



Universidad de Valladolid



MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

“DERECHO DE FAMILIA: OBLIGACIONES DE LOS PROGENITORES PARA CON SUS HIJOS MENORES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO.”

Presentado por: ***PAULA PÉREZ CASTAÑO.***

Tutelado por: ***MARÍA JOSÉ MORAL MORO.***

En Valladolid, a 17 de diciembre de 2021.

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN	3
2. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO	4
3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN	5
4. FUNDAMENTOS JURIDICOS.....	5
4.1 ¿Quién debe autorizar el divorcio en función de si existen o no hijos menores?	5
4.2 ¿Qué argumentos serían los alegados por Doña Leticia a la hora de reclamar a Don Manuel, en el caso concreto, ante un régimen de guarda exclusiva de la madre, el pago de la pensión de alimentos a favor de la menor, Doña Raquel?.....	8
4.3 Requisitos específicos para reducir la pensión de alimentos. Cuantía mínima que se debe pagar de pensión alimenticia.....	11
4.4 Legitimación en el procedimiento de reducción de la pensión de alimentos.....	17
4.5 ¿Cuál sería la consecuencia del incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador, Don Manuel?	17
4.6 La emancipación de la adolescente y procedimiento de emancipación por concesión judicial.....	21
5. CONCLUSIONES.....	25
6. BIBLIOGRAFÍA.....	28

1. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN

El objetivo fundamental de este dictamen se basa en dar respuesta a algunas de las cuestiones relativas al divorcio, y a las consecuencias que se derivan del mismo en relación con los hijos existentes en el matrimonio. Sin duda son materias controvertidas que dan lugar a múltiples desavenencias entre los progenitores y que pueden resultar muy perjudiciales para los menores en el caso de que su interés no se vea protegido y beneficiado en todo caso.

El artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que *“Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior.”* En este tipo de procedimientos vemos como debe primar el interés superior del menor, es decir, se debe proteger el desarrollo integral del mismo, de forma que pueda tener una vida plena a nivel material y afectivo. Es una garantía del menor para que, antes de que alguien tome decisiones sobre su vida, se tengan en cuenta sus derechos y sean protegidos. De manera que el objetivo es que el divorcio de los progenitores no perjudique la vida del menor hasta el punto de producirle desequilibrios en su normal desarrollo.

A su vez, y en relación con este tema, se abordan las consecuencias derivadas de los incumplimientos por parte de los progenitores de sus propios acuerdos de divorcio o de la sentencia en la que se establezcan las reglas por las que se va a regir éste y las relaciones de los progenitores con sus hijos. Destacar que, en relación con este asunto, y ante el silencio legal, resulta imprescindible acudir a la jurisprudencia sentada por los Tribunales, para poder dar respuesta a la multitud de dudas que suscita este tema. No encontramos ante unas cuestiones que no son de ningún modo idénticas para cada situación familiar o para cada asunto, de manera que la interpretación que han dado los Tribunales nos va a resultar imprescindible a la hora de dar respuesta a las múltiples discrepancias que surgen entre los ex cónyuges a la hora de llevar a cabo, adecuadamente, el cumplimiento de las medidas que conlleva un divorcio ante la existencia de hijos menores.

Por último, se aborda el tema de la emancipación de los menores. Haciendo referencia a los procedimientos para su concesión. La misma puede darse por concesión de sus progenitores o por concesión judicial cuando, no reuniendo el consentimiento de los padres, se reúnan las formalidades previstas. Lo más importante de este tema puede ser la

modificación de las obligaciones que los progenitores van a tener con sus hijos menores. A pesar de ser menores, están emancipados y esto modifica las circunstancias de cuidado que los padres van a tener que cumplir para con sus hijos.

2. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO

1º Don Manuel y Doña Leticia contrajeron matrimonio civil en Valladolid en el año 2000, teniendo una hija en común, Doña Raquel, de 16 años de edad, nacida el 24 de enero de 2005.

2º El matrimonio, ante las dificultades surgidas en el mismo, en el año 2007 decidió divorciarse mediante procedimiento de mutuo acuerdo. Ambos firmaron un convenio regulador de divorcio en el que acordaron que la patria potestad se ejercería de manera compartida. La guarda y custodia se atribuía, de manera exclusiva, a favor de Doña Leticia debido a que su situación laboral le daba mayor disponibilidad, lo que la convertía en el progenitor más idóneo para su cuidado.

3º En febrero de 2021 Doña Leticia, desesperada, acude a un despacho de abogados para obtener información acerca de lo que puede hacer ante los múltiples incumplimientos que su ex cónyuge, Don Manuel, viene realizando del convenio regulador que en su día firmaron ambos. Doña Leticia no ha recibido desde enero de 2021 la cantidad de 500€ que se estipuló en concepto de pensión de alimentos y que Don Manuel debía abonar mensualmente para satisfacer los gastos de su hija.

4º Por su parte, Don Manuel considera que la cantidad de 500€ estipulada en convenio regulador de mutuo acuerdo es bastante elevada, porque, a pesar de ser un comercial de productos cárnicos, solo cobra 2.700€ al mes. Todo esto se debe a que actualmente es incapaz de asumir el pago de dicha cantidad ya que de su nueva relación con Doña Juana, en 2016 nació la pequeña Manuela, conllevando esto unos gastos extras que hacen que llegue ahogado a fin de mes.

5º En 2015, como consecuencia del traslado de domicilio de Don Manuel a Cáceres por causas laborales, Doña Leticia encuentra complicaciones para mantener el vínculo paterno filial del padre con su hija, ya que tan solo puede compartir con ella la mitad de las vacaciones de verano y un par de días durante el año, exigiendo Don Manuel poder visitar a su hija cuando le convenga, sin pensar éste último que la niña tiene una rutina que es imprescindible llevar a cabo para centrarse en los estudios, y no alterar su desarrollo.

6º En el panorama actual Doña Raquel tiene 16 años y muestra una actitud rebelde, por lo que tiene enfrentamientos constantes con su madre y ha amenazado con irse a vivir con su padre o solicitar su emancipación para poder irse a vivir con su mejor amiga, Doña Luisa. Sin embargo, Don Manuel muestra disconformidad con el cambio en la guarda y custodia, pues debido a su gran cantidad de trabajo no está mucho en casa y no va a poder “controlar” a su hija de manera adecuada.

3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Respecto al caso enunciado con anterioridad se plantean una serie de cuestiones jurídicas por ambas partes.

3.1 ¿Quién debe autorizar el divorcio en función de si existen o no hijos menores?.

3.2 ¿Qué argumentos serían los alegados por Doña Leticia a la hora de reclamar a Don Manuel, en el caso concreto, ante un régimen de guarda exclusiva de la madre, el pago de la pensión de alimentos a favor de la menor, Doña Raquel?.

3.3 Requisitos específicos para reducir la pensión de alimentos. Cuantía mínima que se debe pagar de pensión alimenticia.

3.4 Legitimación en el procedimiento de reducción de la pensión de alimentos.

3.5 ¿Cuál sería la consecuencia del incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador, Don Manuel?.

3.6 Emancipación de la adolescente y procedimiento de emancipación por concesión judicial.

4. FUNDAMENTOS JURIDICOS

4.1 ¿Quién debe autorizar el divorcio en función de si existen o no hijos menores?

