales Superiores de Justicia

Los tribunales superiores de Justicia, en aquellas CCAA que tienen legislación propia en materia civil,-familia-, tienen competencia casacional.

Se analizan un total de 103 sentencias dictadas en las Salas de lo Civil de los tribunales superiores de Justicia de Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco, dejándose fuera el Tribunal Superior de Justicia de Valencia debido a la declaración de inconstitucionalidad total (STC 192/2016), que deja sin efecto la jurisprudencia dictada para su interpretación y aplicación.

3.2.1. Tribunal de Justicia de Aragón

Se toma como referencia 62 sentencias dictadas durante los años 2011- 2018. Sobre el régimen de custodia adoptado, 35 sentencias adoptan un sistema de custodia compartida sobre el restante, que adopta en su gran mayoría un régimen de custodia monoparental. Destaca que un gran número de estas sentencias, no fija una organización de los tiempos de estancia de los progenitores con los hijos.

Los criterios que se toman en consideración para la adopción o el mantenimiento de la custodia compartida son, en primer lugar, la preferencia legal sobre la adopción de este modelo de guarda y custodia, que en gran número de ocasiones llega a dificultar la valoración de otros factores que pueden ser determinantes para la adopción de este régimen u otro más acorde al caso concreto. Le siguen a este el resultado de los informes periciales, la edad de los hijos como su opinión, y en último lugar, la apreciación de la aptitud y capacidad de los progenitores para con sus hijos. La relación que exista entre los progenitores no suele ser motivo de consideración en el establecimiento de la custodia compartida a no ser de que llegue a repercutir en el menor.

Sobre la adopción de los tiempos de los menores, destaca el cambio que se ha venido dando en los últimos años que establecen una alternancia semanal frente a las primeras sentencias dictadas en el régimen de custodia compartida en esta

comunidad, en las que acudían a periodos largos de alternancia (semestral, bimensual, quincenal)

En cuanto a las pruebas practicadas sobre las que más se fundamentan a la hora de determinar este régimen de custodia en la Comunidad de Aragón, la prueba pericial psicosocial es la más practicada.

Sobre la vivienda familiar, en los procesos de divorcio la vivienda queda atribuida al progenitor custodio. En las resoluciones de custodia compartida se mantiene a la madre el uso de la vivienda familiar, por norma general.

3.2.2. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Se toma de base 39 sentencias dictadas por el TSJ de Cataluña entre el año 2008 y el 2018. De el total de las sentencias dictadas solo 19 adoptan un régimen de custodia compartida y sobre la organización de los tiempos, tan solo 3 de ellas adoptan un sistema de alternancia semanas sin visitas inter semanales. Las restantes tienden a sistemas mas flexibles en la organización de los tiempos como la alternancia semanal o el sistema de semana partida.

En relación con los alimentos y gastos de los hijos, de las 19 sentencias que establecen el sistema de custodia compartida, 12 de ellas fijan una pensión de alimentos a cargo del padre, 4 exigen la apertura de una cuenta corriente para el pago de los gastos de los hijos. Y fijan diferentes contribuciones para los progenitores en función de los recursos económicos de ambos y las 3 restantes establecen que cada progenitor se hará cargo de los gastos originarios de los menores cuando los tengan en su compañía y los extraordinarios así, se distribuirán en proporciones correspondientes a los respectivos ingresos de ambos.

Sobre los criterios que se toman en consideración a la hora de decidir sobre el régimen de custodia, por lo general, el TSJ de Cataluña establece que no caben

sistemas de guarda “preferentes”, si no que debe fijarse según cada caso en particular en función del interés del menor¹¹. Dicho esto, si se dan las condiciones adecuadas, el régimen de custodia deseable será el de custodia compartida, ya que *“fomenta la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores” (...)* *“la guarda conjunta por ambos progenitores resulta más conveniente para la evolución y desarrollo del menor en tanto evita la aparición de los “conflictos de lealtades” de dichos menores con sus padres y favorece la comunicación de estos entre sí...”* (STSJC 73/2016, de 28 de septiembre, STSJC 52/2017, de 6 de Noviembre.) Se considera la buena vinculación de los menores con sus progenitores a la hora de determinar la custodia compartida, así como la dedicación en el mismo sentido. El hecho de que la madre haya sido la cuidadora principal de los hijos no es motivo para el no establecimiento de una custodia compartida, si se determina que el padre está involucrado en el cuidado y atención de los menores. Tampoco será motivo de no establecer dicha custodia la menor disponibilidad horaria del padre si una vez más se determina que está implicado en lo anteriormente mencionado.

Lo que sí que es un criterio negativo para la implantación de la custodia compartida es la distancia entre los domicilios de los progenitores, así como el impago de la pensión alimenticia del padre de forma reiterada o el incumplimiento de sus obligaciones parentales. La edad temprana del menor es también un motivo para la no implantación de la custodia compartida aunque se tiende a su transformación de la custodia individual a la custodia compartida a partir de los 3 o 4 años del menor. El conflicto o mala relación entre los progenitores tampoco es requisito para la no interposición de esta modalidad de custodia si no se determinase que constituye una desventaja para el desarrollo del menor que tienda a su perjuicio apreciable, y así lo sentenció el TSJ en sentencia 53/2017 de 6 de noviembre, que deniega la custodia compartida: *“Es cierto que esta Sala ha resaltado en las sentencias que se citan y en otras posteriores que no cabe rechazar la guarda*

¹¹ STSJC 22/2015, de 9 de Abril; STSJC 38/2015, de 25 de Mayo; STSJC 53/2017, de 6 de Noviembre

compartida ante cualquier grado de conflictividad entre los progenitores (excluyendo en todo caso la violencia de género) ya que, aunque este régimen de custodia no sirva para disminuir las diferencias entre ellos, tampoco puede afirmarse que las acentúe. Ahora bien, esta doctrina debe ser aplicada cuando la conflictividad se ha visto favorecida con actuaciones de ambas partes de falta de respeto mutuo, y siempre que esta conflictividad no haya trascendido en perjuicio del menor. Se reitera que no caben sistemas de guarda “preferentes” o apriorísticos sino que el régimen de custodia procedente debe establecerse en cada caso en función del superior interés de los concretos menores afectados. En el presente caso sí consta que el grave conflicto entre los padres está afectando de manera muy negativa a los hijos (uno de ellos presenta múltiples alergias alimentarias y diferentes patologías físicas asociadas precisamente a la ansiedad derivada del conflicto parental).”

De todos los criterios hasta ahora mencionados para la adopción de la custodia compartida en Cataluña, especial transcendencia tiene el abordado cuando concurren situaciones de violencia de género, este TSJ sostiene que, en el caso de que los hijos hayan sido víctimas directas o indirectas de violencia machista excluye por completo la custodia compartida, siendo suficiente acreditar: *“que los ha presenciado o que los ha percibido sensorialmente de cualquier otro modo, de manera que el menor haya tomado conocimiento o adquirido conciencia de ellos por sí mismo, es decir, que haya sido expuesto de cualquier forma a dicho tipo de violencia, sin que en este sentido puedan excluirse a los menores de corta edad”* (STSJC 29/ 2017, de 1 de Junio; STSJC 22/2015, de 9 de Abril; STSJC 77/2014, de 1 de diciembre; STSJC 27/2014, de 14 de Abril). Entraña una especial importancia lo manifestado por los hijos y de acuerdo con el Tribunal cuando: *“su opinión haya sido emitida libremente y no haya sido mediatizada ni interferirá por ninguno de los progenitores, cuando sus*

razones sean atendibles porque no estén inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo o que no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores”

Sobre la organización de tiempos y estancias con los progenitores, el Tribunal reitera que *“lo importante en el sistema de custodia compartida es la coparentalidad, el ejercicio compartido y equivalente de las responsabilidades de atención, cuidado y educación de los hijos e hijas, y no la igualdad aritmética de los periodos de tiempo que han de pasar con uno y otro progenitor.”* Además de esto, al igual que la Audiencia Provincial, la Sala también insta distancia con la inclinación a nivel nacional de la fijación de los turnos semanales de modo automático en la custodia compartida. En este caso, insta la adaptación de periodos mas flexibles de los hijos con ambos progenitores.

Sobre la determinación de las contribuciones de los progenitores a los gastos de los hijos en esta modalidad, sostiene la Sala que el establecimiento de una custodia compartida no implica el cese de la obligación de los alimentos: *“En el caso de que se acredite que la capacidad económica de uno de los progenitores es superior a la del otro para evitar que las posibles desigualdades económicas puedan alterar la estabilidad del menor e incidir en sus preferencias, se puede optar para compensar la menor capacidad económica de uno de ellos por un sistema de cuenta común o por el establecimiento de una pensión de alimentos a favor del menor, entregada al progenitor que ostente una menor capacidad económica. Ahora bien, a la hora de establecerse las contribuciones de los progenitores a los alimentos de los hijos debe guardarse una adecuada proporcionalidad entre los gastos reales de los hijos y las posibilidades reales actuales de los progenitores.”* La primera sentencia dictada por el tribunal en esta materia, es la que sirve de preferente para las sentencias

posteriores (STSJC 2972008, de 31 de Julio.) De las 19 sentencias que recogen un sistema de custodia compartida, 12 de ellas señalan una pensión de alimentos a cargo del padre. Otras formas que tiene el Tribunal a la hora de abordar las diferencias económicas entre los progenitores son: el establecimiento de la obligación de apertura de una cuenta bancaria conjunta en la que se cargaran los gastos de los hijos, con fijación de contribuciones mensuales diferentes de los progenitores según a dicha cuenta en proporción a sus respectivos ingresos y recursos económicos. En segundo lugar, la fijación de distintos porcentajes de contribuciones al pago de los gastos extraordinarios y por último, la imposición al progenitor con mejor posición económica del pago en solitario de determinados gastos de los hijos (más en concreto, escolaridad y seguro médico)

Sobre los criterios que se consideran para decidir sobre el uso de la vivienda familiar, el criterio básico que tiende a seguir el TSJ, es el del interés más necesidad de protección. 12 de las 19 sentencias que se han analizado, acogen un sistema de custodia compartida con atribución expresa del uso de la vivienda familiar a la madre. Respecto a la limitación temporal de dicho uso, la SETSJC 88/2016, de 3 de Noviembre, limita a 7 años la atribución del uso, dice: *”La sentencia recurrida al atribuir una guarda y custodia monoparental y mayor necesidad de la madre aplica el no 2 del art. 233. 20 CCCat, sin límite temporal, lo que debe ser revocado pues fijada la guarda y custodia compartida resulta aplicable el no 3 a) del art. 233. 20 de dicho Cuerpo Legal y subsiguientemente la limitación temporal establecida en el no 5 de dicho precepto. En el supuesto de autos, atendida la mayor necesidad de la madre, la cotitularidad de la vivienda y la edad actual de la hija (6 años) así como que la hipoteca que grava el domicilio familiar es satisfecha por ambos cónyuges, procede fijar una limitación temporal de SIETE años a partir de la presente resolución, teniendo presente que resulta un tiempo razonable para que se adapten sus respectivas vidas a la situación derivada de la crisis conyugal, con*

aplicación en su caso de una posterior prórroga si se mantienen las circunstancias, conforme lo dispuesto en el pfo. 5o del art. 233-20 CCCat.”

Aún así, las sentencias que limitan de manera temporal el uso de la vivienda, fijan el límite en la mayoría de edad de los hijos.

El Tribunal rechaza el sistema de “casa nido”¹² en las sentencias 31/2008, de 5 de septiembre y 5/2017, de 6 de febrero, dicen las sentencias, demostrarse que resulta conflictivo para los progenitores a nivel económico y personal, que deriva en el entendimiento en los menores de una idea errónea en su educación de que ambos progenitores son solo meros visitantes, de ahí el término domicilio nido.

También este Tribunal establece unas medidas de seguimiento y apoyo para el régimen de visitas y lo hace a través de dos sentencias 77/2014, de 1 de Diciembre y 1/2017, de 12 de enero.

3.3.3 Tribunal Superior de Justicia de Navarra

Tan solo encontramos dos sentencias dictadas en procedimientos de custodia compartida por lo que no es posible hacer un análisis tan exhaustivo (o cualitativo) como en los TSJ anteriormente recogidos.

La primera de las sentencias, STSJNA 25/2012, de 23 de octubre, revoca la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, que a su vez, también revocaba la dictada en primera instancia. La revocación de esta se debe a la estimación que hacía la primera instancia sobre la modificación de medidas y acordaba el cambio de un sistema de cuidado individual materna a un modelo de custodia compartida.

¹² Casa nido implica que los hijos residan de manera permanente en la vivienda familiar y sean los progenitores los que se alternen en el uso de la citada vivienda durante cada periodo de convivencia que les corresponda con sus hijos. www.Garridoydonaque.com

La sentencia 25/2012 analiza y estudia la conveniencia sobre el paso, o no, al establecimiento de una custodia compartida. Por una parte, sobre la prueba pericial, a pesar de no considerarse vinculante para la decisión del Juez, en los dos informes periciales se desaconseja el cambio de custodia. La estimación es similar en la prueba de audiencia de la menor que mostraba su voluntad de continuar con la custodia individual a favor de la madre. También entra a valorarse la relación entre los progenitores, que ya como se ha mencionado anteriormente, no supone un requisito legal el buen entendimiento de los mismo para la imposición de una custodia compartida, pero en el caso que nos encontramos ni siquiera existe un mínimo de comunicación entre ambos, necesario para la imposición de esta custodia. Por último, se valora el vínculo de la menor para con su madre, que se considera relevante en la etapa adolescente de la menor.

En la segunda sentencia, 2/2019, de 29 de marzo, también se anula la sentencia dictada por la audiencia Provincial, que anulaba también la guarda individual paterna de los hijos acordada en primera instancia. En este caso, se establece un régimen de guarda individual materna por aplicación directa de lo establecido en el art. 3.8 de la Ley Foral 3/ 2011, al condenarse al padre por delito de malos tratos hacia la madre.

“No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.”

La sala argumenta la medida tomando como base el art. 153.1 CP que prevé la posibilidad la inhabilitación especial para el ejercicio de la guarda. Esta pena es estimada por esta sala, pero no es considerada con anterioridad por parte del

Juzgado de lo penal ni la Audiencia Provincial que anula la sentencia por falta de moti

3.3.4. Tribunal Superior de Justicia de País Vasco.

De este tribunal también sólo encontramos dos sentencias. La STSJPV 9/2017, de 18 de septiembre que resuelve cuestión sobre la atribución de la vivienda familiar en el caso en que la hija alcanza la mayoría de edad. Establece que no tiene cabida la aplicación del art. 12.5 de la ley de Relaciones Familiares en el País Vasco: *“La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.*

En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos.”

A favor de la aplicación del art. 96.3 CC, por el que se permite la atribución de la vivienda familiar por tiempo prudencial al cónyuge no titular cuando no concurren hijos menores. El recurso se inadmite al no ser de aplicación la legislación foral.

La segunda sentencia, 1/2019, de 13 de marzo, aprecia el establecimiento de la custodia compartida en este caso, ya que se considera que la distancia entre los domicilios de los progenitores y el centro escolar de los menores es compatible con este régimen de custodia compartida.

