

ENCUENTRO DE LOS JUECES DE FAMILIA CON LA ABOGACÍA DE FAMILIA Y LOS GABINETES DE PSICÓLOGÍA Y TRABAJO FORENSE.

EN 22100

Lugar de celebración: Centro de Formación del CGPJ sito en la sede de la calle Trafalgar 27-29 de Madrid.

Fecha: 14, 15 y 16 de noviembre de 2022.

CONCLUSIONES APROBADAS EN EL PLENARIO DEL ENCUENTRO.

Tras las votaciones celebradas el día 16 de noviembre de 2022, con asistencia de los participantes en el Encuentro, para la aprobación o desaprobarción de las propuestas de conclusión presentadas por la Comisión de Estudio, Redacción y Elaboración de propuestas de conclusión integrada por el Codirector del Encuentro D. Juan Pablo González del Pozo; los magistrados D. Luis Aurelio González Martín, D^a Antonia Roncero García y D. Francisco-Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona, la letrada de la Administración de Justicia D^a Aurora del Moral Zafra, y, como representantes de las asociaciones de la Abogacía participantes en el Encuentro D. José Luis Cembrano Reder, por la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), D. Vicente Tovar Sabio, por la Plataforma Familia y Derecho (PF&D), D. José Antonio García González, por la Sociedad Catalana de la Abogacía de Familia (SCAF), y D^a Cristina Colom Vaquer, por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, tras las reuniones celebradas los días 17, 18, 19, 20, 24, 25 y 26 de octubre y 7 y 8 de noviembre de 2022, han resultado aprobadas, con los votos que se indican, las conclusiones siguientes:

Ponencia 1. Conclusiones relacionadas con las medidas judiciales de apoyo a menores con discapacidad, de más de 16 años.

CUESTIONES PROCESALES

CONCLUSIÓN 1ª: Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del procedimiento previsto en el artículo 91, párr. 2º del CC.

Las medidas judiciales de apoyo respecto de hijos comunes mayores de dieciséis años, que se hallen en situación de necesitarlas razonablemente por razón de su discapacidad después de alcanzada la mayoría de edad, momento en que entrarán en vigor, y siempre que no hayan hecho sus propias previsiones, se podrán adoptar en los procesos de familia, que comprenden los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, contenciosos o de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, y de medidas paterno-filiales.

No se podrán establecer medidas judiciales de apoyo en los procedimientos seguidos para la adopción de medidas provisionales previas o coetáneas en los procesos de nulidad, separación o divorcio y en los de fijación de medidas paterno filiales, ni en los de modificación de medidas definitivas adoptadas en cualesquiera de los procesos anteriores.

JUSTIFICACIÓN:

Se fundamenta en el artículo 770, párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC); en la regla 8ª del mismo artículo al emplear el término "procesos matrimoniales", que puesto en relación con la regla 5ª de la misma disposición permite concluir que no comprende solo procedimientos contenciosos de separación y divorcio, en la medida que se pueden reconducir a procesos de mutuo acuerdo, y finalmente, en el artículo 91.2 del Código Civil (en adelante CC) que contempla el supuesto de nulidad del matrimonio.

Se excluyen los procedimientos de medidas provisionales previas y provisionales, y de modificación de medidas definitivas, dado que no concurren razones de urgencia para la instauración de medidas judiciales de apoyo que, de adoptarse, entrarán en vigor al alcanzar el menor la mayoría de edad, y la Ley prevé su revisión "de oficio", estableciendo el artículo 91.2 del Código Civil su constitución en

“sentencia”. Por otro lado, dichos procedimientos tienen un ámbito que se circunscribe a los efectos y medidas en relación a la situación actual de un menor sujeto a patria potestad.

Del tenor literal de los citados artículos 91.2 y 770, regla 8ª, las medidas de apoyo se circunscriben a las judiciales, al referirse ambas normas a la aplicación de las disposiciones de la LEC, esto es, a los “procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”.

En cuanto a los hijos respecto de los que procede la adopción, en su caso, de medidas judiciales de apoyo, se fundamenta en los artículos 91.2 y 254 del CC, y artículo 770 de la LEC.