A la vista de esta cuestión hay que diferenciar dos situaciones totalmente distintas. Por un lado, el divorcio con hijos menores no emancipados o discapacitados, y por otro, el divorcio con hijos mayores de edad o menores emancipados.

Si se tratase de un divorcio o separación con hijos menores o discapacitados, según el art. 774 LEC, se solicitará al Ministerio Fiscal que informe sobre la propuesta de convenio presentado.

El Tribunal podrá oír a los hijos menores si tuvieran suficiente juicio. Esta diligencia se acordará de oficio o si lo solicitasen el Fiscal, los cónyuges o miembros del Equipo Técnico Judicial o el propio menor.

Cumplidos los trámites anteriores o, si no fuera necesario, tras la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia:

- a) Concediendo la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador.
- b) Denegando la separación o el divorcio solicitado, si hay motivación suficiente para ello.

Concedida la separación o el divorcio, el artículo 777 LEC establece que si la sentencia no aprueba todo el convenio regulador propuesto, tendrán los cónyuges 10 días para proponer otro. Podrán limitarse a modificar los puntos que no ha aprobado el Tribunal. Presentado del nuevo convenio se aprobará o denegará por auto.

Contra la sentencia que deniegue la separación o divorcio y el auto que apruebe medidas nuevas que se aparten del convenio presentado, cabe, en virtud del artículo 777 LEC, recurso de apelación. Además, dicho artículo establece que la legitimación para recurrir la resolución que apruebe totalmente el convenio regulador sólo podrá hacerse en interés de los hijos menores o discapacitados, por el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, y por otro lado, si no existiesen hijos menores no emancipados o discapacitados que dependan de los solicitantes, los cónyuges, según establece el art. 87 del Código Civil, podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario.

En el primer caso, cuando la competencia se le atribuya al Letrado de la Administración de Justicia, en virtud de lo dispuesto en el apartado 10 del citado artículo 777 LEC, después de la ratificación el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto formalizando el convenio regulador y declarando la separación o divorcio. Si el Letrado de la Administración de Justicia considerase que alguno de los cónyuges, o hijos mayores o

menores emancipados, sale gravemente perjudicada por el convenio presentado se lo indicará a los cónyuges y dará fin al procedimiento mediante decreto irrecurrible.

Decretado el archivo, los cónyuges sólo podrán acudir al Juez con la intención de que este, apruebe, la propuesta de convenio regulador.

Desde que el Letrado de la Administración de Justicia apruebe el convenio regulador podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

Por último, hay que hacer referencia a un tercer modo de obtener el divorcio: la vía notarial.

El art. 54 de la Ley del Notariado dispone que los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes¹

El mismo art.54 de la Ley del Notariado viene a establecer la escritura pública como forma que debe tener la separación o divorcio, debiendo componerse de:

- a) Declaración de voluntad de los cónyuges de separarse o divorciarse.
- b) Incorporación de un convenio regulador.

Los cónyuges deben intervenir personalmente, es decir, deberán firmar la escritura a la vez, y deberán estar asistidos por Letrado.

Los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar consentimiento en cuanto les afecte, ante el Notario.

Si el Notario considerase que alguno de los cónyuges o hijos mayores o menores emancipados sale gravemente perjudicado con el convenio regulador presentado, se lo hará saber a los cónyuges y dará por terminado el expediente.

¹ Artículo 54.1 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Al igual que en la separación o divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación del convenio regulador.

Desde que se otorgue la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

Firmada la escritura pública, el Notario la remitirá por medios electrónicos al Registro Civil para su inscripción.

Por todo ello, y en aplicación del caso que nos ocupa, nosotros estamos ante un divorcio, el de Don Manuel y Doña Leticia, en el que se ve implicada su hija menor de edad, Doña Raquel. Por lo tanto, el divorcio de los progenitores debería tramitarse por la vía del procedimiento judicial, a través del cual será el Juez, el que con intervención del Ministerio Fiscal, apruebe o no el divorcio y las medidas consecuencia del mismo.

Sin embargo, teniendo en cuenta que Doña Raquel está pensando emanciparse, en el caso de que esto último suceda, el divorcio de sus progenitores podría llevarse a cabo por la vía Notarial, o incluso podría ser el propio Letrado de la Administración de Justicia el que dictara un decreto aprobando o no el divorcio y sus correspondientes medidas. Todo esto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87 del CC.

4.2 ¿Qué argumentos serían los alegados por Doña Leticia a la hora de reclamar a Don Manuel, en el caso concreto, ante un régimen de guarda exclusiva de la madre, el pago de la pensión de alimentos a favor de la menor, Doña Raquel?.

Desde la perspectiva del Código Civil hay que destacar que se configura la responsabilidad parental como un deber-función inexcusable en atención a la protección de los hijos menores no emancipados que se debe ejercer en su exclusivo interés. En todo caso, de entre los deberes que conforman la responsabilidad parental se encuentra el de prestar alimentos lato sensu a los hijos. Este deber no se ve afectado por el hecho de la ruptura matrimonial de los progenitores; hasta el punto de que dicho extremo constituye una de las principales medidas provisionales que pueden solicitar los cónyuges -tanto de forma previa como una vez admitida la demanda- y, de la misma forma, una de las medidas definitivas que debe recoger el plan de parentalidad, o bien determinar la autoridad judicial en resolución que pone fin al procedimiento en caso de no acuerdo o, habiéndolo, ser contrario al interés del menor (arts. 102 y ss CC; 771.1, 773 y 774 LEC).

Además, debe ponerse de relieve, como ha puesto de manifiesto la a Jurisprudencia en reiteradas ocasiones (entre otras STSJ Cataluña 9/2010, de 3 de marzo de 2010) que nos encontramos ante una materia de *ius cogens* en la que, nuevamente, debe prevalecer por encima de cualquier interés el del menor.

Esta obligación comprende, desde una perspectiva cualitativa, tanto la alimentación stricto sensu como la habitación, la vestimenta, la educación, la asistencia médica y, en definitiva, todo aquello que pueda resultar necesario para el correcto desarrollo de la personalidad del menor (arts. 110, 142 y ss CC); mientras que, desde una perspectiva cuantitativa, la contribución de los progenitores -ambos obligados dependerá tanto del caudal y de los medios de cada uno de ellos, como de las necesidades del alimentado (art. 146 y 147 CC).

Es importante destacar la perspectiva penal de esta cuestión, ya que, a pesar de ser la última ratio de la cuestión, el último escalón al que acudir, debiendo agotar las vías civiles previas, es una cuestión más que importante y con consecuencias gravosas. El incumplimiento del pago de la pensión alimenticia a favor de los hijos viene estando tipificado en el art. 226 del Código Penal² como el delito de “abandono de familia”, y en el art.227 CP³ como delito de “impago de pensiones”. Estos artículos vienen a sancionar la conducta de aquel que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda y se negare a prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, tales como el impago de la pensión alimenticia a favor de sus hijos.