CAPÍTULO IV

PENSIÓN DE ALIMENTOS Y GASTOS EXTRAORDINARIOS

4.1 Los alimentos en la custodia compartida. Fijación de los alimentos.

La pensión de alimentos la encontramos definida en el art. 142 del CC, que dice: *“se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimenticia mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.”* A pesar de encontrar esta definición, nada se dice de la obligación legal de alimentos entre los parientes. Es el TS el que se pronuncia sobre este tema definiendo esta obligación de alimentos en sentencias como STS de 2 de Marzo de 1967, que describe esta como *“un crédito a exigir y una deuda a satisfacer, por fundamentales razones de interés familiar y social, que se traducen en las notas siguientes: solidaridad, irrenunciable dad, i transmisible dad, no compensable...”* Además de las STS de 2 de Diciembre y STS de 13 de Abril de 1991 que reiteran esta obligación legal. Una vez establecido esto que se entiende por pensión de alimentos debemos abordar como afecta este concepto cuando se ha establecido una custodia compartida.

Como hemos señalado con anterioridad, la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos es una obligación ineludible de la patria potestad, por lo que el establecimiento de la custodia compartida no exime de la obligación de atenderla. Así lo señala el TS en sentencia de 11 de febrero de 2016, que dice: *“Esta sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno.”*¹³ La principal dificultad que se plantea en la pensión de alimentos en la custodia compartida no es tanto su fijación como su forma de pago. El TS incide en el respeto al *“principio de proporcionalidad”*, por lo que, en los casos que existiera desproporción entre

¹³ Art. 146 CC: *“La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”*

los ingresos de los progenitores se establecerá una cantidad determinada, y cuando no exista tal desproporción, el pago será al 50% a cargo de cada uno.

Encontramos diferentes sentencias dictadas por el alto tribunal sobre la fijación de la pensión de alimentos. Por una parte, las STS, de 16 de Enero de 2020; de 13 de Noviembre de 2018; y de 14 de febrero de 2018, por las que se fija en sentencia una pensión determinada.

Por otra parte, las sentencias de 24 de septiembre de 2019; 4 de marzo de 2016; y 11 de febrero de 2016; por las que se fijan resoluciones de pago del 50% entre ambos progenitores.

Las Audiencias Provinciales¹⁴ también tratan de abordar la forma de pago de los alimentos y lo hace distinguiendo entre los tipos de gasto que existen y la forma de hacer efectivo dicho gasto. Así, y de forma general, los gastos ordinarios en sentido estricto (habitación, comida, vestidos) serán atendidos por cada progenitor durante los tiempos en los que los menores se encuentren a su cargo, lo que no es una exención de la obligación de alimentos, si no que el pago de los mismos será en especie (Art. 149 CC): ***“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.”*** Por otra parte, sobre los gastos extraordinarios, se establece habitualmente un porcentaje a cargo de cada uno de los progenitores, que no siempre será el 50%, si no más bien será proporcional a los ingresos de cada uno.

Sobre como hacer efectiva esta pensión, señalan las Audiencias que resultará más efectivo el abrir una cuenta mancomunada a cargo de ambos progenitores en la que se ingresará la pensión que se haya fijado con anterioridad.

Resulta muy interesante la manera de abordar la forma de pago de la pensión alimenticia en la modalidad de custodia compartida que se ha venido dictando recientemente, así, encontramos tres supuestos:¹⁵

¹⁴ SAP de Madrid de 31 de Octubre de 1995, SAP de Alicante de 7 de julio de 1997, SAP de Barcelona de 15 de febrero de 1999, SAP de Las Palmas de 15 de marzo de 1999, SAP de Baleares de 19 de Abril de 1999, SAP de Valencia de 22 de Abril 1999, SAP de Madrid de 20 abril de 1999, SAP de Valencia 22 de Abril 1999, SAP de valencia de 14 de junio de 1999, SAP de Girona de 9 de febrero del 2000, SAP de Granada de 30 de mayo del 2000, SAP de Cádiz de 18 de enero de 2001, SAP de Madrid de 8 de marzo 2002, SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003, SAP de Zaragoza de 15 de octubre de 2003, SAP de Córdoba de 1 de marzo de 2004, SAP de Barcelona de 22 de julio de 2004, SAP de Valencia de 16 de septiembre de 2004.

¹⁵ Blog jurídico de Sepín. Formas de pago de la pensión alimenticia en la guarda y custodia compartida.

- 1) Asunción de los gastos de cada progenitor durante las estancias con los hijos, - alimentación y habitación-, y por pago por mitad del resto (SAP Valencia Sec. 10ª de 19 de diciembre de 2019, SAP Barcelona de 30 de julio de 2019, SAP Pontevedra, Vigo Sec. 6ª de 19 de noviembre de 2019, SAP Guipúzcoa Sec. 2ª de 30 de noviembre de 2019, SAP Zamora, SEC. 1ª de 16 de septiembre de 2019, SAP Cáceres. Sec. 1ª de 21 de noviembre de 2019).

- 2) Establecimiento de pensión de alimentos a cargo de uno de los progenitores, y en algunos casos de disparidad de ingresos, pago también de otros gastos (SAP Cantabria Sec. 2ª de 11 de junio de 2019, SAP Barcelona Sec. 18ª de 28 de febrero de 2019, SAP Ciudad Real de 20 de mayo de 2019, SAP Madrid Sec. 24ª de 6 de marzo de 2019, SAP A Coruña SEC. 4ª de 20 de febrero de 2019, SAP León de 18 de noviembre de 2019).

- 3) Supuestos en los que se fija una contribución específica y diferente a cargo de cada progenitor. (SAP Barcelona SEC. 12ª de 19 de febrero de 2020, de la misma Audiencia la de 2 de marzo de 2020, SAP Valencia Sec. 10ª de 55 de mayo de 2019, SAP Girona de 28 de febrero de 2019, SAP Barcelona SEC. 12ª de 30 de julio de 2019).

Es de especial interés la SAP Barcelona SEC. 12ª de 19 de febrero de 2020 que señala que ambos progenitores pueden acordar el sistema que mejor se adecúe a sus circunstancias, si no fuere así, serán los jueces los que ponderarán todos los intereses para fijar la contribución de ambos en la pensión alimenticia y gastos extraordinarios respetando el principio de proporcionalidad y, en algunos casos recurriendo a mediación para determinar dicha contribución.

Sobre los sujetos obligados, según lo expuesto en el art. 143 CC, están obligados a proporcionarse alimentos de forma recíproca en toda la extensión: 1º los cónyuges, 2º los ascendientes y descendientes y por último los hermanos cuando los necesiten por cualquier

causa que no sea imputable al alimentista, extendiéndose en su caso a los que precisen para su educación por lo que la enumeración que expone el art. 143 del CC está caracterizada por ser una enumeración cerrada por la cual no existen otros obligados distintos a los mencionados anteriormente.

4.2 Extinción de la obligación alimenticia

La extinción de la obligación de los alimentos, así como sus causas, vienen recogidas en los art. 150 y 152 del CC, que dicen respectivamente: *“la obligación de prestar alimentos cesa con el fallecimiento del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme”* y cesará *“por la muerte del alimentista.”* Que hace la imposibilidad del derecho a percibir y la obligación de prestar alimentos, *“principio de intransmisibilidad mortis causa.”*¹⁶ Esta extinción se agrupa en dos categorías:

- A) Extinción de la obligación de alimentos por la desaparición de alguno de los presupuestos que han motivado el nacimiento de la obligación
- B) Extinción de la obligación de alimentos imputable al alimentista.

Sobre la cesación de la situación de necesidad del alimentista, señala el art. 152 CC, en su párrafo tercero: *“cesará también la obligación de dar alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia”*, criterio aplicable a los hijos mayores de edad. Con lo que, el que el alimentista cuente con recursos propios para la satisfacción de sus necesidades extingue la obligación del alimentante y dejará de ser exigible. Esto es abordado en la STS de 1 de marzo de 2001, respecto a la ausencia de necesidad del alimentista, por la que se extingue la obligación de alimentos por considerar que no se encontraba en situación de necesidad. Dicho todo esto, resulta importante recalcar que el *“derecho a percibir alimentos no prescribe si la necesidad persiste”*¹⁷, pero, lo que puede prescribir son las pensiones alimenticias

¹⁶ DIEZ PICAZO Y GULLON, sistema de derecho civil, por.cit 2012, p.49.

¹⁷ DIEZ PICAZO Y GULLON. Sistema de Derecho Civil, 2012. Pg 50

devengadas y no cobradas que hace que se recurra al art. 1966 CC que establece que la acción para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias, prescribe en el transcurso de cinco años.

En la práctica, cuando en la pensión de alimentos a favor de descendientes mayores de edad se pretende que sea suprimida, y estas fueran fijadas en procedimiento matrimonial, la extinción de dicha pensión se solicitará de juzgado, salvo que esté de acuerdo el alimentista, vía modificación de medidas.

Tras el desarrollo, y estudio, de la custodia compartida a lo largo de los cuatro capítulos de este Trabajo Fin de Grado, he llegado a las siguientes

CONCLUSIONES

La custodia compartida es una modalidad de la guarda y custodia que nace por la necesidad de dar una respuesta legal a una demanda social, el dar cumplimiento a dos derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones paternofiliales, en los supuestos de ruptura parental:

1º El derecho del menor a convivir y ser educado por ambos progenitores y

2º El derecho de los progenitores a tener igualdad de trato y oportunidad de intervenir de forma directa y presencial en la vida, desarrollo y educación de sus hijos.

La custodia compartida tiene su fundamento en garantizar el comúnmente denominado “interés superior del menor”, esto es, que en primer y último lugar tendrá que priorizarse el correcto desarrollo, tanto afectivo como emocional del menor, así como garantizar su protección y cuidado en las condiciones óptimas para el mismo.

Pese a que la regulación de las crisis matrimoniales, principalmente separaciones y divorcios, están regulados en España desde el año 1.932 -Ley de Divorcio de la IIª República- no es hasta julio de 2005 cuando aparece regulada por primera vez en nuestro país la guardia compartida, existiendo, de forma reglada, la custodia monoparental desde 1.932.

No se puede decir que en nuestro país no se acordase la guarda y custodia compartida hasta después de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, ya que los distintos Tribunales, Audiencias Provinciales, la venían acordando en determinado supuestos con circunstancias muy tasadas.

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005 es cuando empieza la actividad jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, al principio sentando principios doctrinales sobre la misma (desde la STS de 614/2009, de 28 de septiembre -se debe pedir por ambos progenitores, se debe oír a los menores...- hasta la STS 579/2011, de 22 de julio -la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional-) y después estableciendo criterios concretos para acordar este tipo de custodia (Aportación de un plan parenteral contradictorio -donde se fijen los parámetros con los que se ejercerá dicha custodia-, la relación entre los progenitores -no es necesario que sea excelente, si no que es suficiente con que se puedan mantener canales de comunicación-, alimentos -su fijación, cuantía y forma de pago-, edad de los hijos etc. Criterios que se plasmaron, con intención de modificar el CC y la LEC, en el proyecto de Ley de 2013.

Al mismo tiempo, y desde que las distintas comunidades autónomas con competencia legislativa en materia de familia -Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco y Valencia- comienzan a desarrollar la custodia compartida, muchas veces llamada de distinta forma, comienza a desplegarse la actividad jurisprudencial de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, con competencia casacional en sus respectivos territorios. Dichas sentencias han seguido una trayectoria bastante pareja a la que ha venido siguiendo el Tribunal Supremo, siendo el más avanzado y completo de ellos, al igual que su legislación, el TSJ de Cataluña.

En materia de prestación de alimentos la jurisprudencia, tras tratar varios supuestos en cuanto a cuantías, formas de pago etc, sienta el criterio de que la pensión de alimentos en la custodia compartida se fijará de manera proporcional al poder adquisitivo de los progenitores, por tanto no igualitario al 50% -criterio que aun se ve en algunas resoluciones-, y aun cuando de adoptarse dicho criterio del 50% ello no equivaldría a la supresión de la pensión ordinaria de alimentos (motivo espurio que ha motivado ríos de demandas -instadas principalmente por los padres- de modificación de medidas de custodia monoparental -principalmente otorgadas a las madres- a custodia compartida). En estos supuestos entiendo que la obligación de prestar alimentos subsiste, aun cuando no se fijase pensión ordinaria de alimentos, sólo que su pago se realizaría en especie (art. 149 CC.) durante los periodos de estancia con cada uno de los progenitores.

En cuanto a la forma de pago de esta pensión parece lo más acertado que los ingresos se hagan en una cuenta creada al efecto de forma mancomunada por ambos progenitores, con administración conjunta o alterna con rendición de cuentas, donde se domiciliaría las pensiones ordinarias de alimentos en sentido amplio (recibos periódicos de colegios, actividades extraescolares, cuotas de seguros médicos, etc) y los gastos de carácter extraordinario, ya que los alimentos ordinarios en sentido más estricto (alimentos, vestido y habitación) se pagarían es especie durante los periodos de convivencia con cada uno de los progenitores.

BIBLIOGRAFIA

- TEXTOS

DIEZ- PICAZO, L y GULLON,A., Sistema de derecho Civil, tomo I ed. Tecnos, Madrid, 2012.

LASARTE C., Derecho de familia. Principios de derecho civil IV. Ed 18ª. Marcial Pons

MONTERO AROCA, J., Guarda y custodia de los hijos (la aplicacion practica del articulo 92 del Codigo Civil), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MARTINEZ CALVO, J., Marco legal internacional y europeo de nuestro entorno

SEIJAS QUINTANA, Jose Antonio., Magistrado Jubilado sala 1ª del Tribunal Supremo.
Análisis Jurisprudencial de la custodia compartida

- TFG

CLERIES TERUEL, MARTINA. Trabajo Final de Grado “La custodia compartida” .
Universidad Cardenal Herrera. 2014

GAITÁN GIL, ALEJANDRA. Trabajo final de grado “la obligacion de alimentos.”
Universidad de Almeria. 2014

- DIRECCIONES DE INTERNET

DOMINGO MONFORTE, J., www.domingomonforte.com

Ley Aragonesa de custodia compartida www.asociacion-eurojuris.es

Plan de Parentalidad en Cataluna www.divorcios.me

Formas de pago de la pension alimenticia en la guarda y custodia compartida. Blog juridico de Sepin. www.blog.sepín.es

Estudio de estado actual y Evolucion del regimen de Custodia Compartida en Espana. www.Acarrionmolina.wordpress.com

Custodia compartida segun el Tribunal Supremo. www.mundojuridico.com

La pension de alimentos a los hijos. Diferencias entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios www.iurisfacil.com

La declaración de inconstitucionalidad de la ley 5/2011 de 1 de Abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Revista nº 19. 2016 www.derechocivilvalenciano.com

El gobierno aprueba el anteproyecto de ley que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida. Artículo de 19 de julio de 2013. Www.noticiasjurídicas.com

- LEGISLACIÓN

Ley de divorcio de 1932

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

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.

Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho foral de Aragón”, el texto en materia de custodia

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

- SENTENCIAS TS MÁS IMPORTANTES CITADAS

STS 614/2009, de 28 de Septiembre; Niega la custodia compartida

STS 579/2011, de 22 de Julio; La custodia compartida no es una medida excepcional

STS 623/2009, de 8 de Octubre; Asienta criterios para fijar la custodia compartida

STS 94/2010, de 11 de marzo; Acuerda el sistema de guarda y custodia compartida

STS 257/2013, de 29 de Abril; Fija doctrina

STS 495/2013, de 19 de julio; Interés superior del menor

STS 757/2013, de 29 de Septiembre; Relación entre los progenitores (supuestos concretos)

STS 390/2015, de 26 de Junio; Alimentos (supuesto concreto)

STS 11/2018, de 11 de Enero; edad de los hijos (supuesto concreto)

STS 133/2016; de 4 de Marzo; Distribución de los tiempos de estancia con cada uno de los progenitores. (supuesto concreto)

STS 36/2016, de 4 de Febrero; Violencia de género (supuesto concreto)

STS 4/2018, de 10 de Enero; Distancia entre los domicilios (supuesto concreto)

STS 593/2014, de 24 de Octubre; Vivienda (supuesto concreto)

ANEXO

jeto de estudiar las normas de una posible regulación de la venta de tejidos.—Página 1815.