Aprobada por mayoría de 35 votos a favor

CONCLUSIÓN 2ª. Competencia objetiva para el conocimiento y resolución sobre medidas judiciales de apoyo respecto de hijos comunes mayores de dieciséis años, que se hallen en situación de necesitarlas razonablemente por razón de su discapacidad para después de alcanzada la mayoría de edad en procesos matrimoniales, y competencia para su control y revisión de las adoptadas.

El conocimiento y resolución corresponderá a los Juzgados de Familia especializados, o a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción en los partidos judiciales donde no existan aquellos, pero no a los Juzgados que tienen atribuida con carácter exclusivo y excluyente la competencia para el conocimiento de los expedientes y procedimientos para la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

La competencia para el control de salvaguardas que se puedan establecer en la sentencia y la revisión de las medidas judiciales de apoyo adoptadas en procesos matrimoniales, corresponde, donde

existan, a los Juzgados especializados en dicha materia. Una vez firme los pronunciamientos de la sentencia sobre medidas judiciales de apoyo, se acordará la inhibición a favor del Juzgado especializado en materia de discapacidad.

No se planteará problema competencial alguno, si, como ocurre en diversos juzgados de 1ª instancia especializados, los mismos tienen competencia exclusiva tanto en materia de familia como de capacidad y tutelas.

JUSTIFICACIÓN:

La propuesta se fundamenta en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en relación con lo dispuesto en los artículos 46, 61 y 770 de la LEC, y artículo 91.2 del CC, de los que resulta que los Juzgados de Familia especializados, o en su defecto los de Primera Instancia, conocen de las solicitudes de provisión judicial de apoyos para el supuesto concreto que nos ocupa, esto es, cuando se deduzcan en procesos matrimoniales, estableciendo, en concreto, el artículo 91.2 del CC que la sentencia "correspondiente" en los procesos de nulidad, separación o divorcio, "resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio" de las medidas de apoyo.

Sin embargo, el control de las salvaguardas que se establezcan, y el conocimiento y resolución de los procedimientos de revisión de las medidas judiciales de apoyo que en su caso se constituyan en sentencia por los Juzgados de Familia, se estima han de corresponder a los Juzgados especializados en materia de discapacidad, y ello por lo siguiente: a los Juzgados de Familia se les atribuye específicamente el conocimiento de los procesos matrimoniales, pero cuando existe un Juzgado especializado en materia de discapacidad, teniendo en cuenta que las medidas de apoyo y salvaguardas entrarán en vigor cuando el menor alcance la mayoría de edad, rigiendo hasta ese momento las medidas inherentes a la titularidad de la patria potestad, es este último Juzgado el que debe conocer de las salvaguardas y de la revisión de las medidas judicialmente acordadas, revisión que, además, puede acordarse de oficio en el expediente de jurisdicción

voluntaria regulado en el artículo 42 bis c) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, sin perjuicio de que si se formulara oposición se ponga fin al expediente, pudiendo instarse la revisión conforme a lo previsto en la LEC. Se estima que la revisión no debe encuadrarse en la categoría de incidente o pretensión incidental, ni se conforma como ejecución de pronunciamiento alguno, sino que tiene sustantividad propia, objeto específico de la concreta decisión a adoptar con arreglo al procedimiento legalmente previsto. La misma razón se aduce respecto del control de las salvaguardas que puedan establecerse, por lo que una vez firme la sentencia respecto de dicho pronunciamiento, procedería la inhibición del conocimiento al Juzgado especializado en materia de discapacidad.

Se considera conveniente incluir el párrafo tercero porque visibiliza, en forma negativa, los conflictos competenciales que pueden suscitarse, a consecuencia de la aplicación del art. 91, párr. 2º del Cc., entre los juzgados de 1ª instancia ordinarios o especializados en familia y los especializados en capacidad y tutelas.

Aprobada por unanimidad

CONCLUSIÓN 3ª. Procedimiento.

Se seguirán los trámites y cauces procesales previstos para los procesos matrimoniales en que se pueden instar medidas judiciales de apoyo en el supuesto que nos ocupa, integrando las especialidades que en materia de legitimación, prueba y contenido de la sentencia establece la LEC para los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad en cuanto sean de aplicación en dichos procesos y con respeto de todas las garantías previstas en los mismos.