El bien jurídico de este tipo penal es el derecho subjetivo a ser asistido que poseen los hijos. Así pues, el bien jurídico protegido en el delito de abandono familiar se corresponde con la seguridad familiar moralizada en su sostenimiento económico. Este tipo penal exige

² Artículo 226. 1. *El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.* 2. *El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.*

³ Artículo 227. 1. *El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.* 2. *Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.* 3. *La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.*

determinados elementos constitutivos, que ha determinado el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia 937/2007, de 21 de noviembre:

- Que una resolución de naturaleza judicial establezca la obligación de prestación económica, y que dicha resolución sea dictada dentro de los procesos a los que el tipo penal hace referencia (aprobando un convenio o en los de separación, divorcio, nulidad, sobre filiación o sobre alimentos, en este caso circunscrito a los exigidos a favor de hijos).
- La realidad de la no realización del pago de esa prestación, en los tiempos y cuantía que el tipo penal refleja.
- La posibilidad de que dicho pago pueda ser realizado por el obligado sin que se requiera una situación de necesidad por parte del que tiene derecho a la prestación ni que se derive para éste, perjuicio alguno diverso del de la no percepción de la prestación, tratándose de un delito de mera inactividad.
- El conocimiento de la resolución judicial unido a la voluntad de no realizar el pago, cuya voluntad se estima ausente en los supuestos de imposibilidad de hacer efectiva la prestación, lo que le aleja del reproche de delito que instaure la prisión por deudas.

Este último es el elemento subjetivo del injusto, que exige el dolo para entender consumado el delito de abandono familiar, es decir, requiere una omisión voluntaria y maliciosa por parte del sujeto pasivo respecto del cumplimiento de los referidos deberes.

A modo orientativo y no vinculante, el Consejo General del Poder Judicial, a propuesta del “Grupo de trabajo de jueces de familia”, ha venido trabajando en la creación y puesta a disposición de jueces, magistrados, abogados y ciudadanía en general las denominadas “Tablas Estadísticas de Pensiones Alimenticias”, y desarrollado una aplicación con las mismas para el cálculo aproximado del quantum de la pensión, en tanto que instrumento orientador adaptado a las experiencias en esta materia y elaborado conforme a bases científicas con el apoyo técnico del Instituto Nacional de Estadística (INE)⁴.

⁴ Consejo del Poder Judicial (España), [Recurso en línea]: *Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia*, Madrid, 2014, Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/>

En nuestro caso particular, y tras utilizar los datos facilitados, teniendo en cuenta que el sueldo de Don Manuel (progenitor no custodio) es de 2.700€/mes, y que el sueldo de Doña Leticia (progenitor custodio) es de 1.000€/mes, la aplicación arroja una propuesta de pensión inicial de 303€, cifra que es bastante inferior a los 500€ reconocidos en el convenio regulador de mutuo acuerdo que firmaron los ex cónyuges en su día. Sin embargo, y teniendo en cuenta que lo dispuesto en convenio regulador, es libremente pactado por las partes, y que las Tablas Estadísticas son una mera estimación, Don Manuel debería pagar la cuantía fijada en convenio para evitar que Doña Leticia decida interponer demanda penal por abandono de familia por impago de pensiones, lo que le conllevaría a Don Manuel la asunción de problemas legales que pueden llegar a la condena a penas de prisión.

En el supuesto de que Don Manuel no pueda hacer frente por algún motivo al pago de dicha cantidad, la mejor opción no es dejar de pagar, sino que él mismo podría solicitar una modificación de medidas para reducir la pensión de alimentos. Cuestión que explicaremos en la respuesta a la siguiente pregunta, y que, como toda materia de derecho de familia, es un asunto controvertido, ya que para poder modificar dichas medidas es necesario que se produzca un cambio sustancial en las circunstancias que requiera una modificación de la cuantía de la pensión de alimentos.

Estimación de la Pensión Alimenticia

i
?

Municipio del hogar del custodio

Comunidad Autónoma:

Provincia:

Localidad:

Otros Conceptos

Número de hijos:

Año:

Custodia Monoparental

Custodia Compartida

Ingreso Progenitores

Ingresos Custodio: Ingresos No Custodio:

Importes en Custodia Monoparental

Pensión Inicial: CCAA: Localidad: Total Pensión:

Calcular

Limpiar

Modificar

Imprimir

4.3 Requisitos específicos para reducir la pensión de alimentos. Cuantía mínima que se debe pagar de pensión alimenticia.

En primer lugar, tenemos que tener en cuenta que la pretensión de reducir la pensión alimentaria supone una modificación de las medidas definitivas acordadas o aprobadas por

sentencia, por lo que debemos atender a la existencia de una alteración sustancial de las circunstancias que requieren una modificación en la cuantía de la pensión determinada.

Así, lo primero que debemos tener en cuenta es que la alteración sustancial que justifique un cambio en la medida puede ser alegada respecto del alimentante o el alimentista, pues el artículo 147 del Código Civil hace referencia expresa a que los alimentos se verán modificados proporcionalmente, al alza o a la baja, según el aumento o la disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que tuviera la obligación de satisfacerlos.

En el caso que nos ocupa, el motivo esgrimido por Don Manuel, para solicitar la reducción de la cuantía pagada en concepto de alimentos, se encuentra en el aumento de los gastos del alimentante como consecuencia de haber tenido una nueva hija a su cargo, Manuela. Por tanto, tenemos que adentrarnos a analizar las principales exigencias tenidas en cuenta por la jurisprudencia para aminorar la pensión alimenticia previamente declarada cuando se ha producido el nacimiento de un nuevo hijo del alimentante.

En este aspecto, debemos hacer expresa mención de la controversia existente entre las distintas Audiencias Provinciales, las cuales han abordado sus resoluciones de forma muy dispar, como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia 219/2003, de 16 de septiembre de 2003, en la que alude a los diferentes criterios seguidos en la jurisprudencia menor. Así, un sector de Audiencias Provinciales (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 525/2004 de 9 de septiembre y sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete núm. 64/2005 de 3 de marzo), considera que el nacimiento de un nuevo hijo produce una alteración sustancial de las circunstancias capaz de justificar la modificación de la pensión con el objetivo de que el nuevo descendiente pueda gozar en idéntica posición de las condiciones del hijo preexistente, y sin que se vea comprometida su atención en perjuicio del que disfruta de una pensión alimenticia.

Posición antagónica a la anterior sostiene otra parte de la jurisprudencia menor que se ha posicionado a favor de que el nacimiento de un nuevo hijo no pueda llevar implícito una alteración sustancial de circunstancias, pues es el padre quien ha escogido reorganizar su vida sentimental, sin que ello pueda ir en detrimento de hijos anteriores. Es interesante advertir que el fundamento esgrimido por esta corriente se basa en la falta de uno de los requisitos generales que deben concurrir para que quede justificado un cambio de medidas, en concreto, que la alteración de las circunstancias debe ser ajena al progenitor que alega la modificación. De este modo, este sector de Audiencias Provinciales(Sentencia de la

Audiencia Provincial de Madrid núm. 189/2005 de 4 de marzo; sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 419/2004 de 30 de junio; sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 500/2005 de 15 de junio y sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 517/2002 de 7 de octubre), entiende que el progenitor obligado al pago de alimentos tomó libremente la decisión de tener nuevos hijos y que debió de haber sopesado con anterioridad sus cargas anteriores para comprobar que, con sus ingresos, podía hacer frente a las obligaciones anteriores y a las futuras.