Administración Central.

ESTADO.—Subsecretaría.—Asuntos contenciosos.—Anunciando haber fallecido en La Habana el súbdito español Julio Ordóñez Castañón.—Página 1815.

Idem id. id. en Fez los súbditos españoles que se indican.—Página 1815.

HACIENDA.—Dirección general del Tesoro público.—Nota de los números y poblaciones a que han correspondido los 14 premios mayores de cada una de las cuatro series del sorteo de la Lotería Nacional cele-

brado en el día de ayer.—Página 1815.

Adjudicando cinco premios de 125 pesetas cada uno a igual número de doncellas acogidas en los establecimientos de Beneficencia provincial de Madrid.—Página 1815.

Prospecto de premios para el sorteo de la Lotería Nacional que se ha de celebrar en Madrid el día 21 del mes actual.—Página 1815.

Dirección general de la Deuda y Clases pasivas.—Disponiendo que el día 15 del mes actual se verifique la quema de documentos amortizados que corresponde efectuar en el mes actual.—Página 1816.

GOBERNACIÓN.—Dirección general de Administración.—Nombramientos de Interventores de fondos de los

Ayuntamientos que se mencionan.—Página 1816.

Prorrateo entre los Ayuntamientos que se indican de la cantidad concedida por jubilación a D. Gervasio Rodríguez González, Secretario del Ayuntamiento de Pomer (Zaragoza).—Página 1816.

Idem id. id. de la cantidad concedida por pensión a favor de las huérfanas de D. Nicolás Amigo Folguera, Secretario que fué del Ayuntamiento de Acebedo (León).—Página 1816.

ANEXO UNICO.—BOLSA.—SUBASTAS.—ANUNCIOS DE PREVIO PAGO.—EDICTOS.—CUADROS ESTADISTICOS.

SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.—Pliegos 31 y 32.

MINISTERIO DE JUSTICIA

Habiéndose observado en la inserción de la Ley de divorcio en la GACETA DE MADRID de 11 del actual algunos errores materiales, se reproduce a continuación debidamente rectificada.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ESPAÑOLA,

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed:

Que las CORTES han decretado y sancionado la siguiente

LEY

CAPITULO PRIMERO

Del divorcio.—Sus causas.

Artículo 1.º El divorcio decretado por sentencia firme por los Tribunales civiles disuelve el matrimonio, cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración.

Artículo 2.º Habrá lugar al divorcio, cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo, o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta Ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone.

Artículo 3.º Son causas de divorcio:

1.º El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.

2.º La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.

3.º La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.

4.º El desamparo de la familia, sin justificación.

5.º El abandono culpable del cónyuge durante un año.

6.º La ausencia del cónyuge cuando

hayán transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código civil.

7.º El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves.

8.º La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común.

9.º La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

10.º La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo.

11.º La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años.

12.º La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años.

13.º La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo.

CAPITULO II

Ejercicio de la acción de divorcio.

Artículo 4.º Tienen capacidad para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges que sean mayores de edad. No se podrá ejercitar este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio.

Artículo 5.º El divorcio, mediante causa legítima, sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad.

Artículo 6.º La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges. Sus herederos podrán continuar la demanda o reconvencción deducida por el causante a los efectos del artículo 29.

Artículo 7.º El cónyuge que esté sufriendo la pena de interdicción civil podrá pedir por sí mismo el divorcio, alegando justa causa imputable al otro cónyuge.

Artículo 8.º No se podrá ejercitar la acción pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se funda. Tampoco podrá ejercitarse transcurridos cinco años desde que el hecho se realizó, salvo los casos de adulterio, en los que el plazo de la prescripción se fija en diez años, y los de atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, que no prescribirán. Cuando se funde en alguna de las causas cuarta, quinta, sexta, octava, duodécima o decimotercera, podrá ejercitarse la acción mientras subsista el estado de hecho que la motiva. Cuando se funde en la causa número once, será necesario que hayan transcurrido tres años, por lo menos, desde la condena.

Los plazos de prescripción a que se refiere el párrafo anterior no corren mientras los cónyuges vivan separados. Si el cónyuge a quien corresponde la acción de divorcio fuese requerido ju-

dicialmente por el otro para que restablezca la comunidad de vida matrimonial o interponga la demanda, volverán a correr los plazos desde la fecha en que el requerimiento se verifique.

Artículo 9.º La sentencia declarará culpable cuando proceda al cónyuge que hubiese dado causa al divorcio, o a los dos, en su caso.

Artículo 10. La reconciliación pone término al juicio de divorcio. Los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del Juez que entienda en el litigio. Cuando la solicitud de divorcio estuviera fundada en mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impedirá que vuelvan a intentarlo, sin justa causa, hasta después de transcurridos dos años.

CAPITULO III

De los efectos del divorcio.

SECCIÓN PRIMERA

De los efectos del divorcio en cuanto a las personas de los cónyuges.

Artículo 11. Por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedan en libertad de contraer nuevo matrimonio, aunque el culpable sólo podrá contraerlo transcurrido el plazo de un año desde que fué firme la sentencia. La mujer, sin embargo, quedará sujeta a la prohibición del número segundo del artículo 45 del Código civil, debiendo empezar a contarse el plazo de los trescientos un días desde la diligencia judicial de separación de los cónyuges. Esta prohibición no regirá cuando el divorcio se haya decretado en virtud de alguna de las causas quinta, sexta, undécima y duodécima, o por mutuo disenso.

Artículo 12. No podrá contraer válidamente nuevo matrimonio el cónyuge que hubiese sido declarado culpable por la causa tercera del artículo 3.º

Artículo 13. Los cónyuges divorciados que no hubiesen celebrado otras nupcias podrán contraer nuevo matrimonio entre sí en cualquier tiempo.

SECCIÓN SEGUNDA

De los efectos del divorcio en cuanto a los hijos.

Artículo 14. La disolución del matrimonio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El Juez fijará la forma en que el padre o madre que no los conserve en su poder deberá contribuir al cumplimiento de aquéllas.

Son aplicables a este supuesto las disposiciones del artículo 33.

Artículo 15. Los hijos conservan

todos los derechos y ventajas que les están asegurados por las leyes, por sus padres o por otras personas; pero no podrán ejercitarlos sino en los mismos casos en que podrían hacerlo de no haber mediado el divorcio.

Artículo 16. Disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas primera, segunda, novena, décima, undécima y duodécima, o por mutuo disenso, podrán los cónyuges acordar en poder de cuál de ellos han de quedar los hijos comunes menores de edad. Este acuerdo necesitará la aprobación del Juez.

Artículo 17. A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar, o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil.

Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años.

Artículo 18. El régimen establecido conforme a los dos artículos anteriores, podrá ser modificado, en virtud de causas graves y en interés de la salud, de la educación o de la buena administración de los bienes de los hijos.

Artículo 19. El cónyuge que hubiere sido privado de los derechos inherentes a la patria potestad, los recobrará a la muerte del otro cónyuge, excepto si hubiera sido declarado culpable del divorcio, fundado en las causas tercera o cuarta, o en el atentado contra la vida de los hijos del matrimonio.

En estos casos podrá recobrarla mediante declaración judicial.

Artículo 20. Aquel de los padres en cuyo poder queden los hijos menores tendrá sobre ellos la patria potestad y, por consiguiente, su representación y el usufructo y administración de sus bienes.

El que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el Juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.

Artículo 21. El hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la

situación establecida al respecto de dicha prole. Esto no obstante, el Juez podrá determinar lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge viudo, sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre viudos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda.

En este supuesto se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos.

Artículo 22. El plazo de trescientos días que establece el artículo 108 del Código civil empezará a contarse desde la fecha de la diligencia judicial de separación de los cónyuges.

SECCIÓN TERCERA

De los bienes del matrimonio.

Artículo 23. La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes.

Artículo 24. Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus propios bienes y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique.

Artículo 25. La demanda de divorcio y la sentencia firme en que se decrete se deberán anotar e inscribir respectivamente en el Registro de la Propiedad que corresponda en cuanto a los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a la sociedad conyugal.

También se anotará la demanda y se inscribirá la sentencia, en los casos en que proceda, en el Registro mercantil correspondiente.

Artículo 26. Cuando los cónyuges divorciados contrajeran nuevo matrimonio entre sí, volverán a regirse los bienes por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ella se hubiere ejecutado legalmente.

Antes de contraer el segundo matrimonio harán constar los contrayentes, por escritura pública, los bienes que nuevamente aporte y éstos serán los que constituyan, respectivamente, el capital propio de cada uno.

En el caso de este artículo se reputará siempre nueva aportación la de todos los bienes, aunque en parte

o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de divorcio.

Artículo 27. El divorcio no autoriza a los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados en el supuesto de la muerte de uno de ellos; pero tampoco les perjudicará para su ejercicio cuando llegue aquel caso, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 28. El cónyuge culpable pierde todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y el inocente conserva todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiese prometido, aunque tales beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad.

Artículo 29. El cónyuge divorciado no sucede abintestato a su ex consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece la sección séptima del capítulo segundo del título III del libro 3.º del Código civil, ni a las ventajas de los artículos 1.374 y 1.420 del mismo Código. Si al fallecer el causante estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito, si los herederos utilizan la facultad que les concede el artículo 6.º

SECCIÓN CUARTA

De los alimentos.

Artículo 30. El cónyuge inocente, cuando carezca de bienes propios bastantes para atender a su subsistencia, podrá exigir del culpable una pensión alimenticia, independiente de la que corresponde a los hijos que tenga a su cuidado.

Si el divorcio se decretare por causa que no implique culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ambos podrán exigirse recíprocamente alimentos en su caso.

Artículo 31. El derecho a los alimentos cesará por la muerte del alimentista o por contraer éste nuevo matrimonio o vivir en concubinato.

La obligación del que haya de prestarlos se transmite a sus herederos, dejando a salvo las legítimas cuando sean herederos forzosos.

Artículo 32. Los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la situación económica del cónyuge obligado a satisfacerlos.

Artículo 33. El alimentista puede exigir la constitución de hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del obligado a dar alimentos, suficiente a garantizar el cumplimiento de la obliga-

ción. Si el obligado careciese de bienes propios en que constituir la hipoteca o fuesen insuficientes, el Juez determinará, según las circunstancias, las garantías que haya de prestar.

Artículo 34. El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, y que culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas. La reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión.

Artículo 35. En lo que no esté previsto en la presente Ley, se aplicarán las disposiciones del título 6.º, libro 1.º, del Código civil.

CAPITULO IV

De la separación de bienes y personas.

Artículo 36. Se puede pedir la separación de personas y bienes sin disolución del vínculo:

- 1.º Por consentimiento mutuo.
- 2.º Por las mismas causas que el divorcio.
- 3.º Cuando las relaciones matrimoniales hayan sufrido una perturbación profunda por efecto de la diferencia de costumbres, de mentalidad o de religión entre los cónyuges u otra causa de naturaleza análoga que no implique culpabilidad de uno de ellos.

En este caso podrá pedir la separación cualquiera de los cónyuges.

Artículo 37. El ejercicio de la acción de separación está sujeto a las normas que para la de divorcio establece el capítulo II de esta Ley.

Corresponde al cónyuge inocente optar entre ambas acciones.

Artículo 38. La separación sólo produce la suspensión de la vida común de los casados. En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley.

Artículo 39. Se dictará sentencia de divorcio a petición de los dos cónyuges, transcurridos dos años, a contar desde la fecha de la sentencia de separación, y a petición de cualquiera de ellos cuando hubieren transcurrido tres años.

Artículo 40. Por los incapacitados, a tenor del artículo 213 del Código civil, podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia. Esta separación no podrá motivar la sentencia de divorcio a que se refiere el artículo 39, sino transcurridos tres años y a petición del cónyuge capaz.

CAPITULO V

Del procedimiento de divorcio.

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales.

Artículo 41. Será Juez competente para instruir los procedimientos de separación y de divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será Juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o de la residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

Artículo 42. El Juez examinará de oficio su propia competencia. Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo establecido en el artículo anterior.

Artículo 43. Interpuesta y admitida la demanda de separación o de divorcio, mientras se sustancie el juicio la mujer tendrá capacidad jurídica para regir su persona y bienes, con la limitación de no poder enajenarlos ni gravarlos, a no ser mediante autorización judicial y previa la justificación de necesidad y utilidad.

El marido conservará, si la tuviere, la administración de los bienes de la sociedad conyugal; pero para enajenarlos y gravarlos será necesaria la conformidad de la esposa, y, en su defecto, la autorización judicial.

Artículo 44. Una vez admitida la demanda de separación o de divorcio, el Juez adoptará las disposiciones siguientes, que durarán hasta que termine el juicio por sentencia firme:

- 1.ª Separar los cónyuges en todo caso.
- 2.ª Señalar el domicilio de la mujer.
- 3.ª Poner los hijos menores de cinco años al cuidado de la madre, y los mayores de esa edad, al cuidado del padre.

El Juez podrá, sin embargo, proceder de modo distinto, bien al constituirse el depósito, bien con posterioridad, en virtud de causa justa o por acuerdo de los cónyuges, ratificado a la presencia judicial.

El cónyuge que no tenga en su poder a los hijos tendrá derecho a visitarlos y comunicar con ellos en el tiempo, modo y forma que el Juez determine.

4.ª Señalar alimentos a la mujer, cuando proceda, y a los hijos que no queden en poder del padre, siendo

aplicables, en su caso, las sanciones establecidas en el artículo 34.

5.º Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudique a la mujer en la administración de sus bienes, si le correspondiere, o en la de los bienes de la sociedad conyugal.

El marido, como administrador de la sociedad de gananciales, vendrá obligado a abonar "litis expensas" a la mujer, salvo cuando ésta posea bienes propios suficientes y disponga de sus productos.

Para la ejecución de las disposiciones a que este artículo se refiere y para sustanciar las cuestiones e incidencias que puedan promoverse como consecuencia de las mismas, se formarán las correspondientes piezas separadas, a fin de no entorpecer en ningún caso la prosecución del asunto principal.

Artículo 45. Cuando se solicite la defensa por pobre, tanto por el actor como por el demandado, se sustanciará este incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

SECCIÓN SEGUNDA

Del procedimiento de separación y de divorcio por causa justa.

Artículo 46. Las demandas de separación y de divorcio se sustanciarán por los trámites procesales que fija la ley de Enjuiciamiento civil en su libro II, título II, capítulo 3.º, salvo las modificaciones que establezca esta Ley. Para interponer la demanda no será necesario intentar previamente la conciliación. El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvencción será de veinte días.

Artículo 47. Entre los documentos que deben acompañar a la demanda figurarán los que justifiquen el domicilio conyugal o, en su caso, la residencia.

Artículo 48. El Ministerio fiscal será parte en el juicio principal y en todas sus incidencias sólo cuando existan menores, ausentes o incapaces, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165 del Código civil.

Artículo 49. Las partes deberán comparecer asistidas de Procurador que las represente y de Abogado que las dirija. La demanda se redactará según las normas establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 50. Si se hubiere formulado reconvencción, el actor contestará dentro del plazo improrrogable de diez días. No se admitirá reconven-

cción que no estuviere fundada en alguna de las causas establecidas en el artículo 3.º

Artículo 51. La confesión y el allanamiento a la demanda no bastarán por sí solos para fundamentar una sentencia condenatoria.

Los parientes y los domésticos de los esposos pueden ser oídos como testigos.

Artículo 52. La resolución en que se reciba el pleito a prueba prevendrá a las partes que propongan toda la que les interese en el término improrrogable de diez días.