Los juzgados de 1ª instancia ordinarios o especializados en familia que conozcan de un proceso de separación, divorcio, nulidad o adopción de medidas paterno filiales en que se haya interesado la provisión de medidas judiciales de apoyo a un menor en el supuesto contemplado en el art. 91, párr.2º del CC, no perderán su competencia territorial para conocer de dichas medidas aunque durante la tramitación del proceso el menor con discapacidad cambie su lugar de residencia habitual a otro partido judicial.

JUSTIFICACIÓN: Tanto los procesos matrimoniales como el proceso regulado en los artículos 756 y ss. de la LEC, se sustancian por los trámites del juicio verbal, no estimando que exista obstáculo alguno para que las pruebas preceptivas a practicar respecto de los apoyos, con arreglo al artículo 759 de la misma Ley, se lleven a cabo en el mismo procedimiento, y no en pieza separada. Así, la entrevista de la persona con discapacidad puede practicarse al mismo tiempo que la audiencia del menor, si bien teniendo en cuenta las especialidades de cada una, esto es la regla 4ª del artículo 770 de la LEC, en un caso, y el respeto a la voluntad, deseos y preferencias en otro, artículo 254 del CC, aplicando en todo caso el artículo 7 bis de la LEC; la audiencia de los progenitores y parientes más próximos también se llevan a cabo en los procesos matrimoniales en el acto del juicio, por lo que no hay óbice para que se practiquen en unidad de acto, si bien, con un contenido más amplio, y finalmente el dictamen pericial que debe acordar el Tribunal previsto en el citado artículo 759 se acordará y quedará aportado en las mismas actuaciones. Razones de economía procesal, de tramitación armónica, evitando reiteraciones innecesarias, o tramitaciones "a destiempo", justifican dicha propuesta, máxime cuando es una sentencia la que ha de pronunciarse sobre las distintas cuestiones planteadas en ambos ámbitos, y además, ante la ausencia de una regulación en la LEC de la incoación de piezas separadas.

El párrafo 2º de esta propuesta de conclusión tiene por finalidad aclarar que en una correcta interpretación del párrafo 2º del art. 91 del CC debe quedar excluida la aplicación en estos procesos de la pérdida sobrevinida de competencia territorial establecida en los

artículos 42 bis.a), 2, párr. 2º de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y 756.2 de la LEC.

No se considera procedente que pueda producirse la pérdida de competencia territorial- en cuanto el art. 91, párr.2º del CC es en realidad una norma procesal que permite acumular al proceso matrimonial o de menores, por razones de economía procesal, la acción de provisión judicial anticipada de medidas judiciales de apoyo a menores mayores de 16 años con discapacidad que previsiblemente precisarán de tales apoyos tras llegar a su mayor edad. Y, por ello, no parece conveniente que las normas procesales aplicables a la acción acumulada al proceso principal de separación, divorcio, nulidad o fijación de medidas paterno filiales determine, por arrastre, la competencia territorial para conocer del proceso principal en el que rige la regla de la perpetuatio iurisdictionis establecida en el artículo 411 de la LEC.

Y optar, como solución, por la pérdida de competencia territorial del juzgado que conoció inicialmente tan solo para conocer de la acción de provisión de medidas judiciales de apoyo, conservando la competencia para conocer del proceso principal supondría ignorar el efecto inherente a toda acumulación de acciones, que no es otro que el de resolver en un único proceso y por una sola sentencia todas las acciones acumuladas.

En otro orden de cuestiones, la pérdida de competencia territorial para conocer de la acción de provisión judicial de medidas de apoyo, para su conocimiento y resolución por otro juzgado distinto de aquél que conoció inicialmente de la demanda, podría originar múltiples disfunciones, como la necesidad de repetir la práctica de pruebas realizadas por el juez que conoció del asunto en primer lugar antes de producirse la inhibición, al tener que practicar las pruebas el mismo juez que dicta la resolución definitiva, e inclusive, en algunos casos, podría originar la división de la contienda de la causa.