Sobre la controvertida cuestión se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencia 917/2008, de 3 de octubre, mostrando su postura al respecto y determinando una posición intermedia que concilia las resoluciones de las Audiencias Provinciales como criterio interpretativo a seguir. Así, el Alto Tribunal determina, per se, que el nacimiento de un nuevo hijo no puede considerarse una condición sustancial que determine en todo caso un cambio en la prestación alimentaria, provocando un detrimento injustificado en las cargas preexistentes fijadas por la autoridad judicial, sino que se deberá analizar caso por caso, sin poder resolverse de forma taxativa a priori. De esta forma, el Tribunal Supremo entiende que, si sólo si el padre fuera el único progenitor que aportara ingresos a la unidad se trataría de una alteración sustancial de circunstancias que redundaría en una disminución del patrimonio del padre que deber hacer frente a la obligación de alimentos para con su hijo preexistente. Por tanto, entre las circunstancias a valorar se halla la capacidad económica de la pareja con quien convive el obligado, y así lo ha venido reiterando hasta el momento en sus sentencias, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo núm. 250/2013 de 30 de abril; sentencia del Tribunal Supremo núm. 557/2016 de 21 de septiembre; sentencia del Tribunal Supremo núm. 61/2017 de 1 de febrero y Auto del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017.

La doctrina también se ha pronunciado sobre este particular. De esta forma, ANDRES JOVEN⁵ *pone de expreso manifiesto que «el nacimiento de un nuevo hijo ha de ser considerado una decisión libre y voluntaria de cada persona que no puede exonerar de las obligaciones alimenticias previamente existentes, por cuanto los progenitores deben ser responsables de sus actuaciones y de las consecuencias que de éstas puedan derivarse. Debe, en todo caso, y para el supuesto de defenderse la tesis contraria, tenerse en cuenta que en el nuevo procedimiento se ha de probar no sólo el hechos objetivo del nacimiento de un hijo, sino también*

⁵ ANDRÉS JOVEN, J., “Modificaciones de medidas definitivas”, en Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, Tratado de Derecho de Familia. Modificación de medidas definitivas: aspectos sustantivos y procesales, Madrid: Sepín editorial jurídica, 2005, pág. 938.

cuál es la situación personal, laboral y económica de la nueva pareja al estar la misma asimismo obligada al pago de los alimentos de ese hijo, siendo éste un factor que en muchas ocasiones se silencia y que puede conllevar la desestimación de la demanda presentada.»

De lo comentado hasta el momento se desprende que, para considerar que se han alterado las circunstancias, es necesario:

1. Que alimentante vea reducida su capacidad económica como consecuencia de su obligación de atender nuevas cargas por el nacimiento de un nuevo hijo, ya que si se demuestra que tiene medios para absorber ambas obligaciones, resultará intrascendente el nacimiento de otros hijos;
2. Que la nueva pareja del progenitor no tenga medios o ingresos para poder hacer frente al nacimiento de su hijo, pues éste también se encuentra obligado, al igual que el otro progenitor, a hacer frente a los alimentos de su hijo.
3. Si el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia ha seguido haciendo frente a ella con normalidad, durante un tiempo considerable, ya no podrá alegarse que se trata de un hecho nuevo a los efectos de pretender una reducción en la cuantía de la prestación por alimentos en relación con el hijo de su matrimonio anterior. En relación con esta última cuestión, es necesario poner de relieve que la hija proveniente de la nueva relación de Don Manuel, Manuela (nacida en 2016), tiene 5 años. En este sentido, es necesario advertir a Don Manuel que, para poder promover una demanda de reducción de la pensión alimenticia, es necesario que el evento que lo justifique se haya producido de forma sobrevenida, de acuerdo con los requisitos generales de modificación de medidas definitivas. El principal problema que se nos plantea en relación con este asunto es que Don Manuel ha estado tolerando durante 5 años el pago de una pensión alimenticia de 1.150 euros tras el nacimiento de su nueva hija, queriendo ahora revertir dicha situación. No obstante, el inconveniente que tiene venir hoy a interponer demanda de modificación de medidas, es que ahora carecería de justificación por faltar uno de los elementos esenciales para poder instar el cambio: que el hecho nuevo en que se fundamente sea sobrevenido.

Esta opinión mantiene PEREZ MARTIN⁶ en tanto entiende que «si después del nacimiento del nuevo hijo se siguió pagando durante cierto tiempo la pensión alimenticia de los otros hijos, ya no podrá considerarse esta circunstancia como un hecho nuevo a los efectos de minorar el importe de la pensión alimenticia, sino que deberá alegarse otra causa para que pueda prosperar la demanda de modificación». Es decir, se asemeja esta situación con aquellas en las que los hijos han nacido con anterioridad a dictarse las medidas o a suscribirse el Convenio o era previsible su nacimiento ya que, tanto en uno como en otro caso, se trata de un hecho pasado y no sobrevenido.

Para concluir, debemos tener en cuenta que una eventual demanda para solicitar la minoración de la pensión de alimentos será estimada únicamente cuando exista una alteración sustancial de las circunstancias de tal entidad que requiera una modificación en la cuantía de la pensión determinada, pues de lo contrario el progenitor obligado al pago no verá aceptadas sus pretensiones.

Por lo que respecta a la cantidad mínima hay que destacar que los Tribunales vienen estableciendo una cantidad mínima que debe aportar el progenitor no custodio en concepto de pensión de alimentos a favor de sus hijos.

Para establecer el importe de la pensión de alimentos mínima hay que tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 146 del Código Civil, el cual establece lo siguiente: *“La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.”* Esto quiere decir, que la pensión de alimentos mínima se establece en función de los medios económicos de quien está obligado a pagar la pensión de alimentos y las necesidades de los hijos de los progenitores.

Sin embargo, existen casos en que el progenitor que está obligado a pagar la pensión de alimentos, no tiene recursos suficientes ni para mantenerse así mismo. Por tanto, le impiden poder dar una pensión de alimentos mínima a sus hijos o simplemente no tiene ingresos. De aquí surge el concepto *“mínimo vital”*, el cual consiste en que quien esté obligado al pago tiene que pagar, aunque sea un mínimo, de pensión de alimentos. Este es un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor.

⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J, *Tratado de Familia. La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, 4ª edición, Valladolid: Lex Nova (Thomson Reuters), abril 2014, pág 685.

Hay que destacar que en España no existe un mínimo legalmente establecido, sin embargo, múltiples Tribunales se han pronunciado sobre este asunto estableciendo que la cuantía de la pensión de alimentos mínima en España es de 50 euros aproximadamente, aunque hay que tener en cuenta varios factores que te contaremos a continuación.

Para que dé lugar al establecimiento de este mínimo vital, no hay unos criterios tasados, sino que son los Tribunales los que han ido estableciéndolos, entre los ello, se encuentran:

- Estado de absoluta pobreza. Acreditar que se está en un estado de absoluta pobreza, ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal (Sentencia del tribunal supremo de 2 de marzo 2015. N° de Recurso: 735/2014 y repetida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero 2021. Número Recurso: 240/2020).
- En paro. Si se está en el paro, se tiene que acreditar que estás en el paro y en búsqueda activa de empleo (Sentencia Audiencia provincial de Valladolid n° 396/2020, de 16 de noviembre de 2020).
- Tipo de trabajo. En este sentido, será importante la situación laboral por la que esté atravesando la persona. A saber, habrá que ver si es esporádico, temporal o desempleado de larga duración.
- Residencia. El lugar en donde vive es también un factor clave que determina la resolución de las sentencias, por lo que si tiene una residencia de la que se hace cargo, se sobreentiende que tiene cierto poder económico. Hay que conocer dónde vive y quién paga las facturas.
- Bienes y deudas, (Sentencia Audiencia provincial de Valladolid, n° 433/2020, de 14 de diciembre).