El término para la práctica de las pruebas no podrá exceder de veinte días.

Artículo 53. Cuando alguno de los litigantes proponga prueba en los dos últimos días del período, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos, dentro de los dos siguientes a la notificación de la providencia en que aquélla sea admitida.

Artículo 54. Cerrado el período de prueba, procederá el Juez, dentro de los diez días siguientes, a hacer un resumen razonado de las practicadas y un informe sobre la cuestión de derecho.

Artículo 55. Cumplido el trámite del artículo anterior, se remitirán los autos a la Audiencia provincial, con emplazamiento de las partes, por término de diez días.

Recibidos los autos en la Audiencia y transcurrido el término del emplazamiento, háyanse o no personado las partes, se pondrán de manifiesto las actuaciones para instrucción, por término de cinco días improrrogables, a cada una de las personadas, y se pasarán por igual término para instrucción, al Magistrado ponente.

Transcurrido este plazo, se dictará providencia, declarando concluso el pleito, con citación de las partes para sentencia y se señalará día para la vista dentro de los ocho siguientes.

El día anterior al señalado para la celebración de la vista se entregará a cada uno de los Magistrados que hayan de formar la Sala una copia del informe hecho por el Juez, con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 56. Los Jueces y Tribunales podrán disponer de oficio o a instancia de parte que el despacho y la vista se hagan a puerta cerrada, cuando así lo exijan la moral y el decoro, la naturaleza de la causa de separación o de divorcio.

Artículo 57. Contra la sentencia se podrá interponer recurso de revisión

ante el Tribunal Supremo por alguna de las causas siguientes:

- 1.º Incompetencia de jurisdicción.
- 2.º Violación de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión.
- 3.º Injusticia notoria.

El recurso se interpondrá y formalizará mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación. Transcurrido este plazo, se remitirán los autos al Tribunal Supremo, emplazándose a las partes para que comparezcan en término de diez días. Este término será de quince días para los pleitos procedentes de las islas Baleares y de veinte para los de las islas Canarias. Recibidos los autos y personado el recurrente, se mandarán traer a la vista, previa instrucción de las partes y del ponente, por término de cinco días a cada uno, señalándose la vista dentro del mes siguiente. Celebrada ésta, se dictará sentencia en plazo de diez días.

Artículo 58. El Juez de primera instancia podrá, en cualquier estado del pleito, adoptar provisionalmente las medidas de urgencia que considere indispensables respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus hijos, conforme a las disposiciones de esta Ley.

Artículo 59. Cuando el demandante acompañe copia fehaciente de sentencia firme en que aparezca su comparecido condenado por hechos de los señalados con los números 1, 2, 7 y 11 del artículo 3.º de esta Ley como causas de divorcio, el Juez dará traslado al demandado, y si éste no reconviniese ni alegase excepción suficiente a desvirtuar la acción, o no compareciere, citará sin más para sentencia ante la Audiencia, una vez oído el Ministerio fiscal.

Artículo 60. Obtenida una sentencia de separación y transcurrido el tiempo a que se refiere el artículo 39 sin que hubiere mediado reconciliación, los cónyuges podrán solicitar la declaración de divorcio, y el Juez, probados estos extremos, citará sin más a las partes, para sentencia, ante la Audiencia correspondiente.

Artículo 61. Los recursos de apelación que se entablen contra resoluciones de los Jueces de primera instancia en esta materia, serán admisibles en un solo efecto y se tramitarán ante la Audiencia provincial respectiva.

Artículo 62. Las costas del pleito serán a cargo del litigante vencido.

salvo los casos en que el Tribunal, por motivos fundados, dispusiere otra cosa en la sentencia.

SECCIÓN TERCERA

Del procedimiento de separación y de divorcio por mutuo disenso.

Artículo 63. En los casos de separación o de divorcio por mutuo disenso, los cónyuges deberán comparecer ante el Juez competente, en la forma prevenida en el artículo 49.

Artículo 64. Se levantará acta de la comparecencia y de las manifestaciones hechas por los interesados.

Dentro de los tres días siguientes citará a nueva comparecencia a cada uno de los esposos, separadamente, e investigará, mediante un interrogatorio escrupuloso, la existencia de una auténtica y sincera voluntad de separación o de divorcio, e invitará a las partes a ratificarse.

Artículo 65. Ratificados los cónyuges, el Juez decretará su separación y adoptará las disposiciones provisionales relativas a las personas y bienes de los mismos y de los hijos, y pensiones alimenticias en su caso, conforme a los convenios de los interesados que aprobare y, en su defecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley. De todo ello se levantará acta, que será firmada por el Juez, por los cónyuges y por el actuario.

Artículo 66. Si se hubiere pedido la separación, se decretará desde luego después de la ratificación.

En caso de haberse solicitado el divorcio, el Juez citará a las partes a nueva comparecencia, seis meses después, para que manifiesten si persisten en su propósito de divorciarse.

Artículo 67. Transcurridos los seis meses a que se refiere el artículo anterior, si los interesados se ratifican en su voluntad de divorciarse, se levantará acta circunstanciada de las manifestaciones hechas, que firmarán los cónyuges, y se les citará para nueva y última comparecencia seis meses más tarde. Si los cónyuges comparecen esta tercera y última vez y manifiestan su voluntad definitiva de divorciarse, el Juez decretará el divorcio por mutuo disenso y adoptará las medidas oportunas respecto de los hijos, del cónyuge, en su caso, y de los bienes, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.

Artículo 68. La falta de asistencia sin justa causa a alguna de las comparecencias a que se refiere el artículo anterior se interpretará como desistimiento y producirá la nulidad de lo actuado.

Artículo 69. Las sentencias firmes

de divorcio se comunicarán de oficio al Registro civil en que conste la celebración del matrimonio y a aquel en que radiquen las inscripciones de nacimiento.

REGLAS TRANSITORIAS

1.ª Mientras no se modifiquen los Aranceles, los derechos que devenguen los Secretarios de los Juzgados, Audiencias y Tribunal Supremo no podrán exceder de 200, 150 y 300 pesetas, respectivamente, estando en dichas cantidades incluídos los derechos de los Oficiales de Sala.

Los derechos que devenguen los Procuradores serán sólo de 175 pesetas en el Juzgado, 125 pesetas en la Audiencia y 200 pesetas en el Tribunal Supremo.

Durante la sustanciación del juicio en el Juzgado de primera instancia, se entenderá dividida la tramitación en dos periodos iguales, desde la demanda al recibimiento a prueba y desde este momento hasta la remisión de los autos a la Audiencia.

Si durante la tramitación del asunto en la Audiencia o en el Tribunal Supremo se desistiere del asunto o se reconciliaren los cónyuges, se devengarán por los Secretarios y por los Procuradores los derechos que marquen sus respectivos aranceles, siempre que no excedan de los antes fijados, que no podrán ser superados en ningún caso.

Los incidentes sólo darán derecho a percibir a los Secretarios y Procuradores la mitad de los que, por cada caso, marquen sus respectivos aranceles.

2.ª Podrá ejercitarse la acción de divorcio o de separación aunque el hecho en que se funde conforme a esta Ley se hubiere realizado antes de su promulgación.

3.ª Los cónyuges que al promulgarse esta Ley estuvieren separados temporalmente por sentencia firme a la que el Código civil reconozca efectos civiles, podrán pedir que la separación se convierta en divorcio, conforme a lo dispuesto en el artículo 39. Podrán pedir asimismo el divorcio por mutuo disenso o alegando justas causas, comprendida en el artículo 3.º, aunque sea la misma que hubiese motivado la separación.

4.ª Las sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos en pleitos de divorcio con anterioridad al Decreto del Gobierno de la República sobre esta materia de 4 de Noviembre de 1931 y que hayan obtenido en su día la oportuna validez civil, no necesitarán de nuevos requisitos para

su total eficacia, siempre que el fallo hubiere sido de divorcio perpetuo o indefinido.

Las dictadas con posterioridad a dicho Decreto no producirán efectos civiles.

Los pleitos de divorcio fallados por los Tribunales eclesiásticos con posterioridad a la fecha indicada y antes de la vigencia de la presente Ley, para surtir efectos, deberán ser sometidos a revisión del Tribunal civil competente, pudiendo estimarse por éste las causas consignadas en la presente Ley y decretarse el divorcio vincular que la misma establece.

Los Tribunales civiles podrán conceder valor y eficacia a las pruebas practicadas ante el Tribunal eclesiástico cuando a su juicio hayan mediado las debidas garantías para los litigantes.

Las pruebas practicadas en los pleitos pendientes ante los Tribunales eclesiásticos en que éstos no hayan dictado sentencia firme en la fecha de la promulgación de la presente Ley, podrán ser tomadas en cuenta por los Tribunales civiles, en los términos que previene el párrafo anterior, cuando dichos litigios sean sometidos a la jurisdicción de estos Tribunales.

5.ª En los juicios pendientes ante los Tribunales civiles al tiempo de la promulgación de esta Ley, cualquiera que sea su estado, se dará traslado al actor para que, en el término de diez días, manifieste si opta por el divorcio vincular que en ellas se regula. Si así fuese, deberá iniciarse nuevamente el procedimiento y sustanciarse conforme a las disposiciones de la sección segunda del capítulo V. Si el actor optare por la continuación del pleito se sustanciará con sujeción a los trámites ordenados en esta Ley. La sentencia en este caso será de separación y tendrá los efectos que previenen los artículos 38 y 39.

Queda a salvo el derecho de los cónyuges para obtener el divorcio por mutuo disenso.

6.ª Cuando hubiere separación de los bienes de los cónyuges decretada conforme al capítulo 6.º, título III, libro 4.º del Código civil, por causa de divorcio, si el marido hubiera conservado la administración de los bienes del matrimonio, la mujer podrá exigir que se liquiden y se la entreguen los bienes propios y los que la correspondan de la sociedad conyugal. En cuanto a ellos, se observará lo dispuesto en el artículo 24. Entre los cónyuges regirá en este caso lo que se dispone en la sección cuarta del capítulo III de esta Ley.

7.º Los plazos de caducidad de la acción del artículo 8.º de esta Ley comenzarán a contarse desde la promulgación de la misma.

DISPOSICION FINAL

Quedan derogadas cuantas disposiciones y pactos se opongan a los de la presente Ley.

Por tanto:

Mando a todos los ciudadanos que coadyuven al cumplimiento de esta Ley, así como a todos los Tribunales y Autoridades que la hagan cumplir.

Madrid a dos de Marzo de mil novecientos treinta y dos.

NICETO ALCALA-ZAMORA Y TORRES

El Ministro de Justicia,

ALVARO DE ALBORNOZ Y LIMINIANA

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

DECRETO

De acuerdo con el Consejo de Ministros y a propuesta de su Presidente,

Vengo en autorizar a éste para que presente a las Cortes Constituyentes el siguiente proyecto de Ley, suspendiendo los procedimientos judiciales referentes a la incautación de bienes de la extinguida Compañía de Jesús.

Dado en Madrid a once de Marzo de mil novecientos treinta y dos.

NICETO ALCALA-ZAMORA Y TORRES

El Presidente del Consejo de Ministros,
MANUEL AZAÑA

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º Se declaran en suspenso todos los procedimientos judiciales que se sigan contra los bienes de que se ha incautado, o en lo sucesivo se incaute el Estado, como pertenecientes a la extinguida Compañía de Jesús.

Artículo 2.º Los Jueces y Tribunales que conozcan de los procedimientos a que se refiere el artículo anterior o de los que se incoen en lo sucesivo, remitirán testimonio de las actuaciones practicadas al Presidente del Patronato Administrador de dichos bienes.

Artículo 3.º Las personas que se crean con derecho a reclamar algún crédito que deba hacerse efectivo sobre los bienes referidos, deberán dirigir, en el término de seis meses, contados desde la publicación de esta Ley, una instancia al expresado Patronato, acompañando los justificantes de que dispusieron y ofreciendo pruebas conducentes a demostrar la realidad y legitimidad de su derecho.

La falta de reclamación durante el

plazo señalado, se entenderá como renuncia a toda acción contra el Estado, liberándose en absoluto los bienes incautados, sin perjuicio de las acciones personales que correspondan contra el deudor directo, las cuales quedan sometidas a la legislación común.

Artículo 4.º El Patronato examinará las instancias presentadas y practicará las diligencias e investigaciones que estime pertinentes, pudiendo para ello requerir directamente el auxilio de las Autoridades y funcionarios de todo orden, y elevará al Consejo de Ministros una propuesta antes de transcurrir los dos meses siguientes al plazo señalado en el artículo anterior, que será resuelta por Decreto.

Será título bastante para cancelar en el Registro de la Propiedad las inscripciones hipotecarias, la certificación expedida por el Secretario del Patronato con el visto bueno del Presidente, en la que haga constar que no ha sido reclamado en el plazo fijado por esta Ley, el crédito garantizado.

Artículo 5.º Dictado el Decreto resolutorio o transcurrido un año desde la publicación de esta Ley, quedará sin efecto la suspensión decretada en el artículo 1.º, y tanto el Estado como los interesados podrán hacer valer ante la jurisdicción competente, los derechos y excepciones de que se crean asistidos, a no ser que hubiesen caducado en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º de esta Ley.

Madrid, 11 de Marzo de 1932.

El Presidente del Consejo de Ministros,
MANUEL AZAÑA

MINISTERIO DE ESTADO

DECRETOS

De acuerdo con el Gobierno de la República y en atención a las circunstancias que concurren en D. Alvaro de Maldonado y Liñán, Secretario de primera clase en situación de excedente forzoso,

Vengo en disponer que pase a prestar sus servicios, con la misma categoría que hoy tiene, al Consulado de España en Tampa, en la vacante producida por traslado de D. Alejandro Escudero y Galofre.

Dado en Madrid a ocho de Febrero de mil novecientos treinta y dos.

NICETO ALCALA-ZAMORA Y TORRES

El Presidente del Consejo de Ministros,
en funciones de Ministro de Estado,
MANUEL AZAÑA

De acuerdo con el Gobierno de la República, a propuesta del Ministro de

Estado y en atención a las circunstancias que concurren en D. Rafael López Santonja, Cónsul de segunda clase en el Consulado de la Nación en Villarreal de San Antonio,

Vengo en ascenderle a Cónsul de primera clase y destinarle, con esta categoría, al Consulado de la Nación en Santiago de Cuba; en la inteligencia de que este nombramiento corresponde al tercer turno que el vigente Reglamento de la Carrera diplomática señala al ascenso por elección entre los funcionarios en activo de la clase inferior inmediata.

Dado en Madrid a primero de Marzo de mil novecientos treinta y dos.

NICETO ALCALA-ZAMORA Y TORRES

El Presidente del Consejo de Ministros,
en funciones de Ministro de Estado,
MANUEL AZAÑA

MINISTERIO DE JUSTICIA

DECRETO

La distinta interpretación que por algunos Tribunales se viene dando al Decreto del Ministerio de Justicia de 29 de Diciembre de 1931, obliga a declarar de una manera inequívoca el alcance del derecho de revisión concedido en su artículo 7.º a los arrendatarios de fincas urbanas.