Aprobada por unanimidad

CONCLUSIÓN 4ª: Legitimación activa y pasiva. Intervención del Ministerio Fiscal.

La legitimación activa para solicitar las medidas judiciales de apoyo en el caso concreto que nos ocupa corresponde exclusivamente a los progenitores.

La legitimación pasiva corresponde al menor con discapacidad mayor de dieciséis años.

El Ministerio Fiscal interviene en estos procesos.

JUSTIFICACIÓN: Si bien, el artículo 91.2 del CC respecto de la legitimación para instar las medidas judiciales de apoyo se remite a lo dispuesto en el artículo 757 de la LEC, se estima que el proceso matrimonial en el que se solicitan, se sigue a instancia de los cónyuges o progenitores, por lo que en una necesaria interpretación restrictiva pero coherente con la naturaleza y finalidad de las disposiciones legales que permiten esta posibilidad, la lógica indica que son aquéllos los únicos legitimados activamente (al modo en que se instaba la prórroga de la patria potestad en la regulación anterior). No se estima que el Ministerio Fiscal pueda o deba solicitar en dichos procesos la adopción de medidas judiciales para cuando el menor con discapacidad mayor de dieciséis años alcance la mayor edad, ya que puede y debe hacerlo siguiendo el trámite específico previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Las mismas razones se estiman de aplicación a la falta de legitimación activa del menor con discapacidad que sí lo está para instar dicho expediente, todo ello con arreglo a los artículos 42 bis a) de la LJV y artículo 254 del CC.

La legitimación pasiva corresponde claramente al menor con discapacidad mayor de dieciséis años.

La intervención del Ministerio Fiscal tiene su fundamento indiscutible en los artículos 749 y 757 de la LEC.”

Aprobada por unanimidad

CONCLUSIÓN 5ª: Postulación, representación y defensa.

La actuación de los demandantes debe ser a través de Abogado y Procurador.

La representación y defensa del menor corresponde al Ministerio Fiscal, salvo que manifieste su oposición a la adopción de medidas, en cuyo caso se procederá al nombramiento de defensor judicial, que deberá actuar a través de Abogado y Procurador.

JUSTIFICACION:

Se fundamenta en los artículos 750 y 771 de la LEC.

Concretamente respecto del menor, se estima que el Ministerio Fiscal debe asumir su representación y defensa al modo en que lo hace en los procesos matrimoniales, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 758.2 de la LEC, al no ser promotor del procedimiento, velando por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad y por el interés superior del menor, conforme al artículo 749 de la LEC.

Ahora bien, si el menor manifiesta su oposición a la adopción de medidas judiciales de apoyo en el proceso matrimonial, dado que el Ministerio Fiscal puede estimar procedentes las mismas, se estima para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del menor, evitando conflictos de intereses, que se proceda al nombramiento de un defensor judicial, que actúe a través de Abogado y Procurador.

Aprobada por mayoría de 21 votos a favor, 9 en contra y 1 abstención.

CONCLUSIÓN 6ª: Contenido del pronunciamiento de la sentencia respecto de la adopción de medidas judiciales de apoyo.

“En la sentencia, el Juez puede considerar que no es necesaria la adopción de medidas judiciales de apoyo, atendiendo a la existencia de medidas de autorregulación o de una guarda de hecho adecuada y suficiente ejercida por ambos o uno de los progenitores del menor con discapacidad, que puede seguir funcionando después de alcanzada por aquel la mayoría de edad.

Cuando se prevea que el menor, alcanzada la mayoría de edad, seguirá dependiendo de sus progenitores en todos o la mayor parte de los ámbitos de su vida, sin que pueda conformar una voluntad consciente y libre, procederá adoptar en el proceso matrimonial la medida judicial de apoyo pertinente, que en estos casos ha de ser una curatela representativa.”

Fuera del supuesto a que se refiere el párrafo anterior, la medida judicial de apoyo que se adopte en estos casos será la que corresponda en atención a las condiciones y circunstancias de la discapacidad del menor concurrentes, pudiendo establecerse desde el simple acompañamiento hasta la curatela asistencial.”