Por otra parte hay que recordar qué Gastos comprende la pensión de alimentos: estamos hablando de los gastos imprescindibles para el cuidado del menor, y por ello es tan importante que sea una pensión justa. En muchas ocasiones, dado su carácter excepcional, los Tribunales llegan a denegar esta pensión mínima vital de alimentos, como hizo el Supremo en sentencia de 13 de enero de 2021, n° de Recurso 240/2020: *“En Primera Instancia se acordó, una pensión de alimentos a cargo del padre y respecto de los dos hijos menores de 125,00 euros para cada uno de ellos, como mínimo vital, pues “a pesar del desempleo del padre, no ha acreditado que se encuentre en un estado de absoluta pobreza ya que es capaz de vivir de*

forma independiente, ni que sus capacidades hagan previsible la imposibilidad de obtener un empleo ya que es joven -32 años- sin que se le conozca enfermedad o incapacidad alguna”.

La Audiencia confirma la medida ya que reitera “vive de forma independiente, consta que trabaja, aunque de forma esporádica, y no cumplía cuando tenía mayor estabilidad laboral, tiene 33 años, y no tiene enfermedad o dolencia que le impida trabajar, por lo que considera no existe causa que le exima del deber de atender económicamente a la subsistencia de su descendencia, al menos con una suma mínima, como es la establecida por el Juzgado a quo”.

4.4 Legitimación en el procedimiento de reducción de la pensión de alimentos.

Hemos de partir de la base que el artículo 775 de la LEC⁷ otorga, entre otros, legitimación a los progenitores para instar una modificación de las medidas definitivas. Por tanto, Don Manuel se encuentra plenamente legitimado para interponer una demanda de modificación de medidas definitivas en aras a solicitar una reducción de la pensión alimenticia. Esta demanda, deberá ir dirigida frente a Doña Leticia, ya que es el progenitor custodio que se encuentra percibiendo la pensión de alimentos - a favor de su hija - y, por tanto, quien tiene el interés de que el otro progenitor ayude en las cargas y necesidades que se devienen de la obligación de ser padres.

Del citado artículo de la LEC cabe deducir que ante cualquier alteración en las condiciones de los progenitores, éstos van a poder solicitar la modificación de las medidas que rigen sus obligaciones y derechos para con sus hijos, ya que únicamente ellos van a tener la legitimación activa para iniciar ese procedimiento de modificación de medidas por ser ellos los principales implicados en el mismo.

4.5 ¿Cuál sería la consecuencia del incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador, Don Manuel?.

Tenemos que partir de la base de que es la Autoridad Judicial quien, en última instancia, aprueba el plan de parentalidad y/o determina la forma de ejercer la guarda de los menores, debiendo tener como guía a la hora de emitir su pronunciamiento el interés superior del artículo 2.1 LOPJM. Por ello, lógicamente, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visita aprobado y/o establecido por la autoridad judicial

⁷ Artículo 775 LEC: “...los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

suponen un caso de desobediencia de una resolución judicial, lo que puede acarrear consecuencias de naturaleza tanto civil como penal.

Debe ahora abordarse, por una cuestión de orden expositivo, el apartado de las consecuencias penales de tal conducta pues, como va a indicarse, la evolución legislativa y jurisprudencial ha desembocado en una deriva “civilista” del tratamiento de esta cuestión, reservando el ámbito penal para aquellos incumplimientos de naturaleza grave.

Efectivamente, previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; los artículos 618.2 y 622 CP posibilitaban el tratamiento penal de los incumplimientos del régimen de visitas y custodia, aunque, pese a existir cierta controversia doctrinal, se pacificó la misma llegando al acuerdo de que el incumplimiento de un régimen de visitas fijado en resolución judicial era constitutivo de la falta recogida en el antiguo art. 618.2 del CP. Esta criminalización de conductas, que únicamente reflejaban la incapacidad de la expareja de establecer una dinámica relacional normal posterior a la separación y/o divorcio, era a todas luces insuficiente, ineficaz e incluso contraproducente, pues se provocaban comparecencias en sede policial para denunciar el mero retraso en la entrega o devolución de un menor, lo que podía suponer la apertura de un proceso penal que, más que solucionar la controversia, ahondaba en la mala relación entre los progenitores, afectando así a los menores⁸.

Por lo que debe celebrarse la despenalización de estas conductas por la mencionada LO 1/2015 y su reconducción al ámbito de la jurisdicción civil. Pues bien, antes de ubicar la persecución penal del incumplimiento del régimen de visitas como mecanismo subsidiario, debemos dejar sentado que tras la despenalización de la falta del art. 618.2 CP este delito exige que se trate de un incumplimiento reiterado, contumaz, persistente, tenaz, perseverante, constante, firme, permanente, insistente, duradero, impidiendo el cumplimiento del régimen de visitas acordado por resolución legal, porque ya no estamos ante la antigua falta sino ante una desobediencia "grave" a una resolución judicial⁹.

⁸ MAGRO SERVET, V., “La despenalización del incumplimiento del régimen de visitas y sus consecuencias civiles”, *Revista de Derecho de Familia [online]*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, Abril 2016, Número 40.,pág.4-7, disponible en: https://revistas.elderecho.com/revistas/derecho_de_familia/numero_40-abril_2016/.

⁹ STS 870/2015, de 19 de enero de 2016 y SAP de A Coruña, Secc. 1ª, núm. 236/2017, de 24 de mayo.

Además, la Audiencia Provincial de A Coruña, en Sentencia núm. 173/2018, de 8 de mayo, explica clara y detalladamente esta cuestión, al establecer lo siguiente:

“Resulta generalmente aceptada la idea de que el Derecho penal debe tener poca presencia en la regulación del conflicto social y que cuando surge éste, el modo de resolución prioritario debe incluir mecanismos, en primer lugar, metajurídicos, condensados en la articulación de políticas sociales justas en materia de acceso al empleo, vivienda, educación, sanidad, redistribución de la renta y la riqueza nacional, etc.; en segundo lugar, extrapenales, acudiendo a instrumentos sancionatorios jurídicos, pero ajenos a la pena, bien de índole administrativa (multa gubernativa, sanción disciplinaria, privación de licencia, etc.), civil (reparación de daños y perjuicios, pérdida de la nacionalidad, privación de la patria potestad, desheredación, etc.), laboral (despido, pérdida de prestaciones, pérdida de bonificaciones, etc.), o de otra clase; en tercer lugar, penales, incluyendo la imposición de penas y/o medidas de seguridad.

Esta postrimera utilización de los instrumentos punitivos obedece al carácter subsidiario o de última ratio del Derecho penal en el seno del Estado de Derecho, así como a su función de tutelar cualificadamente los bienes jurídicos: sólo cuando el recurso a otros procedimientos sea insuficiente para solventar el conflicto es oportuno acudir a la sanción penal. Junto al referido carácter subsidiario del Derecho penal, constituye una segunda manifestación del principio de intervención mínima su carácter fragmentario, lo cual significa que aquél no está dirigido a proteger todos los bienes jurídicos existentes, sino únicamente los que son esenciales para el individuo; y frente a éstos, su función tuitiva no se extiende a cualquier tipo de ataque que los ponga en peligro, sino sólo a aquellos más intolerables y que se ciernen con mayor intensidad sobre dichos bienes esenciales. Sin embargo, todo lo anterior opera frente al legislador, no frente a los tribunales, pues una vez que se ha tomado la decisión legislativa de tipificar una conducta y de asignarle una pena, los tribunales han de aplicarla al margen de la opinión que a sus integrantes les pudiera merecer. La cuestión no es decidir si se aplica o no en función de que puedan existir otros mecanismos extrapenales de resolución del conflicto”.