Es evidente que el citado Decreto constituye una regulación nueva y única de la materia a que se refiere. Nueva porque no se limita a copiar los anteriores Decretos, sino que los modifica en varios puntos, y única porque las precedentes han perdido su vigencia por haber transcurrido su vida legal, además, porque el Decreto de 29 de Diciembre de 1931 contiene una cláusula derogatoria de todas las disposiciones dictadas en la materia hasta la fecha. Por lo tanto, el citado artículo 7.º no es un texto legal que se limita a copiar preceptos anteriores, sino una disposición nueva, con todo el alcance que se desprende de su sentido gramatical y que el legislador ha querido darle en atención a las circunstancias en que ha sido dictado. Y sería absurdo que para destruir un derecho concedido nuevamente en el Decreto de 29 de Diciembre de 1931 se pudiera alegar la excepción de prescripción, fundada en hechos anteriores y en preceptos derogados, porque un plazo de prescripción extintiva sólo puede empezar a correr cuando el derecho ha nacido y no ha sido ejercitado, nunca antes del nacimiento del derecho.

Se han suscitado también algunas dudas acerca de las pruebas que pueden

I. Disposiciones generales

JEFATURA DEL ESTADO

16216

LEY 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren, Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

Artículo primero.

El título IV del libro primero del Código Civil quedará redactado de la siguiente forma:

TITULO IV

Del matrimonio

CAPITULO PRIMERO

De la promesa de matrimonio

Artículo 42. La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.

No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Artículo 43. El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

CAPITULO II

De los requisitos del matrimonio

Artículo 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 45. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

Artículo 46. No pueden contraer matrimonio:

- 1.º Los menores de edad no emancipados.
- 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

Artículo 47. Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

- 1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- 2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- 3.º Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Artículo 48. El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior.

El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores.

La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

CAPITULO III

De la forma de celebración del matrimonio

SECCION I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 49. Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

- 1.º Ante el Juez o funcionario señalado por este Código.
- 2.º En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

Artículo 50. Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

SECCION II. DE LA CELEBRACION ANTE EL JUEZ O FUNCIONARIO QUE HAGA SUS VECES

Artículo 51. Será competente para autorizar el matrimonio:

- 1.º El Juez encargado del Registro Civil.
- 2.º En los municipios en que no resida dicho Juez, el Alcalde o el delegado designado reglamentariamente.
- 3.º El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

Artículo 52. Podrá autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte:

- 1.º El Juez encargado del Registro Civil o el delegado, aunque los contrayentes no residan en su circunscripción y, en defecto de ambos, el Alcalde.
- 2.º En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato.
- 3.º Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma.

Este matrimonio no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada.

Artículo 53. La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente.

Artículo 54. Cuando concorra causa grave suficientemente probada, el Ministro de Justicia podrá autorizar el matrimonio, secreto. En este caso, el expediente se tramitará reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas.

Artículo 55. Podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado o quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente.

En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.

El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia de apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Juez o funcionario autorizante.

Artículo 56. Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Artículo 57. El matrimonio deberá celebrarse ante el Juez o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad.

La prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del Juez o funcionario encargado del Registro Civil competente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio ante un Juez o encargado de otro Registro Civil.

Artículo 58. El Juez o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente.

SECCION III. DE LA CELEBRACION EN FORMA RELIGIOSA

Artículo 59. El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.

Artículo 60. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente.

CAPITULO IV

De la inscripción del matrimonio en el Registro Civil

Artículo 61. El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración.

Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Artículo 62. El Juez o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá, inmediatamente después de celebrado, la inscripción o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos.

Asimismo, practicada la inscripción o extendida el acta, el Juez o funcionario entregará a cada uno de los contrayentes documento acreditativo de la celebración del matrimonio.

Artículo 63. La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título.

Artículo 64. Para el reconocimiento del matrimonio secreto basta su inscripción en el libro especial del Registro Civil Central, pero no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sino desde su publicación en el Registro Civil ordinario.

Artículo 65. Salvo lo dispuesto en el artículo 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración.

CAPITULO V

De los derechos y deberes de los cónyuges

Artículo 66. El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes.

Artículo 67. El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Artículo 68. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Artículo 69. Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos.

Artículo 70. Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia.

Artículo 71. Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida.

Artículo 72. Suprimido.

CAPITULO VI

De la nulidad del matrimonio

Artículo 73. Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.

3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.

4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

5.º El contraído por coacción o miedo grave.

Artículo 74. La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

Artículo 75. Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal.

Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla.

Artículo 76. En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio.

Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

Artículo 77. Suprimido.

Artículo 78. El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo 73.

Artículo 79. La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume.

Artículo 80. Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CAPITULO VII

De la separación

Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

2.º A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurrido en causa legal de separación.

Artículo 82. Son causas de separación:

1.º El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2.º Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.º La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4.º El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7.º Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 86.

Artículo 83. La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Artículo 84. La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

CAPITULO VIII

De la disolución del matrimonio

Artículo 85. El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Artículo 86. Son causas de divorcio:

1.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.º La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

Artículo 87. El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 88 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Artículo 88. La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

Artículo 89. La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

CAPITULO IX

De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio

Artículo 90. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 88 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

- A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.
- B) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- E) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Artículo 91. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Artículo 92. La separación, la nulidad y el divorcio no extingan a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírlos si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Artículo 93. El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Artículo 94. El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Artículo 95. La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

Artículo 96. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Artículo 97. El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un emperecramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1.º Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- 2.º La edad y estado de salud.
- 3.º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.º La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.º La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.º El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Artículo 98. El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

Artículo 99. En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Artículo 100. Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges.

Artículo 101. El derecho a la pensión se extingue por el caso de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

CAPITULO X

De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio

Artículo 102. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1.º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

Artículo 103. Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.º Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

2.º Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3.º Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas»; establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4.º Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5.º Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquéllos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

Artículo 104. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores.

Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente.

Artículo 105. No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores.

Artículo 106. Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la

sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo.

La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva.

CAPITULO XI

Normas de Derecho internacional privado

Artículo 107. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.

Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo segundo.

Los artículos del Código Civil que a continuación se indican quedan modificados en la forma que se expresa.

Artículo 176. Suprimido.

Artículo 195. Queda suprimido el párrafo último.

Artículo 855. La causa primera queda redactada así:

«1.º Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.»

Artículo 910. Queda redactado así:

«El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias.»

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Los divorciados por sentencia firme al amparo de la Ley de Divorcio de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente.

Segunda.—Los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que les reconocen los capítulos VI, VII y VIII del título IV del libro I del Código Civil.

Serán computables los periodos de tiempo transcurridos a efectos de demandar la separación o el divorcio conforme a lo establecido en el mismo.

DISPOSICIONES ADICIONALES

En tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se observarán las siguientes normas procesales:

Primera.—Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio en los casos siguientes:

Primero. Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española.

Segundo. Cuando sean residentes en España.

Tercero. Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado.

Cuarto. Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España.

Segunda.—Uno. Corresponderá el conocimiento de las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y si los cónyuges residieran en distintos partidos judiciales, al de la misma clase del último domicilio del matrimonio o del lugar de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante.

Dos. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil sobre las causas de nulidad y disolución.

Tres. Contra el auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente.

Tercera.—Será Juez competente para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será Juez competente, a elección

del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

Los que no tuviesen domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en esta norma.

Cuarta.—Las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos setenta y cinco y sesenta del Código Civil se dictarán previos los trámites establecidos en los artículos mil ochocientos ochenta y cuatro, mil ochocientos ochenta y cinco y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las resoluciones a que hace referencia el artículo ciento tres del Código Civil se dictarán por los trámites de los artículos mil ochocientos noventa y seis y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quinta.—Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en la disposición adicional sexta, las de nulidad por las causas comprendidas en los apartados dos y tres del artículo setenta y tres y las que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil y no tengan señalado un procedimiento especial, se sustanciarán por los trámites de los incidentes con las siguientes modificaciones:

a) No será necesario intentar previamente la conciliación.
b) Cuando se solicite beneficio de justicia gratuita, por el actor o por el demandado se sustanciará el incidente en pieza separada, sin detener ni suspender el curso del pleito principal, cuyas actuaciones se practicarán provisionalmente sin exacción de derechos.

c) El plazo para comparecer y contestar a la demanda y proponer, en su caso, la reconvencción será de veinte días.

d) Si se hubiera formulado reconvencción, el actor contestará dentro del plazo de diez días.

e) No se admitirá reconvencción que no estuviera fundada en alguna de las causas que puedan dar lugar a la separación, al divorcio o a la nulidad por causa prevista en los apartados dos y tres del artículo setenta y tres del Código Civil.

f) El período de proposición y práctica de la prueba será de treinta días comunes a las partes.

g) Cuando alguno de los litigantes proponga prueba en los dos últimos días del período, tendrán derecho las demás partes a proponer, a su vez, prueba sobre los mismos extremos, dentro de los dos días siguientes a la notificación de la providencia en que aquella sea admitida. En este caso, la práctica de la prueba propuesta tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes.

h) No regirán en estos procesos las inhabilitaciones previstas en el artículo mil doscientos cuarenta y siete del Código Civil.

i) El Juez a quien se le ofrezcan dudas sobre la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio podrá acordar, para mejor proveer, cualquier prueba, incluida la testimonial.

j) El recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley.

k) En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en la disposición adicional sexta, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que en la misma se establecen.

Sexta.—Uno. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en la presente disposición adicional.

Dos. La petición se formulará por escrito y a la misma deberá acompañarse: certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, del nacimiento de los hijos en el Registro Civil, propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en el artículo noventa del Código Civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho.

Tres. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior deberán aportarse los siguientes documentos:

Primero. En el supuesto del artículo ochenta y uno, uno, del Código Civil, el acta o inscripción del matrimonio que acredite que éste se ha celebrado al menos un año antes de la presentación del escrito de petición de separación.

Segundo. En el supuesto del artículo ochenta y seis, uno, la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio que acredite la interposición de la demanda de separación.

Tercero. En el supuesto del artículo ochenta y seis, dos, la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio, acreditativo de la interposición de la demanda de separación personal, siempre que el otro cónyuge se adhiera a la misma.

Cuarto. En el supuesto del artículo ochenta y seis, tres, a), la resolución judicial o cualquier otro documento que acredite el derecho.

Quinto. En los demás supuestos en que sobreviniere acuerdo en la presentación del escrito de petición de separación o divorcio, el cónyuge o cónyuges deberán acompañar al citado

escrito los documentos que lo acrediten, así como el cumplimiento de los demás requisitos que deban concurrir.

Cuando los cónyuges no aportaren los citados documentos, se admitirá cualquier medio de prueba reconocido en Derecho, que deberá practicarse en el plazo improrrogable de diez días.

Cuatro. En el plazo de tres días a contar desde la presentación de la petición, el Juez requerirá a las partes para que dentro de igual plazo se ratifiquen por separado en su petición de separación o divorcio.

Cinco. La admisión o inadmisión a trámite de la solicitud revestirá la forma de auto.

Sólo procederá la inadmisión si no se presentaren los documentos a que se refieren los números dos y tres de esta disposición, o si los cónyuges no hubieran ratificado la petición. En el primer caso se concederá un plazo de diez días para subsanar los defectos y completar, en su caso, el convenio regulador. El auto de inadmisión podrá ser recurrido en apelación dentro del plazo de cinco días.

Seis. Si hubiese hijos menores o incapacitados, el Juez dará audiencia por cinco días al Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos, y, en su caso, dará audiencia a los mismos. Emitido informe por el Ministerio Fiscal o transcurrido el plazo para hacerlo, el Juez, si considerase que el convenio no ampara suficientemente el interés de los hijos, acordará que las partes, en el plazo improrrogable de cinco días, le sometan un nuevo texto y propongan los medios de prueba de que intenten valerse para su aprobación. Practicada la prueba propuesta, el Juez, en plazo no superior al de diez días, podrá acordar para mejor proveer la práctica de cualquier otra que considere necesaria.

Siete. El Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días. Si la sentencia declarase la separación o el divorcio, pero no aprobase en algún punto el convenio regulador a que se refiere el número anterior, concederá a los cónyuges un plazo de diez días para proponer nuevo convenio en lo relativo a este punto; y, presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido, dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

La sentencia y, en su caso, el auto ratificador del convenio podrán ser recurridos en apelación dentro del plazo de cinco días.

Ocho. Las ulteriores solicitudes de modificación del convenio o de las medidas judiciales, por variación en las circunstancias tenidas en consideración, se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción.

Nueve. En el procedimiento establecido por la presente disposición será preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, pero ambos cónyuges podrán valerse de una sola defensa y representación. Será de aplicación supletoria el procedimiento establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Diez. Contra la sentencia podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia respectiva, en el plazo de cinco días.

Once. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Juez la aprobación de un nuevo convenio, tramitándose con arreglo a lo establecido en los números anteriores, en el supuesto que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad.

Doce. En estos pleitos será preceptiva la asistencia de Abogado y Procurador, pero podrán las partes, si así lo estiman, valerse de una sola asistencia y representación.

Trece. En todo lo no expresamente regulado en esta disposición adicional se aplicarán, en cuanto no se oponga a ello, las restantes disposiciones adicionales.

Catorce. La Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará con carácter supletorio en sus artículos setecientos cuarenta y uno a setecientos sesenta y uno al procedimiento especial regulado en esta disposición adicional.

Séptima.—Las demandas de nulidad por causas distintas de las previstas en la disposición adicional quinta se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo ordinario.

Octava.—En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o juveniles.

Las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales en los procesos de nulidad, separación o divorcio no tendrán carácter público.

La tasa judicial correspondiente a las actuaciones a que se refiere esta Ley quedará reducida al cincuenta por ciento.

Novena.—Las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que consten el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos.

A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio.

Décima.—Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

Primera. A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta

disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

Segunda.—Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente.

Tercera.—El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

Cuarta.—Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disueltos su matrimonio.

Quinta.—Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo ciento uno del Código Civil.

DISPOSICION FINAL

Una vez creados los Juzgados de Familia, asumirán las funciones atribuidas en la presente Ley a los de Primera Instancia.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Ley setenta y seis/mil novecientos ochenta, de veintiséis de diciembre, por la que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a siete de julio de mil novecientos ochenta y uno.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
LEOPOLDO CALVO-SOTELO Y BUSTELO

16217

LEY 31/1981, de 10 de julio, por la que se establece el régimen retributivo específico de los Magistrados y Secretarios de la Magistratura de Trabajo.

DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

Artículo primero.

Los miembros de los Cuerpos de Magistrados de Trabajo y Secretarios de Magistraturas de Trabajo serán retribuidos económicamente solamente por los conceptos y en la forma que se establece en la Ley diecisiete/mil novecientos ochenta, de veinticuatro de abril, aplicándose los índices multiplicadores a que se refieren los artículos siguientes de esta Ley. Asimismo, les será aplicable lo dispuesto en la Ley doce/mil novecientos setenta y ocho, de veinte de febrero.

Artículo segundo.

Los índices multiplicadores que corresponden a los Magistrados de Trabajo serán los siguientes:

- Presidentes de Sala del Tribunal Central de Trabajo, cuatro coma cincuenta.
- Magistrados de Trabajo con categoría de Magistrado o Fiscal en sus carreras de origen, cuatro.
- Magistrados de Trabajo con categoría de Juez o Abogado Fiscal en sus carreras de origen, tres coma cincuenta.

Artículo tercero.

Los índices multiplicadores que corresponden al personal integrado en el Cuerpo de Secretarios de Magistraturas de Trabajo serán los siguientes:

- Secretario de gobierno del Tribunal Central de Trabajo, tres coma cincuenta.
- Secretarios de Sala del Tribunal Central de Trabajo. Secretarios de la Inspección General de Magistraturas de Trabajo y Secretarios de Magistraturas de Trabajo, tres.

DISPOSICION ADICIONAL

Uno.—La jubilación forzosa por edad de los Magistrados de Trabajo se acordará, cualquiera que sea su situación administrativa, cuando el interesado cumpla los setenta años de edad.