JUSTIFICACIÓN:

Aunque el artículo 91.2 del CC establece que la sentencia “resolverá *también*” sobre el establecimiento y modo de ejercicio de las medidas de apoyo, la expresión “en su caso”, justifica la posibilidad de no adoptarlas, dado que con arreglo al artículo 254 del CC, el mayor de dieciséis años puede haber hecho sus propias previsiones

para cuando alcance la mayoría de edad, o puede estimarse que la guarda de hecho es un apoyo adecuado y suficiente, todo ello atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad que inspira la nueva regulación de la materia que nos ocupa, conformándose las medidas judiciales de apoyo como "ultima ratio", con arreglo a los artículos 255 y 269 del CC.

En caso de estimar que procede establecer medidas judiciales de apoyo, se entiende que la finalidad de la previsión normativa que nos ocupa, atendiendo a los antecedentes legales (prórroga de la patria potestad), es garantizar una curatela representativa, por las razones siguientes: las medidas judiciales de apoyo se concretan con arreglo al artículo 250 del CC en curatela y defensor judicial. La curatela asistencial es la regla general frente a la excepcionalidad de la curatela representativa, y aquella se concreta en una asistencia y acompañamiento en la toma de decisiones cuya iniciativa mantiene la persona con discapacidad, por lo que carece de lógica que se adopte en un proceso matrimonial, máxime cuando la situación y circunstancias de la persona con discapacidad pueden variar en el plazo de los dos años anteriores a alcanzar la mayor edad, momento en que, con arreglo a los principios inspiradores de la reforma y las propias disposiciones legales, es autónoma en todos los ámbitos de su vida, salvo en aquellas esferas o ámbitos en que precise de asistencia, y dicho apoyo debe constituirse por el cauce previsto en la LJV. La misma razón se invoca respecto del nombramiento de defensor judicial, con arreglo al artículo 295,5ª del CC, configurándose como apoyo ocasional, aunque sea recurrente.

Se estima que, cuando se prevea que el menor, alcanzada la mayoría de edad, seguirá dependiendo de sus progenitores en todos o la mayor parte de los ámbitos de su vida, sin que pueda conformar una voluntad consciente y libre, procederá adoptar en el proceso matrimonial la medida judicial de apoyo pertinente, que en estos casos ha de ser una curatela representativa.

Pero, en los casos en que el menor con discapacidad sufra carencias físicas, psico-afectivas o intelectivas que no le impidan formar una voluntad para la toma de decisiones y tenga capacidad, aun

limitada y necesitada de supervisión, consejo o asesoramiento, de entender y prever el alcance de aquellas, no parece conveniente circunscribir la medida de apoyo a adoptar a la curatela representativa en favor de uno o ambos progenitores, porque las circunstancias de cada caso concreto pueden hacer aconsejable esa medida de apoyo u otra distinta, desde el simple acompañamiento a la curatela asistencial o, incluso, el mantenimiento de una guarda de hecho por uno de los progenitores a partir de la llegada del menor a la mayor edad, caso este último, en el que, en rigor, el juez no viene a adoptar medida judicial de apoyo alguna.

Aprobada por unanimidad.

CUESTIONES SUSTANTIVAS: Salvaguardas y revisión establecidas en la Sentencia.

CONCLUSIÓN 7ª: Salvaguardas y revisión en la sentencia.

La sentencia que establezca la medida judicial de apoyo fijará los controles y salvaguardas que se estimen pertinentes y el plazo de revisión de las medidas.

JUSTIFICACION:

De conformidad con lo dispuesto artículo 760 de la LEC en relación con los artículos 270 y 268 del Código Civil.

Aprobada por unanimidad.

CUESTIÓN SUSTANTIVO-PROCESAL

CONCLUSIÓN 8ª:

“En los procesos a que se refiere el párrafo 2º del artículo 91 del CC.será posible adoptar medidas judiciales de apoyo respecto de los hijos menores comunes, con discapacidad, que alcancen la edad de 16 años con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda, siempre que tal hecho se produzca antes del inicio del acto de la vista, y que la parte actora o demandada que solicite la provisión judicial de medidas de apoyo así lo haya advertido en su escrito de demanda o contestación (para el supuesto de que al tiempo de contestar no haya alcanzado esa edad) o lo haya solicitado cualquiera de ellas tan pronto como el menor, pendiente el proceso, cumpla esa edad.”