En el orden penal actual, tras la LO 1/2015 podemos señalar que esta figura conlleva penas de cárcel en situaciones de incumplimiento de las obligaciones de los progenitores para con sus hijos. El llamado delito de “abandono de familia”, previsto en el art.226 del CP y al que se ha hecho mención en la respuesta a la pregunta 2. Este delito no solo se circunscribe a la falta de asistencia de índole puramente económica correspondiente a una pensión alimenticia, sino que abarca el conjunto de deberes relativos a la atención y cuidado que corresponde, en este caso, al progenitor respecto a su hijo menor. Como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Burgos, en Sentencia núm. 333/2018, de 26 de septiembre, este delito participa de la naturaleza de los denominados tipos penales en

blanco siendo preciso acudir a la legislación civil para fijar su contenido en la medida que es ésta la que define los deberes legales de asistencia¹⁰.

Es decir, en caso de que Don Manuel no pueda cumplir el régimen de visitas estipulado en el convenio y no haga nada para evitar la situación de desamparo en la que se ve inmersa la menor por el incumplimiento de los deberes de protección que le debe brindar su progenitor no custodio, éste podría verse inmerso en un proceso penal por abandono de familia.

Cabe destacar que, dado el principio de intervención mínima que rige en el derecho penal, solo procederá acudir a él si se ha agotado con carácter previo la vía civil. El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte del progenitor no guardador -Don Manuel-, tendrá una serie de consecuencias de naturaleza civil, tanto sustantiva como procesal.

En primer lugar, dicho incumplimiento podrá ser corregido por el Tribunal que dictó la sentencia y estableció el régimen de guarda mediante multas coercitivas mensuales *“todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año”* (art. 776.2 LEC); plazo establecido en el artículo 779 LEC.

En segundo lugar, y para el caso de persistir el incumplimiento, siendo el mismo de naturaleza reiterativa, dispone el apartado tercero del artículo 776 LEC que *“el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”*. A este respecto, debe considerarse este hecho -el incumplimiento reiterado- como un supuesto de variación sustancial de las circunstancias que permite al cónyuge interesar la modificación de esta medida conforme a lo previsto en el artículo 775 LEC.¹¹ Por lo tanto, no opera aquí el principio de oficialidad, en el sentido de que sea el propio órgano jurisdiccional el que, ante el incumplimiento reiterado, modifique el régimen de visitas, sino que deberá ser la parte interesada o el Ministerio Fiscal quienes promuevan dicha modificación (ex art. 775.1 LEC).

Debe puntualizarse que el mencionado 776.3 LEC constituye, como afirma el Tribunal Supremo (entre otras: Sentencia 346/2016, de 24 de mayo de 2016; 545/2016, de 16 de

¹⁰ Artículos 269 y siguientes del Código Civil en relación al ejercicio de la tutela y artículos 172 y siguientes en relación a la guarda.

¹¹ CORDÓN MORENO, F., “Comentario al Artículo 752 LEC”. En: ARMENTA DEU, T., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, Pamplona: Aranzadi, 2011, pág.913.

septiembre de 2016; y 823/2012, de 31 de enero de 2013) *“un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador. Lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores”*

Por todo ello, y teniendo siempre como guía primordial el interés superior del menor, el régimen de visitas del progenitor incumplidor podría ser suspendido e incluso reducido (SAP Tarragona 62/2016, de 18 de febrero de 2016; SSAP Barcelona 58/2013, de 29 de enero de 2013; AAP La Rioja 34/2018, de 13 de marzo de 2018).

Finalmente, en caso de incumplimientos graves y reiterados, desde una perspectiva civil podría llegarse, incluso, a acordar la privación de la patria potestad (art. 170 CC), si bien debe darse la circunstancia de que esta máxima sanción sea, además, beneficiosa para el hijo (STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015).

4.6 La emancipación de la adolescente y procedimiento de emancipación por concesión judicial.

En la última discusión mantenida entre Doña Leticia y Doña Raquel, la menor ha dejado constancia del rechazo a continuar viviendo con su madre, y su preferencia de convivir con su padre o, en su caso, de independizarse con su amiga Doña Luisa.

En el supuesto que se nos plantea, tanto Don Manuel como Doña Leticia se oponen a la concesión de la emancipación a su hija, por lo que Doña Raquel tan solo podrá obtener la emancipación mediante concesión judicial, que traerá consecuencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, siguiéndose lo dispuesto en el artículo 245 y ss de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Así las cosas, los mayores de 16 años pueden obtener la emancipación judicial, previa audiencia de los padres, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos, previstos en el artículo 53 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y en el artículo 244 de la Ley 8/2021, de

2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica:

1. Cuando el ejerciente de la patria potestad contrajera nuevas nupcias o conviviera maritalmente con persona distinta del otro progenitor;
2. Cuando los padres vivieran separados;
3. Cuando hubiese causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad.

En este sentido, es importante traer a colación que la jurisprudencia no considera que estas causas operen de forma automática, sino que una vez concurra alguna de las causas expuestas, pueda iniciarse el procedimiento en el que la aprobación de la emancipación de la adolescente quedaría sometida a valoración del Juez, de acuerdo con el principio de mayor interés del menor de edad.

En nuestro caso concreto, concurre el segundo supuesto que habilita a Doña Raquel a iniciar el procedimiento de emancipación mediante su solicitud al órgano judicial para que le conceda este beneficio, ya que sus progenitores, Don Manuel y Doña Leticia, cesaron en la convivencia desde que firmaron el convenio regulador de divorcio en el año 2007. Respecto de la intervención de los progenitores en este procedimiento, cabe destacar que su derecho se limita a ser oídos, realizando las manifestaciones que consideren oportunas. Ahora bien, si bien lo alegado por los progenitores no es vinculante para el Juez, sus opiniones junto con las extraídas del menor son valoradas a la hora de adoptar una decisión.

Es necesario aclarar que la justificación de la emancipación por concesión judicial se fundamenta en las malas relaciones que pueden surgir entre los progenitores, tras su separación, o entre éstos y los menores. De esta forma, se dota a los menores de independencia y autonomía para adoptar sus propias decisiones tras la ruptura de la convivencia, entre otras, su voluntad de convivir con quien considere oportuno, realizando todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones para casos especiales (artículo 246 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica). Así, lo entiende la Audiencia Provincial de Madrid¹² que otorgó la emancipación a una menor de 16 años que se negaba a convivir con su madre, bajo la interpretación de que dicho rechazo hacia

¹² Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 238/2007, de 15 de febrero de 2007.

imposible exigir el cumplimiento de la sentencia contra la voluntad de la menor, que convivía con su padre pese a ser su madre quien ostentaba su guarda y custodia.

Por tanto, una vez asentadas las bases sobre las que puede solicitarse la emancipación por concesión judicial, es importante analizar los efectos que la misma produce. De acuerdo con SANMARTÍN ESCRICHE¹³ «*la emancipación permite al menor regir tanto su persona como sus bienes como si fuese mayor de edad, en tanto se ha extinguido la patria potestad. Sin embargo, el menor emancipado necesitará el consentimiento de sus padres como una suerte de complemento de la capacidad para determinados negocios jurídicos que tan solo pueden llevar a cabo los mayores de edad.*»

Ahora bien, debemos tener en cuenta que, si la emancipación judicial lleva implícita la desaparición de la patria potestad y la posibilidad de regirse como si de un mayor de edad se tratara, resulta necesario analizar qué sucedería con la pensión de alimentos a la que se encuentra obligado el progenitor no custodio, Don Manuel, en nuestro caso.