Dos.—No obstante, podrán excepcionalmente continuar en el servicio activo hasta los setenta y dos años, siempre que lo comuniquen al Consejo General del Poder Judicial, los Magistrados de Trabajo, por conducto del Presidente del Tribunal Central de Trabajo, con antelación de dos meses, al menos, a la fecha en que cumplan los setenta años. Los que no lo hicieran se entenderá que renuncian a este derecho.

Tres.—Queda sin efecto el sistema de prórrogas anuales hasta los setenta y cinco años, que para los Magistrados de Trabajo y para los Secretarios de las Magistraturas de Trabajo establecían los artículos sesenta del Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto mil ochocientos setenta y cuatro/mil novecientos sesenta y ocho, de veintisiete de julio, y cincuenta y cinco del Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto tres mil ciento ochenta y siete/mil novecientos sesenta y ocho, de veintiséis de diciembre, respectivamente. No obstante, los mencionados funcionarios continuarán en activo disfrutando las prórrogas que tuvieran concedidas hasta su terminación, en cuyo momento serán automáticamente jubilados.

Cuatro.—Lo dispuesto en el artículo diecinueve de la Ley diecisiete/mil novecientos ochenta, de veinticuatro de abril, no será de aplicación a los Magistrados que resulten forzadamente jubilados en virtud de lo establecido en los párrafos anteriores de esta Disposición adicional, ni a los Magistrados que hayan sido jubilados en el período que media desde el uno de julio de mil novecientos setenta y nueve y la fecha de promulgación de esta Ley, a los que servirá como base reguladora para la determinación de sus pensiones la suma de sueldos y trienios efectivos completados.

DISPOSICION TRANSITORIA

A los efectos de la presente Ley, las menciones que se efectúan en la Ley diecisiete/mil novecientos ochenta, de veinticuatro de abril, al Ministerio de Justicia se entenderán referidas al Departamento de Trabajo, hasta tanto se organice definitivamente el Cuerpo único de Jueces y Magistrados de Carrera, impuesto por el artículo ciento veintidós de la Constitución, o mientras que el régimen retributivo de los Cuerpos de Magistrados de Trabajo y Secretarios de Magistraturas no se incorpore al mismo lugar presupuestario establecido para los Jueces y Magistrados.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Segunda.—La presente Ley y los efectos económicos en ella previstos tendrán efectos retroactivos desde el uno de abril de mil novecientos ochenta, liquidándose los derechos a que haya lugar sin sobrepasar los créditos correspondientes, a cuyo efecto se acomodarán las retribuciones complementarias del personal a que se refiere esta Ley, de modo que las retribuciones totales de dicho personal coincidan con las correspondientes a los funcionarios de la misma categoría, cuyo régimen económico determina la Ley diecisiete/mil novecientos ochenta, de veinticuatro de abril. A estos efectos se concede un crédito extraordinario al presupuesto en vigor de ciento noventa y nueve millones seiscientos cincuenta y cinco mil ochocientos noventa y cinco pesetas.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a diez de julio de mil novecientos ochenta y uno.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
LEOPOLDO CALVO-SOTELO Y BUSTELO

16218

LEY 32/1981, de 10 de julio, por la que se determina el régimen presupuestario y patrimonial de los Entes Preautonómicos.

JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

Artículo primero.

Los Entes Preautonómicos ejercerán su actividad económica y financiera, en coordinación y relación con la Hacienda Pública del Estado, en base a los siguientes principios:

11864 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.

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución de 1978 contiene en su artículo 32 un mandato al legislador para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, así como las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, así como el procedimiento seguido en las causas de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con los entonces nuevos principios. Ello suponía promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos.

A tal fin, la ley habría de tener en consideración que, sistemáticamente, el derecho a contraer matrimonio se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera.

La determinación de tales causas y, en concreto, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción.

El divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes.

Estas disposiciones han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, tiempo durante el que se han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus carencias como las disfunciones por ellas provocadas. Sirvan sólo a modo de ejemplo los casos de procesos de separación o de divorcio que, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han terminado agravándola o en los que su duración ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal.

El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales.

Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas.

La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.

En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.

En este último sentido, se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales.

No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio.

En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos.

Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Se pretende, así, que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el Juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas.

De esta forma, las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.

La ley prevé, junto a la anterior posibilidad, que ambos cónyuges soliciten conjuntamente la separación o el divorcio. En este caso, los requisitos que deben concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio. Por lo demás, las partes, necesariamente, deben acompañar a su solicitud una propuesta de convenio regulador redactada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil. Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.

En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.

Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

Artículo primero. *Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio.*

El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno.—El artículo 68 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 68.

Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.»

Dos.—El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 81.

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.»

Tres.—El artículo 82 queda sin contenido.

Cuatro.—Se modifica el párrafo primero del artículo 84, que tendrá la siguiente redacción:

«La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.»

Cinco.—El artículo 86 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 86.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.»

Seis.—El artículo 87 queda sin contenido.

Siete.—El primer párrafo del artículo 90 y su apartado a) quedan redactados en los siguientes términos:

«El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

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

Ocho.—Se da una nueva redacción al artículo 92, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro 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.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

Nueve.—El artículo 97 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 97.

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2.^a La edad y el estado de salud.

3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.

5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.»

Diez.—El párrafo primero de la medida 1.^a del artículo 103 del Código Civil quedará redactado como sigue:

«1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.»

Artículo segundo. *Modificación de la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil.*

El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno.—Los artículos 834 y 835 quedan redactados de la siguiente forma:

«Artículo 834.

El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Artículo 835.

Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.»

Dos.—Se suprime el párrafo 2.^o del artículo 837.

Tres.—Se modifica el artículo 840 que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 840.

Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.»

Cuatro.—Se modifica el artículo 945, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 945.

No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho.»

Disposición adicional única. *Fondo de garantía de pensiones.*

El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos.

Disposición transitoria única. *Procesos pendientes de resolución.*

1. Los procesos de separación o divorcio iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley continuarán sustanciándose durante la instancia conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda.

2. Lo dispuesto en el artículo primero, en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a los procesos que estén tramitándose en el momento de su entrada en vigor. A este efecto, se otorgará a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten el divorcio y aleguen cuanto a su derecho convenga. El Juez resolverá las alegaciones formuladas dentro del tercer día.

3. Si la entrada en vigor de la ley tuviera lugar durante el plazo para dictar sentencia, lo previsto en el artículo primero, en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a la resolución del litigio. En este caso, el Juez, previa suspensión del plazo para dictar sentencia, acordará otorgar a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten y aleguen cuanto a su derecho convenga.

Disposición final primera. *Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se modifica en los siguientes términos:

Uno.—La regla 2.^a del artículo 770 queda redactada del siguiente modo:

«2.^a La reconversión se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla.

Sólo se admitirá la reconvencción:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.»

Dos.—Se añade un nuevo párrafo al final de la regla 4.^a del artículo 770, con la siguiente redacción:

«En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.»

Tres.—Se introduce una nueva regla 7.^a al artículo 770 con la siguiente redacción:

«7.^a Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.»

Cuatro.—El párrafo primero del apartado 2 del artículo 771 queda redactado del siguiente modo:

«2. A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su Procurador.»

Cinco.—Se modifica el apartado 2 del artículo 775, que queda redactado del siguiente modo:

«2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.»

Seis.—Se modifica el apartado 2 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo:

«2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.»

Siete.—Se modifica el apartado 5 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo:

«5. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.»

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.*

El párrafo 1.^o del artículo 20 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, queda redactado del siguiente modo:

«1.^o Las de nacimiento, al Registro del domicilio del nacido o de sus representantes legales. En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16.»

Disposición final tercera.

El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,
Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 8 de julio de 2005.

JUAN CARLOS R.



ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El marco institucional y social del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales ha experimentado profundas transformaciones, tanto en España como en los países de nuestro entorno y cultura.

En España, el matrimonio canónico fue forma exclusiva y excluyente de cualquier otra desde la introducción de los Decretos del Concilio de Trento hasta la Ley del Matrimonio Civil de 1870 y, tras la breve vigencia de ésta, fue forma prevalente hasta 1932. Incluso las Leyes de la II República del Matrimonio Civil y del Divorcio de 1932 mantuvieron el carácter institucional del matrimonio y patriarcal de las relaciones familiares. Derogada la legislación republicana y restablecida la vigencia del Derecho anterior, con las adaptaciones derivadas del Concordato de 1953 y de la Ley de 24 de abril de 1958, coexistieron dos clases de matrimonio, el canónico y el civil, cada uno con normativa, forma, efectos y jurisdicción propias. Ambas clases de matrimonio eran indisolubles por divorcio. Los conflictos matrimoniales se sustanciaban por la vía de la separación o de la nulidad.

El fondo de esta tradición, de más de cuatro siglos, consolidó socialmente una institución familiar formalmente estable y patriarcal.

Esta situación, incompatible con nuestra Constitución de 1978, basada en los principios de libertad, igualdad, justicia y pluralismo, motivó la reforma del Código Civil mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad



y régimen económico del matrimonio, la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela que obtuvieron muy amplio consenso político.

El marco institucional del matrimonio ha quedado fundamentalmente modificado por las Leyes 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y 15/2005, de 8 de julio, por la se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta última modifica los artículos 81 y 86 del Código Civil, estableciendo que se decretará la separación o el divorcio a petición de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Se deroga el artículo 82 del Código Civil, eliminando todo elemento causal, sea por hechos culposos o por cese de la convivencia.

También en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, el marco legal ha quedado afectado por leyes como la 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además de las leyes que afectan al Código Penal y sus reformas en materia de violencia de género, sustracción de menores u otros delitos contra las relaciones familiares, contenidos en el Título XII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

II

Estos cambios sustanciales en el orden legislativo y en el de la propia sociedad se ponen de manifiesto en los supuestos de quiebra del matrimonio por separación, divorcio y nulidad, cuando existen hijos menores o con capacidad judicialmente completada sujetos a la patria potestad de sus progenitores; lo que ha exigido a la doctrina y a la jurisprudencia una constante labor de adaptación de la interpretación y aplicación del Derecho a la realidad social.



La liquidación del régimen económico del matrimonio, la custodia de los hijos menores o con capacidad judicialmente completada, el régimen de relaciones, estancia o visitas y comunicación del cónyuge apartado de la custodia con sus hijos, la determinación del uso del hogar conyugal, la prestación por alimentos y la pensión compensatoria, son cuestiones íntimamente ligadas entre sí; pero, sin duda, todo gira en torno a la guarda y custodia de los hijos, punto central de la presente reforma.

Podemos distinguir con la doctrina, en relación a la guarda y custodia, cuatro grandes etapas:

La primera, anterior a las reformas de 1981, suponía para los supuestos de nulidad o separación (únicos legalmente posibles) que la obtención o pérdida de la guarda y custodia era un premio o castigo, según su inocencia o culpabilidad.

La segunda, derivada de las leyes de 1981, que partían de un sistema de divorcio basado en una única causa, el cese efectivo de la convivencia conyugal, unido al transcurso de unos plazos; y de la definición de la patria potestad conjunta, ejercitada por ambos cónyuges. Este sistema relegó a un segundo plano el tema de la culpabilidad, que sin embargo afloró a través del doble proceso de separación-divorcio -establecido el primero como periodo de reflexión-. Y, si bien en la redacción inicial del artículo 92 del Código Civil no se mencionó expresamente estos elementos de culpabilidad a la hora de determinar la guarda y custodia, la jurisprudencia los tuvo en cuenta. Tal precepto disponía: “Podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”. Una norma de este tipo hacía referencia tácita a un principio, el de que a una patria potestad conjunta corresponde un ejercicio conjunto. La especialidad estaría en que la custodia o cuidado de los hijos fuera ejercida total o parcialmente por uno solo de los cónyuges, cuando así convenga a los hijos. No obstante, la especialidad conceptual de esta modalidad de custodia o cuidado por uno de los cónyuges, se convirtió en la práctica en la forma usual. Y este “uno de los cónyuges” ha sido mayoritariamente la madre, según reiterada jurisprudencia, como así está confirmado por las estadísticas.

Respecto de la patria potestad, los artículos 156 y 159 del Código Civil, respectivamente, disponen que “si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien



el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”. El artículo 159, en su redacción de 1981, estableció que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez por motivos especiales, proveyere de otro modo”.

La tercera etapa es la vigente. Vino precedida por las Leyes citadas en el apartado I de esta Exposición y especialmente por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, que afectó a aquellos preceptos que subsistían y cuyo contenido era contrario a la plena efectividad del principio de igualdad entre las personas de distinto sexo; y por la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificativa del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que dio nueva redacción en las materias que nos ocupan a los artículos 90 del Código Civil (convenio regulador), 92 (efectos de la separación, nulidad y divorcio), 97 (pensión compensatoria) y 103 (medidas provisionales). De todo este conjunto normativo, conviene destacar el contenido del artículo 92 del Código, siendo los principios que lo informan los siguientes:

- La separación, divorcio y nulidad no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (1º).
- El derecho de los hijos a ser oídos (2º).
- La privación de la patria potestad solo cuando en el proceso se revele causa para ello (3º).
- La posibilidad de los padres de acordar en el convenio regulador o el Juez decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges (4º).
- La posibilidad de acordar los padres el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos (5º).
- El Juez adoptará la medida de guarda y custodia compartida, previo informe del Ministerio Fiscal (no vinculante), tras oír a los menores que tengan suficiente juicio y valorar las alegaciones y pruebas realizadas (6º).



- La exclusión del ejercicio de la guarda y custodia conjunta por quien incurra en las causas previstas en el apartado 7º.
- La posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida excepcionalmente por el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (8º).
- La posibilidad de intervención de especialistas debidamente cualificados para dictaminar sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores (9º).

La doctrina más común y la jurisprudencia han venido limitando los supuestos de guarda y custodia compartida a los acordados por las partes con homologación judicial y al supuesto excepcional del artículo 92.8º del Código Civil. Sin embargo, a partir de la STS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia.

La cuarta etapa es la que se pretende con esta reforma, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social. Para acometer la misma se han tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y las normativas de las Comunidades Autónomas que recogen la custodia compartida en sus leyes, como las de Aragón y Valenciana, que establecen la preferencia de la guarda y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos; o la de Navarra que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, con lo cual deja plena libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o la de Cataluña que tampoco establece literalmente preferencia por la guarda y custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo.



III

Antes de centrar el estudio de cada una de las cuestiones abordadas, convendrá hacer una referencia, siquiera breve, a la custodia compartida en el Derecho comparado, dado que en la fundamentación de estas cuestiones se invoca, con frecuencia, la homologación con el Derecho de los países de nuestro entorno.

En el Derecho de los Estados Unidos de América, con ya una dilatada experiencia divorcista, se ha producido un gran debate doctrinal relativo a las diferentes posiciones de los ordenamientos de cada Estado Federado, así como de la jurisprudencia. Se desarrollaron temporalmente cuatro grandes debates: el de “los años tiernos”, con manifiesta preferencia por los cuidados de la madre; el mejor interés de los hijos; la custodia compartida; y finalmente, el dador de los cuidados básicos. Los debates se originaron primeramente desde grupos feministas que reclamaban, en un principio, la igualdad con el varón en las responsabilidades familiares. Actualmente estos grupos feministas lo fundan en superar las dificultades que para la mujer ya integrada en la vida laboral y profesional supone la conciliación con su responsabilidad familiar; a estas peticiones se han unido los varones que pretenden corresponsabilizarse con las necesidades de sus hijos. Cuando hay acuerdos entre los padres, la intervención judicial es mínima, se respeta la vida privada y se critica incluso la efectividad de la mediación y de la intervención de expertos. No sucede así cuando hay dejación de funciones o conflicto abierto. Entonces la decisión judicial está fundada en criterios que pretenden ser objetivos. Salvo algún caso excepcional, ninguna ley estatal establece presunciones de custodia conjunta, compartida o separada y las nuevas tendencias van por la vía de atender a la presunción del dador de cuidados básicos o del cuidador principal.