En este sentido, ya adelantamos que la emancipación del menor de edad no conlleva de forma automática la desaparición del deber de alimentos de los progenitores para con sus hijos. De hecho, el artículo 93 del Código Civil prevé la posibilidad de que los progenitores sigan contribuyendo al pago de alimentos cuando el menor emancipado se encuentre conviviendo con alguno de ellos sin dependencia económica, o se encuentra en situación de necesidad. Así, resulta interesante subrayar que cuando existe un menor emancipado, la pensión alimenticia actúa del mismo modo que para los mayores de edad que ya no conviven con sus padres y que solicitan de ellos el pago de una pensión.

En esta línea, resulta interesante hacer referencia a una resolución del Tribunal Supremo¹⁴ en la que se niega el derecho de alimentos a una hija que decide abandonar el domicilio familiar bajo el fundamento de que su elección de la libertad personal que se adquiere con la emancipación, tiene como consecuencia el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, como son las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno. Y en este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia¹⁵ en una sentencia en la que también rechaza la pensión de alimentos a una hija mayor de edad bajo la misma interpretación esgrimida por el Alto Tribunal. A mayor

¹³ SANMARTÍN ESCRICHE, F., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.217 consultado electrónicamente.

¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 151/2000, de 23 de febrero del 2000.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 1061/2017 de 11 de diciembre de 2017.

abundamiento, este mismo análisis fue el que sirvió al Juzgado de Primera Instancia de Málaga¹⁶ para denegar la pensión alimenticia a una hija de 17 años, emancipada notarialmente, ante la reclamación de alimentos a su padre. Así, al igual que el Tribunal Supremo niega la obligación de prestar una pensión al padre de la menor sobre la base de que las ventajas económicas y de acogimiento que tenía la joven antes de emanciparse es el coste por la libertad obtenida por la menor al emanciparse. Es más, el Juzgado de Primera Instancia de Málaga trae a colación que para que una deuda alimenticia surja con todos sus efectos han de darse determinadas circunstancias que justifiquen la condición de la menor como «necesitada».

Como consecuencia de ello, podemos concluir diciendo que la obligación de alimentos de los progenitores, si bien no desaparece, pasa de recogerse como una obligación, fruto del ejercicio de la patria potestad del artículo 154 del Código Civil, a vehiculizarse por el artículo 143 del mismo Código, que requiere una situación de necesidad de la persona que tenga derecho a percibirlos. Por tanto, con el otorgamiento de la emancipación a un menor de edad que pretende regirse personalmente y hacer una vida independiente de la de sus progenitores, se suprime el sometimiento del mismo a la patria potestad, y con ello, la obligación de alimentos por parte de los padres. Así, una eventual demanda para continuar percibiendo una pensión alimenticia por un menor, que abandona su casa para desarrollar una vida personal independiente, requiere la acreditación por parte de éste de su situación de necesidad, pues la obligación por la quedan vinculados sus progenitores ya no es la de alimentos por el ejercicio de la patria potestad, sino la obligación de alimentos entre parientes.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Málaga de 14 de marzo de 2014.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tras realizar un estudio exhaustivo del presente dictamen, llegamos a la conclusión de que las consecuencias derivadas de la disolución del vínculo matrimonial dan lugar a múltiples desavenencias entre los ex cónyuges respecto a las obligaciones de los mismos con sus descendientes.

Si bien es cierto, siempre debe primar el interés superior del menor, como establece el artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “*Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior.*” El objetivo es que el divorcio de los progenitores no perjudique la vida del menor hasta el punto de producirle desequilibrios en su normal desarrollo. Sin embargo, en la práctica, resulta ser evidente que, en un porcentaje muy elevado de casos, los descendientes ven gravemente alterada su estabilidad emocional por los conflictos en los que están inmersos sus progenitores, a pesar de que éstos, en numerosas ocasiones, intenten evitar que sus problemas repercutan en los hijos.

SEGUNDA.- El procedimiento a seguir para declarar el divorcio de Don Manuel y Doña Leticia será el establecido en el artículo 777 de la LEC. Teniendo en cuenta que ambos cónyuges tienen una hija común, Doña Raquel, de 16 años y por tanto menor edad y no emancipada en el momento de la disolución del vínculo matrimonial de sus padres, correspondería al órgano jurisdiccional, una vez oído el Ministerio Fiscal, dictar resolución poniendo fin al matrimonio de los cónyuges y aprobando las medidas por las cuales se va a regir el mismo. Dichas medidas deberán ser cumplidas por los progenitores de la menor.

Sin embargo, si Doña Raquel, se emancipara antes de declararse el divorcio de sus progenitores, éstos, conforme a lo establecido en el artículo 87 del CC, podrían obtener el divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia (art.777.10 LEC) o en Escritura pública ante Notario siguiendo lo dispuesto en el art.54 de la Ley del Notariado.

TERCERA.- Respecto a la obligación que tiene Don Manuel de prestar alimentos a su hija Doña Raquel, en virtud de lo dispuesto en los arts. 142 y ss del CC, llegamos a la conclusión de que dentro de la responsabilidad parental se encuentra el deber de los progenitores de prestar alimentos *lato sensu* a sus hijos. Los progenitores que no ostenten la

guarda y custodia deberán velar por el desarrollo de sus hijos, atendiendo económicamente a las necesidades vitales que estos requieran.

Además, el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos por parte de Don Manuel tiene una importante consecuencia penal. Este acto viene estando tipificado en el art. 226 del Código Penal como el delito de “abandono de familia”, y en el art.227 CP como delito de “impago de pensiones”. Estos artículos vienen a sancionar la conducta de aquel que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda y se negare a prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, tales como el impago de la pensión alimenticia a favor de sus hijos.

CUARTA.- Del estudio realizado llegamos a la conclusión de que la petición por parte de Don Manuel de una reducción en la pensión de alimentos, que debe éste pagar a su hija Doña Raquel, debido al nacimiento de un nuevo hijo, resulta controvertida toda vez que el referido motivo ha sido discutido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia 917/2008, de 3 de octubre de 2008, a la hora de unificar doctrina, indicando que el nacimiento de un nuevo hijo no es una condición sustancial que determine un cambio en la prestación alimentaria sino que, para ello, deberá analizarse caso por caso, valorando las siguientes circunstancias:

- Que alimentante vea reducida su capacidad económica como consecuencia de su obligación de atender nuevas cargas por el nacimiento de un nuevo hijo, sin que disponga de medios suficientes para cumplir con ambas obligaciones.
- Que la nueva pareja del alimentante no tenga medios o ingresos para poder hacer frente al nacimiento de su hijo.
- Si el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia ha seguido haciendo frente a ella con normalidad, durante un tiempo considerable.

QUINTA.- De la lectura del artículo 775 de la LEC se desprende que correspondería a Don Manuel la legitimación para interponer demanda de modificación de medidas en aras a solicitar una reducción de la pensión alimenticia, ya que el citado artículo atribuye únicamente, la legitimación activa para iniciar el procedimiento de modificación de medidas a los progenitores, por ser éstos los principales implicados en el mismo.

Dicha demanda deberá ir dirigida frente a Doña Leticia, por ser ésta el progenitor custodio que se encuentra percibiendo la pensión de alimentos - a favor de su hija - y, por

tanto, la persona que tiene interés en que el otro progenitor ayude en las cargas y necesidades que se devienen de la obligación de ser padres.

SEXTA.- Otra problemática que suscita presente dictamen es la que se desprende de las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de Don Manuel del régimen de visitas, lo cual supone un caso de desobediencia de una resolución judicial, pudiendo acarrear consecuencias de naturaleza tanto civil como penal. De éstas las más importantes se dan en el ámbito civil, pudiendo llegar a privar al progenitor incumplidor de la patria potestad, en virtud de lo dispuesto en el art. 170 CC, siempre y cuando el incumplimiento sea grave y reiterado y dicha sanción sea, además, beneficiosa para el menor, ya que, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, siempre ha de primar el interés superior del mismo.

Las consecuencias penales de éste tipo de incumplimiento se encuentran tipificadas en el art.226 CP como delito de “abandono de familia”. Este delito abarca el conjunto de deberes relativos a la atención y cuidado que corresponde al progenitor respecto a su hijo menor. Sin embargo, y dado el principio de intervención mínima que rige en derecho penal, es preciso acudir a la legislación civil para fijar su contenido en la medida que es ésta la que define los deberes legales de asistencia. Es decir, solamente cabrá acudir a la vía penal si se ha agotado con carácter previo la vía civil.

SÉPTIMA.- Por lo que se refiere a la emancipación de Doña Raquel, teniendo en cuenta que sus padres, Don Manuel y Doña Leticia, no están de acuerdo con ella, el único modo que tiene Doña Raquel para conseguir la emancipación sería por concesión judicial, acudiendo para ello a un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria.

No obstante, hay que tener en cuenta que la emancipación judicial llevaría implícita la desaparición de la patria potestad y la posibilidad de regirse, Doña Raquel, como si fuera una persona mayor de edad, realizando todos los actos de la vida civil, salvo excepciones (artículo 246 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica). Por lo que atendiendo a esto, podemos concluir diciendo que la obligación de alimentos que tiene Don Manuel a favor de la menor pasa a vehiculizarse por el artículo 143 del CC, que requiere de una situación de necesidad de la persona que tenga derecho a percibir los alimentos, pues la obligación por la quedan vinculados sus progenitores ya no es la de alimentos por el ejercicio de la patria potestad, sino la obligación de alimentos entre parientes.

6. BIBLIOGRAFÍA

- **Legislación:**

- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.
- Ley Orgánica 10/1995, 23 de Noviembre del Código Penal.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

- **Manuales:**

ANDRÉS JOVEN, J., “Modificaciones de medidas definitivas”, En Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, *Tratado de Derecho de Familia. Modificación de medidas definitivas: aspectos sustantivos y procesales*, Ed. Sepin editorial jurídica, Madrid, 2005.

PÉREZ MARTÍN, A.J. *Tratado de Familia. La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales*, 4º edición, Ed. Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2014.

CORDÓN MORENO, F., “Comentario al Artículo 752 LEC”, En: ARMENTA DEU, T et al. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen II*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

SANMARTÍN ESCRICHE, F., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, 9ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso Derecho Civil IV: Derecho de Familia*, 5ª Edición, Ed. Edisofer S.L., 2016.

- **Webs Consultadas:**

<https://www.safeabogados.com/blog/la-pension-de-alimentos-minima-en-espana/>

<http://www.litigiosdepareja.com/divorcio-notarial-o-decretado-por-laj/>

[https://www.eljuridistaoposiciones.com/separacion-o-divorcio-mutuo-acuerdo-divorcio-express/#COMO TRAMITAR LA SEPARACION O DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO](https://www.eljuridistaoposiciones.com/separacion-o-divorcio-mutuo-acuerdo-divorcio-express/#COMO_TRAMITAR_LA_SEPARACION_O_DIVORCIO_DE_MUTUO_ACUERDO)

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/>

<https://www.rodenasabogados.com/impago-de-pensiones/>

- **Jurisprudencia consultada:**

- a) **Sentencia Juzgados de Primera Instancia:**

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Málaga, de 14 de marzo de 2014.

- b) **Sentencia de TSJ:**

- STSJ de Cataluña N° 9/2010, de 3 de marzo de 2010.
ECLI: ES:TSJCAT:2010:3128.

- c) **Sentencias y Autos del TS:**

- **Sentencias:**

- STS de la Sala de lo Civil N° 151/2000, de 23 de febrero del 2000.
ECLI: ES:TS:2000:1394.
 - STS N° 937/2007, de 21 de noviembre de 2007.
ECLI: ES:TS:2007:7630.

- STS N° 917/2008, de 3 de octubre de 2008.
ECLI: ES:TS:2008:5236.
- STS N° 823/2012, de 31 de enero de 2013.
ECLI: ES:TS:2013:373.
- STS N° 250/2013, de 30 de abril de 2013.
ECLI: ES:TS:2013:2081.
- STS N° 735/2014, de 2 de marzo de 2014.
ECLI: ES:TS:2014:1216.
- STS N° 621/2015, de 9 de noviembre de 2015.
ECLI:ES:TS:2015:4575.
- STS N° 870/2015, de 19 de enero de 2016.
ECLI:ES:TS:2016:84.
- STS N° 346/2016, de 24 de mayo de 2016.
ECLI:ES:TS:2016:2322.
- STS N° 545/2016, de 16 de septiembre de 2016.
ECLI: ES:TS:2016:4089.
- STS N° 557/2016, de 21 de septiembre de 2016.
ECLI: ES:TS:2016:4097.
- STS N° 61/2017 de 1 de febrero de 2017.
ECLI:ES:TS:2017:320.

➤ **Autos:**

- Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017.
ECLI:ES:TS:2017:10824A

d) Sentencias y Autos de Audiencias Provinciales

➤ **Sentencias:**

- SAP de Alicante N° 517/2002, de 7 de octubre de 2002.
- SAP de Córdoba N° 219/2003, de 16 de septiembre de 2003.
- SAP de Valencia N° 419/2004, de 30 de junio de 2004.
- SAP de Barcelona N° 525/2004, de 9 de septiembre de 2004.
- SAP de Albacete N° 64/2005, de 3 de marzo de 2005.
- SAP de Madrid N° 189/2005, de 4 de marzo de 2005.
- SAP de Málaga N° 500/2005, de 15 de junio de 2005.

- SAP de Barcelona N° 58/2013, de 29 de enero de 2013.
- SAP de Tarragona N° 62/2016, de 18 de febrero de 2016.
- SAP de A Coruña, Secc. 1ª, N° 236/2017, de 24 de mayo de 2017.
- SAP de Valencia, N° 1061/2017, de 11 de diciembre de 2017.
- SAP de A Coruña, N° 173/2018, de 8 de mayo de 2018.
- SAP de Burgos N° 333/2018, de 26 de septiembre de 2018.
- SAP de Valladolid N° 433/2020, de 14 de diciembre de 2020.
- SAP de Valladolid N° 396/2020, de 16 de noviembre de 2020.

➤ **Autos:**

- AAP de Madrid N° 238/2007, de 15 de febrero de 2007.
- AAP de La Rioja N° 34/2018, de 13 de marzo de 2018.