Aunque la terminología y los sistemas legales no son homogéneos, podemos decir que de los Estados miembros de la Unión Europea, sólo seis hablan en sus leyes explícitamente de custodia compartida con estas palabras u otras equivalentes (Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia y la República Checa) y con estos caracteres:

- Cabe por convenio de los padres, homologado judicialmente, si no vulnera el principio del “bonum filii”.



- Cabe la posibilidad de decretarla judicialmente (España y Francia).
- Tan solo Bélgica ha configurado de modo general una custodia por periodos alternos; cargando al cónyuge que se opone la prueba del perjuicio al hijo.
- La legislación más minuciosa a la hora de precisar los criterios para que el Juez la decrete es la de la República Checa.
- En general, se recomienda, pero no se impone, la figura de la mediación.
- La audiencia del menor es contemplada en todos los indicados ordenamientos.

IV

La Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño. Este derecho se pone más de manifiesto en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en los que éstos no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos, es decir, de su corresponsabilidad parental, lo que lleva a adoptar determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, respetando también los derechos que tienen ambos progenitores.

La presente reforma pretende asumir plenamente los presupuestos antes mencionados, sin perjuicio de las especialidades de las Comunidades Autónomas en las que exista un Derecho Civil Foral propio y, para garantizarlos adecuadamente, se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial (artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (artículos 90 y 91 del Código Civil), a organizar por sí mismos y



responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.

No obstante, si bien se mantiene la prioridad de lo acordado por los padres en la regulación de las relaciones familiares (artículo 90), se establece, al desarrollar cada una de las medidas, que ello necesitará aprobación judicial, pudiendo denegarse si los pactos son dañosos para los hijos o contrarios a su interés superior (principio rector que se recoge expresamente en el artículo 92), o son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La protección del interés superior del menor tendrá como finalidad asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del niño, así como su desarrollo integral.

Se incorpora expresamente la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura, debiendo ser aprobado judicialmente el acuerdo al que lleguen, lo que lleva a introducir ciertas precisiones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ello, sin perjuicio de mantener la prohibición de la mediación en los supuestos en los que una de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género o doméstica. La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura.

Las medidas definitivas ya adoptadas se podrán modificar cuando lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres, eliminando la exigencia establecida hasta ahora de que se hubiera dado un cambio sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad para adoptarlas.

V

En cuanto a la patria potestad, se introduce como norma que el ejercicio de la patria potestad será conjunto, aún cuando vivan separados, con lo que no se alteran las responsabilidades parentales respecto a los hijos (artículos 90, 92 y 156). Será la autoridad judicial quien determine, atendiendo al interés superior del menor, bien aprobando los acuerdos



de los padres, bien adoptando sus propias decisiones, cómo debe ejercerse esa corresponsabilidad parental en los supuestos de ruptura.

Una de las medidas más delicadas a adoptar es la de la guarda y custodia (términos que se complementan y que no se excluyen) o régimen de convivencia y el de las relaciones familiares de los progenitores con los hijos. La introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí.

Para determinar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como edad, arraigo social, escolar y familiar de los menores; relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; el apoyo con el que cuenten, la situación de sus domicilios o el número de hijos.



En cuanto al concepto de visitas, es claro que este término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor. Por ello, se ha superado dicho término y ahora no se habla de guardador o custodio, o de visitas en relación con las relaciones con los progenitores, sino de convivencia y régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente. Aquí, es también de destacar que el Juez deberá, con carácter obligatorio, pronunciarse sobre este régimen de relaciones familiares, ponderando para ello los criterios anteriormente referenciados y solicitando, en caso de ser necesario, el dictamen de un experto y un análisis sobre la conveniencia o no de su establecimiento.

Reconociendo el carácter privilegiado de las relaciones de los menores con el entorno más próximo, particularmente con los hermanos, y en defensa del concepto de familia in extensa, se extiende, en caso de crisis matrimonial, el derecho de los hijos a mantener relaciones personales con los hermanos u otros parientes y allegados, y no solo con los abuelos, debiendo regularse judicialmente siempre que se considere necesario, en interés del menor y en la extensión que proceda, sin que deba imponerse cuando conste la oposición expresa de aquellos.

Por otra parte, atendiendo al compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género en todos los ámbitos de la sociedad, y con la finalidad de proteger a todas las víctimas de esos delitos, especialmente a los menores, expresamente se prevé que no se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, al progenitor contra quien exista sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, o cuando existan indicios fundados y racionales de tales delitos que consten en una resolución judicial motivada del Juez que lleve la causa penal o, en su defecto, cuando tales indicios existan a juicio del Juez del procedimiento civil, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, siempre que el delito no estuviera prescrito. No obstante, si ambos progenitores estuvieran incluidos en alguna de las causas de exclusión de la guarda y custodia, el Juez la atribuirá a los familiares o personas allegadas que considere más idóneos para su ejercicio salvo que, excepcionalmente y en



interés de los hijos, en atención además a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debe ser otorgada a éstos o alguno de ellos, quedando sujeta a seguimiento judicial. En defecto de todos ellos, será ejercitada por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores.

Igualmente, no procederá establecer un régimen de estancia, relación o comunicación de los hijos con el progenitor condenado en sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal salvo que, excepcionalmente, el Juez considere otra cosa, debiendo realizarse un seguimiento en este supuesto y en los que, por no existir aún dicha sentencia, se establezca el referido régimen.

Y por último, dentro de este aspecto, se establece expresamente, como garantía para el cumplimiento de tales medidas, que en caso de incumplimiento grave y reiterado, se puedan modificar o suspender las mismas.

VI

El artículo 93 se refiere a la contribución por parte de los progenitores a las cargas familiares (se dejan de llamar matrimoniales), a la pensión de alimentos para cubrir las necesidades ordinarias o previsibles de los hijos, y a los gastos devengados por sus necesidades extraordinarias o imprevisibles, las que son definidas, debiendo tener presente para la determinación de los gastos ordinarios, además de la capacidad económica de los cónyuges, la necesidad de los menores, la contribución a las cargas familiares, la atribución de la vivienda familiar y el tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres; y para los extraordinarios, sus recursos económicos disponibles. Junto a ellos, se hace referencia a los gastos voluntarios, considerados como tales aquellos que, aun pudiendo ser continuos, no son necesarios, salvo que se acredite que son convenientes para los hijos, debiendo ser abonados en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de éstos, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto. Para evitar que la obligación de abonar la pensión de alimentos a los hijos se perpetúe en el tiempo, lo que será de aplicación a las relaciones paterno filiales en general, se precisan los supuestos que producen su extinción, destacando la independencia económica de los hijos, o cuando estén en disposición y condiciones de obtenerla, aún cuando no la tengan, si ello les es imputable.



El Juez acordará, en relación con la residencia de los hijos, aquellas medidas que sean en su interés y que garanticen su derecho a una residencia digna. No obstante, si bien en el artículo 96 se tiende a que a la vivienda familiar, desde el inicio, se le dé un destino definitivo, se regulan las reglas que deben regir para la atribución de su uso, para el supuesto de que ello no se lograra.

Así, se procurará que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor, por encima de cualquier otra consideración, y se atienden los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, sólo en la medida en que dichos intereses sean compatibles con el citado interés superior de cada menor. Sobre la base de ese criterio general, el precepto tiene en cuenta si se está ante un supuesto de régimen de convivencia compartida o de atribución de la convivencia individual, y se prevén diversas soluciones dependiendo de si la vivienda familiar es común a ambos progenitores o un bien privado del progenitor que no resulta adjudicatario del régimen de convivencia.

En todo caso, la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos, si se la hubiera atribuido por tener su guarda y custodia, o dos años prorrogables durante otro, si la atribución fue por razón de necesidad del cónyuge o, en todo caso, hasta que se le dé un destino definitivo. La materia se completa estableciendo criterios para la distribución de las obligaciones por razón de la vivienda y para la resolución del caso, muy frecuente en la práctica, en que algún familiar próximo haya cedido un inmueble para que vaya a vivir el matrimonio. Si la posesión deriva, en cambio, de un título contractual, es preciso ajustarse a lo establecido por éste, sin perjuicio de la posibilidad de subrogación que prevé la legislación de arrendamientos.

VII

Una de las novedades más importantes de esta reforma es la relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial desde el inicio, siendo aplicable tanto a la sociedad de gananciales como a la separación de bienes u otro régimen económico. Uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los menores. Solventando el aspecto económico desde el



principio, se mejorarán éstas; de ahí la necesidad e importancia de su reforma. Ello implica, no solo la reforma del Código Civil, sino también de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en lo que se refiere a los procedimientos matrimoniales (artículos 770 y siguientes), como a la liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 806 y siguientes).

Se establece que, a falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, para su posterior liquidación, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación.

Admitida la demanda, se producirá la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales, en su caso, siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. En consecuencia, cesará la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 del Código Civil respecto de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges, y dejarán de ser a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la adquisición, tenencia y disfrute de bienes sin que conste el consentimiento expreso de ambos cónyuges; por la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, y por la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, siendo ello oponible frente a terceros desde la anotación de la admisión de la demanda en el Registro Civil (artículo 102 del Código Civil), lo que implica la reforma de la normativa sobre el Registro Civil.

El Secretario Judicial, al decretar la admisión de la demanda, acordará abrir una pieza separada, procediendo a la formación del inventario, y se adoptarán las medidas sobre su administración provisional, siendo inmediatamente después de la firmeza de la sentencia, en la que se declare definitivamente la disolución del régimen económico matrimonial, cuando se



liquidará en la propia pieza y sin necesidad de iniciar otro procedimiento, y ello conforme a lo establecido en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VIII

Por último, se procede a realizar una adaptación de las medidas provisionales que pueden adoptarse judicialmente antes de dictarse la resolución definitiva, recogidas en el artículo 103, atendiendo a los nuevos criterios, con el fin de que, desde un primer momento, se apliquen unas medidas que se ajusten lo máximo posible a las que serán definitivas.

E igual adaptación se realiza respecto a las normas procesales pues, si bien se respetan los procedimientos matrimoniales establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, se incluye la necesidad de aportar el plan para el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el convenio regulador, o con la demanda contenciosa, así como el inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial y adjudicación de los bienes, si hubiera acuerdo y procediera, por no haberse liquidado previamente, o las propuestas para la formación del inventario y liquidación, en su defecto.

Y como colofón, es de destacar la regulación realizada en el artículo 94 respecto a las medidas a adoptar en relación con los hijos con la capacidad completada judicialmente a los que se les ha nombrado alguna institución de protección y apoyo, nueva terminología utilizada para referirse a las personas “incapacitadas judicialmente”, en adaptación a la nueva concepción recogida en la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad, que ha sido ratificada por España el 23 de noviembre de 2008 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008, por lo que forma parte del ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución Española y el artículo 1.5 del Código Civil. Se establece la posibilidad de aplicar a los hijos mayores con la capacidad judicialmente completada en el momento de la ruptura de sus padres, o que lo fueran con posterioridad, las mismas medidas que a los hijos menores, en la medida que fueran procedentes, siempre en atención a su capacidad.

Todos los principios rectores de la reforma han quedado reforzados por la doctrina jurisprudencial que ha fijado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2013, al señalar que “la redacción del artículo 92 vigente no permite concluir que se trate de una medida excepcional sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable,



porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

IX

Finalmente, en la ley se incluyen dos disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y dos finales.

- La disposición adicional primera regula la normalización en cuanto a la igualdad de género.

- La disposición adicional segunda busca establecer, junto a las Comunidades Autónomas, unas directrices en las políticas de vivienda de alquiler social y de protección oficial para los cónyuges en situación de ruptura de las relaciones familiares.

- La disposición transitoria primera prevé que esta ley no será aplicable a los procedimientos judiciales que estén pendientes de resolución en el momento de su entrada en vigor.

- La disposición transitoria segunda establece que las partes y el Ministerio Fiscal, a partir de la entrada en vigor de la ley, podrán solicitar la revisión judicial de las medidas definitivas adoptadas conforme a la legislación anterior en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, conforme al procedimiento de modificación de medidas.

- La disposición derogatoria única deja sin efecto el artículo 159 del Código Civil y todas aquellas normas que sean contrarias a lo regulado por ésta.

- La disposición final primera regula el ámbito competencial en virtud del cual se realiza la presente reforma, sin perjuicio de las especialidades en Derecho Foral Civil allí donde existan.

- La disposición final segunda dispone la entrada en vigor de la ley al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, tiempo suficientemente amplio para que pueda conocerse adecuadamente el contenido de las novedades que supone.



Artículo Primero. Modificaciones del Código Civil.

Uno.- Se modifica el artículo 90, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre:

1º. La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2º. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3º. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4º. El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5º. Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

b) Si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

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



d) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener, en su caso, sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

e) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

f) El inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.

g) La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres.

2. 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. Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los interesados en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres.

4. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio. »



Dos.- Se modifica el artículo 91, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que han de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con el ejercicio de la patria potestad, la vivienda familiar, las cargas familiares y alimentos, la disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

A tales efectos cada uno de los progenitores podrá realizar sus peticiones en los términos establecidos en el apartado uno del artículo anterior y, en particular, mediante la presentación del plan de corresponsabilidad parental respecto de sus hijos menores, si los hubiera.

2. Estas medidas podrán ser modificadas cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres.

3. A los efectos del presente artículo, los padres podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales o en cualquier momento con posterioridad. Asimismo, el Juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de demanda judicial si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.

Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar deberán ser aprobados por el Juez, en los términos establecidos en el artículo anterior para el convenio regulador. »

Tres.- Se modifica el artículo 92, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre el ejercicio de la patria potestad, la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su



derecho a ser oídos y considerará prioritario el interés superior de los mismos, asegurando el respeto completo y efectivo de todos sus derechos, así como su desarrollo integral.

3. La patria potestad, como corresponsabilidad parental, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que en interés de los hijos se acuerde por el Juez que lo sea total o parcialmente por uno de ellos.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. »

Cuatro.- Se añade un nuevo artículo 92 bis, con la siguiente redacción:

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

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

2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del



propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. El Juez, igualmente, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

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



sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

6.- 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 entidad de los hechos, duración 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.

7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el Juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.

8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor. »

Cinco.- Se modifica el artículo 93, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer las cargas familiares, en su caso, la pensión de alimentos de los hijos por las necesidades ordinarias y los gastos necesarios extraordinarias, su periodicidad, forma de pago y bases de



actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

2. Deben considerarse gastos necesarios ordinarios aquellos 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 otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.

Serán gastos necesarios extraordinarios aquellos que se produzcan 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.

No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, salvo que se consideren convenientes para ellos, debiendo ser asumidos de forma consensuada por los titulares en ejercicio de la patria potestad.

3. Para el cálculo de la prestación de 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, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, en su caso, y el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

4. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes.

5. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en los artículos 151 y 152. »



Seis.- Se modifica el artículo 94, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Las medidas de los artículos anteriores podrán ser aplicadas, en la extensión que proceda, a los hijos que tengan la capacidad judicialmente completada al tiempo de regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio de sus progenitores.

Si el establecimiento de la institución de protección y apoyo de los hijos fuera posterior a la separación, divorcio o nulidad del matrimonio de los padres, el Juez podrá acordar, en la resolución que la establezca o en otra posterior, las medidas que fueran precisas en atención a su capacidad, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, o aquéllas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad. »

Siete.- Se modifica el artículo 95, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, siempre que no se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

A falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria.

Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico



matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte. »

Ocho.- Se modifica el artículo 96, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento.

2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles 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 en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para



encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial.

7. Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.



8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad. »

Nueve.- Se modifica el artículo 97, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2ª La edad y el estado de salud.
- 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4ª La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9ª La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere.
- 10ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. »



Diez. Se modifica el artículo 100, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen. »

Once.- Se modifica el artículo 102, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producirán, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1º. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º. Quedarán revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

3º. Quedarán en suspenso los efectos de la sociedad de gananciales, en su caso, siendo de aplicación en lo sucesivo el régimen de separación de bienes. En consecuencia, cesará la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 respecto de los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges, y dejarán de ser a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por las siguientes causas:

- a) La adquisición, tenencia y disfrute de bienes sin que conste el consentimiento expreso de ambos cónyuges.
- b) La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.
- c) La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

4º. Quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido a favor del otro. La reconciliación de los cónyuges dejará sin efecto lo dispuesto en este apartado.



Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2. Únicamente estarán vinculados a la sociedad de gananciales los actos y gastos realizados por cualquiera de los cónyuges para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, así como para la gestión o administración ordinaria de los bienes gananciales. El cónyuge que hubiera realizado tales actos con sus propios bienes tendrá derecho a ser reintegrado, en la parte que corresponda, en el momento de la liquidación del haber de la sociedad de gananciales.

Los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.

3. El Secretario judicial, en la misma resolución en la que admita la demanda, ordenará la anotación de la misma en el Registro Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Desde la anotación en el Registro Civil de la demandada de separación, divorcio o nulidad, el acreedor solo podrá reclamar las deudas contraídas por uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales si lo hubieran sido por alguno de los actos señalados en el párrafo anterior. »

Doce.- Se modifica el artículo 103, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1ª Las relacionadas con el ejercicio de la patria potestad conjunta respecto a los hijos y en particular, el régimen de cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos, así como los periodos de convivencia con cada progenitor, en su caso, y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y el lugar o lugares de residencia de los hijos, y todo ello en interés de éstos.



Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, hermanos, parientes u otras personas allegadas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a. Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b. Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c. Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

2ª La atribución del uso de la vivienda, en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos y, si fuera compatible con éstos, para el interés del progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, y asimismo, previo inventario, determinará los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que habrán de ser retirados, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3ª La contribución de cada cónyuge a las cargas familiares, incluidas, si procede, las litis expensas, estableciendo las bases para la actualización de cantidades y las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos se haya de abonar por los cónyuges.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que cada uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4ª La fijación, atendidas las circunstancias, de los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición de los mismos, así como sobre la rendición de cuentas. »



Trece.- Se modifica el artículo 142 que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos, o una vez completada se encuentre en búsqueda activa de empleo.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. »

Catorce.- Se modifica el artículo 152 que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Cesará también la obligación de dar alimentos:

1º Por muerte del alimentista.

2º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación.

5º Cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar alimentos y adquiera la independencia económica por disponer de ingresos que le permitan costearse sus propias necesidades, o esté en disposición y condición de procurárselos por sí mismo, aún cuando no los tenga si su situación de insolvencia es achacable a su mala conducta o a la falta de aplicación al trabajo. Así mismo cesará cuando no haya terminado su formación por causa que le sea imputable, o una vez completada, no se encuentre en búsqueda activa de empleo.



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 »

Quince.- Se modifica el artículo 156, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«La patria potestad, como corresponsabilidad parental, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cual sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir a uno de los progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, falta de capacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Aunque los padres vivan separados, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por aquel con quien los hijos convivan. »



Dieciséis.- Se modifica el artículo 163, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad. »

Diecisiete. Se modifica el artículo 170, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación. »

Dieciocho.- Se modifica el artículo 1.396 que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Los efectos de la sociedad de gananciales quedarán en suspenso con la admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, procediendo a la formación del inventario.

El Juez adoptará las reglas provisionales que los cónyuges deban observar en la administración y disposición de los bienes gananciales que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como en la rendición de cuentas que deba realizarse, para que sean observadas hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial. Se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria, salvo que se disponga lo contrario.



Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, se procederá a su liquidación. »

Artículo Segundo.- Modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Uno.- Se modifica el artículo 770, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

1ª. La demanda deberá contener las pretensiones del actor en los términos establecidos en el Código Civil y, en particular, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, respecto de sus hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, si los hubiera. Igualmente podrá solicitar la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.

A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales. Además, deberá incorporar el documento en el que conste haberse procedido ya a la liquidación del régimen económico matrimonial por haber sido precedido de la separación matrimonial o, en su defecto, la propuesta para la formación de inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial junto con los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, en los términos previstos en los artículos 809 y 810. En la referida propuesta deberá incluirse un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran



especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la obligatoria rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria.

El Secretario judicial, en la misma resolución en la que admita la demanda, hará constar la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial, en su caso, y ordenará la apertura de una pieza separada para la formación del inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial, que se tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 809 y siguientes. Igualmente se procederá a la anotación de la demanda en el Registro Civil a los efectos del artículo 102 del Código Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

2ª. La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla.

Sólo se admitirá la reconvencción:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio. Si éstas afectaran a los hijos comunes, deberá presentar un plan de corresponsabilidad parental respecto a los mismos. Y si las medidas se refirieran a la liquidación del régimen económico matrimonial o a la división de una 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.



3ª. A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos.

4ª. Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuera contencioso y se estimara necesario, de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

En las exploraciones de los hijos se garantizará por el Juez que los mismos puedan ser oídos en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

5ª. En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo, cuando no se hubiera podido alcanzar el acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial.

6ª. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación. Asimismo, el Juez podrá proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.



En tales casos, el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez, en los términos establecidos en el artículo 777.

2. Los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o con la capacidad judicialmente completada y sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos, se tramitarán conforme a las disposiciones de este artículo. Para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos, se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio. »

Dos.- Se modifica el apartado 2 del artículo 771, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

« 2. A la vista de la solicitud, el Secretario judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes, que señalará el Secretario judicial y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su Abogado y representado por su Procurador.

De esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la guarda y custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno. »

Tres.- Se modifica el apartado 4 del artículo 774, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

« 4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el Tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con el ejercicio de la patria potestad de los hijos, su guarda y custodia, el régimen de estancia, relación y comunicación con ellos, la atribución de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares y alimentos, la disolución del régimen



económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. »

Cuatro.- Se modifica el apartado 1 del artículo 775, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o con la capacidad judicialmente completada y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres.»

Cinco.- Se modifica el artículo 776, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta Ley, con las especialidades siguientes:

1ª. Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele por el Secretario judicial multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

2ª. En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.

3ª. El incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de estancia, relación y comunicación, tanto por parte del progenitor conviviente como del no conviviente, podrá dar lugar a la modificación o suspensión por el Tribunal del referido régimen.

4ª. Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto



extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.»

Seis.- Se modifican los apartados 2, 3, 5, y 8 del artículo 777, que pasan a quedar redactado de la siguiente manera:

« 2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si la liquidación del régimen económico hubiera sido realizada con anterioridad a la demanda por existir sentencia firme de separación matrimonial, deberá indicarse expresamente en el convenio. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

Cuando los cónyuges no hubieran llegado a un acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, pero sí respecto al resto de las medidas, junto al convenio regulador en el que se inste las demás medidas, cada uno de ellos, debidamente asistidos por Letrado y representados por Procurador, deberá presentar una propuesta para la formación de inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial que incluirá el plan provisional de administración y disposición de los bienes, junto con los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en las propuestas, en los términos de los artículos 809 y 810.

3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770. Contra esta resolución del Secretario judicial podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal.



Cuando los cónyuges hubieran presentado sus propuestas individualizadas para la liquidación del régimen económico matrimonial, el Secretario judicial, al admitir la demanda, actuará conforme lo dispuesto en el primer punto del apartado primero del artículo 770.

5. Si hubiera hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los hijos si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario, de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

8. La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio.

La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o con la capacidad completada judicialmente, por el Ministerio Fiscal. »

Siete.- Se modifica el artículo 807, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que conozca o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil. »

Ocho.- Se modifica el artículo 808, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. En la propia demanda de nulidad, separación o divorcio, cuando la liquidación del régimen económico matrimonial no se hubiera realizado con anterioridad y los cónyuges no estuvieran de acuerdo sobre ella, deberá instarse la formación de inventario, incorporando una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil. Igualmente aportará una propuesta de liquidación del régimen económico matrimonial en los términos del artículo siguiente y un plan provisional sobre el régimen de administración y disposición de los bienes



gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria. Se acompañarán los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en las propuestas.

2. Cuando se hubiera iniciado cualquier otro proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá presentar solicitud para la formación de inventario, acompañando una propuesta redactada conforme al apartado anterior. A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta. »

Nueve.- Se modifica el artículo 809, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1.- A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, si se hubiera realizado en el procedimiento matrimonial, el Secretario judicial, en la misma resolución en la que admita la demanda, dejará constancia de la suspensión de los efectos del régimen económico matrimonial y ordenará la apertura de una pieza separada para la formación del inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial, así como la anotación de la demanda en el Registro Civil a los efectos del artículo 102 del Código Civil, sin perjuicio de que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Abierta la pieza, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la citación para la formación del inventario puede comprometer el patrimonio del matrimonio, el Tribunal podrá acordar, sin más trámites, mediante auto, en el plazo de cinco días, lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en la propuesta de inventario y aquellas medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como de los libros, papeles, correspondencia y efectos susceptibles de sustracción u ocultación.

Contra el auto que acuerde dichas medidas sin previa audiencia del demandado cabrá oposición conforme al artículo 739.



2.- Admitida la solicitud, el Secretario Judicial señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges.

En el día y hora señalados, procederá el Secretario judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate.

Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto.

En el mismo día o en el siguiente, el Tribunal ratificará, en su caso, las medidas adoptadas sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario o, en su defecto, resolverá por lo que proceda.

3. Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes. »

Diez.- Se modifica el artículo 810, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. Declarada la disolución del régimen económico matrimonial por sentencia de nulidad, separación o divorcio, firme ésta y concluido el inventario, el Secretario judicial dará traslado al actor para que, en el plazo de 10 días, presente una nueva propuesta de liquidación o complemente la inicial.

2. En los demás supuestos, concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de éste. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del



remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables.

3. Admitida a trámite la solicitud de liquidación o, en su caso, presentada la nueva propuesta o complemento, o transcurrido el plazo para ello, el Secretario judicial señalará, dentro del plazo máximo de diez días, el día y hora en que los cónyuges deberán comparecer ante el mismo al objeto de alcanzar un acuerdo y, en su defecto, designar contador y, en su caso, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias.

4. Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto, llevándose a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 de esta Ley.

5. De no lograrse acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico-matrimonial, se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el artículo 784 de esta Ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes. »

Once.- Se modifica el apartado 1 del artículo 811, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. No podrá procederse a la liquidación de régimen de participación hasta que no sea firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial. »

Artículo Tercero. Se modifica el artículo 38 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Registro Civil, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:



1. El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro, incluidas las demandas relativas a procedimientos de determinación del complemento de la capacidad.
2. El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar en alguno de sus extremos legalmente acreditado.
3. El hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil según la ley extranjera.
4. La sentencia o resolución extranjera que afecte también al estado civil, en tanto no se obtenga el exequátur.
5. La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.
6. La admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en la que se inste la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.
7. La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.
8. Y aquellos otros hechos cuya anotación permitan la Ley o el Reglamento.

En ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción. »

Artículo Cuarto. Se modifica el artículo 40 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, de Registro Civil, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

« Artículo 40. Anotaciones registrales.

1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción.



2. Las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado o por resolución judicial.

3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos:

1º. El procedimiento judicial, administrativo o registral en trámite que pueda afectar al contenido del Registro Civil.

2º. El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar, en alguno de sus extremos, legalmente acreditado.

3º. Las declaraciones con valor de presunción.

4º. El hecho o acto relativo a españoles o acaecido en España que afecte a su estado civil, según la ley extranjera.

5º. La sentencia o resolución extranjera que afecte al estado civil, en tanto no se obtenga el exequátur o el reconocimiento incidental en España.

6º. La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente.

7º. La admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en la que se inste la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

8º. La desaparición.

9º. Las actuaciones tutelares y de otras figuras tuitivas previstas en la Ley, en los casos que reglamentariamente se determinen.

10º. El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho.

11º. Aquellos otros hechos o actos cuya anotación se prevea en esta u otra ley. »



Artículo Quinto. Modificaciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Uno.- Se añade un artículo 2 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 2 bis. La mediación familiar.

1.- La mediación familiar, en el ámbito de aplicación de esta Ley y como modalidad de la mediación civil, únicamente podrá realizarse sobre conflictos que tengan por objeto materias que sean legalmente disponibles para las partes o que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente.

2.- Los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley son los surgidos:

a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas.

b) En los supuestos de sustracción internacional de menores.

c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar.

d) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho.

e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia.

f) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores.

g) En relación con la obligación de alimentos entre parientes.



3.- Se excluyen de la mediación prevista en los apartados anteriores los conflictos en los que las partes estén implicadas en supuestos de violencia doméstica, de género o en atentados contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra o de los hijos.

4.- Si el conflicto afectara a menores y a personas con la capacidad judicialmente completada, las partes deberán actuar con pleno respeto a los intereses superiores de éstos.

5.- Se podrá dar audiencia, si así se solicitara por las partes, a los hijos, menores y personas con la capacidad judicialmente completada que tuvieran suficiente juicio, a los abuelos, hermanos u otros parientes o allegados respecto de los preacuerdos de mediación familiar que pudieran afectarles.

La comunicación del contenido concreto de los preacuerdos será realizada por las partes en la mediación, en presencia de la persona mediadora o, si aquéllas lo solicitaran, por ésta última.

6. Los acuerdos alcanzados mediante la mediación familiar deberán ser presentados ante la autoridad judicial para su ratificación y aprobación en los términos que resulten de la legislación procesal estatal. »

Dos.- Se modifica el apartado tercero del artículo 16, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

« 3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. El Juez también podrá proponer a las partes la mediación como solución, instándolas a que asistan a una sesión informativa si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, procediendo a la suspensión del procedimiento si aquéllas aceptan.

El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación. »



Disposición adicional primera. Igualdad de género.

«En todos los casos en que esta Ley utiliza sustantivos de género gramatical masculino para referirse a diversos sujetos (padres, hijos, abuelos, etc.) debe entenderse que se refiere de forma genérica a dichas posiciones incluyendo tanto el caso de que las ocupen mujeres como que las ocupen hombres, con estricta igualdad en sus efectos jurídicos. »

Disposición adicional segunda. Acceso a las viviendas sociales.

«El Gobierno propondrá a las Comunidades Autónomas el establecimiento de unas directrices en las políticas de vivienda de alquiler social y VPO, de modo que en las situaciones de nulidad, separación y 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. »

Disposición transitoria primera. Procesos pendientes.

«Los procesos en materia de separación, divorcio o nulidad, y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán sustanciándose durante la instancia conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda. »

Disposición transitoria segunda. Revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior.

«A través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de 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 casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma. »



Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

«1.- Queda sin contenido el artículo 159 del Código Civil.

2.- Quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en esta ley. »

Disposición final primera: Título competencial.

« La presente Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en desarrollo de sus competencias en Derecho Civil. Se exceptúan de lo anterior los artículos tercero y cuarto, que se dictan al amparo de la competencia que el artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española atribuye al Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, y los artículos segundo y quinto, que lo hacen con base en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución Española que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación procesal. »

Disposición final segunda: Entrada en vigor.

Esta ley entrará en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».