JUSTIFICACIÓN:

“En atención a la denominada litispendencia final, que tiene su base legal en el artículo 752.1 de la LEC, se estima que resulta admisible tal posibilidad tanto en razón del principio de economía procesal (anticipar la provisión judicial de medidas de apoyo para el menor discapacitado que previsiblemente necesitará de ellas al llegar a la mayor edad, evitando un proceso posterior), como por la protección del interés y beneficio del menor afectado por la medida.

El establecimiento de un límite temporal y la necesidad de protesta anticipada de las partes de solicitarlo, tiene su causa en la conveniencia de hacer viable la práctica de las diligencias de prueba necesarias para la provisión judicial de medidas de apoyo y la debida ordenación del proceso en cuanto, de no solicitarse antes del inicio de la vista, su petición en el curso de la misma obligaría a la suspensión para que la parte que no ha solicitado tal medida y se ve sorprendida en ese momento por la pretensión formulada de contrario, pueda preparar y ejercitar en debida forma su defensa y proveerse de los medios de prueba correspondientes, todo lo cual demoraría el proceso innecesariamente.

De admitirse el ejercicio de la acción de provisión de medidas de apoyo tras la celebración de la vista, se originaría una grave disfunción en el proceso de familia, al tener que celebrar una nueva comparecencia, equivalente a una vista, para proceder a la práctica de las diligencias y pruebas necesarias para resolver sobre las medidas judiciales de apoyo del menor”

Aprobada por unanimidad.

MR2.Mesa redonda sobre la ejecución. Conclusiones relacionadas con la ejecución

CONCLUSIÓN 9ª. La viabilidad de la ejecución de la cláusula de exoneración de pago de la hipoteca hecha en favor del cónyuge o progenitor no adjudicatario del inmueble gravado en la liquidación de la sociedad de gananciales o en la extinción del condominio (Novación subjetiva del codeudor solidario).

La cláusula de exoneración del cónyuge o progenitor no adjudicatario del inmueble solo será ejecutable en los términos de una novación subjetiva si se ha llevado a cabo con la anuencia o ratificación expresa de acreedor, quien ha de manifestar categóricamente su consentimiento. Siendo la deuda hipotecaria de carácter solidario, la liquidación del régimen económico matrimonio o del proindiviso, no afecta a la acción del acreedor, quien ni pierde el derecho a reclamar frente a todos o cualquiera de los deudores solidarios mientras no preste expreso consentimiento admitiendo la novación subjetiva. La jurisprudencia del TS sobre el particular es clara. Las SSTs de 26 Julio de 1.997, 1 de Diciembre de 1.989 y 10 de junio de 2003, sientan la doctrina de que la distinción entre la novación propia y la meramente modificativa ha de realizarse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración que se produzca. Por otra parte, para que la asunción de deuda determine la extinción de la obligación primitiva se exige que haya concurrido la anuencia o ratificación expresa del acreedor, que no puede entenderse en ningún caso prestada de forma tácita o presuntiva pues aquel no puede ver cambiada la persona de su deudor sin haber manifestado categóricamente su consentimiento (STS de 25 Enero 1.999 y 26 abril 1.993).

Cuestión muy distinta es la relativa al valor, eficacia y ejecutividad de la cláusula en el ámbito interno de los codeudores solidarios, respecto de lo cual habrá que estar y pasar por los términos del acuerdo suscrito por los codeudores solidarios, para lo cual habrá de determinarse si se trata de una obligación de medios o de actividad o de una obligación de resultado

JUSTIFICACIÓN:

La jurisprudencia del TS sobre la novación es clara. La Sala 1ª del Tribunal Supremo, Sala 1ª, en sentencia de 10 de junio de 2003, ha sentado que el deslinde entre la novación propia y la meramente modificativa ha de realizarse tomando en , consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración que se produzca (STS de 26 Julio 1.997, 1 Diciembre 1.989 y 10 de junio de 2003)- Para que la asunción de deuda determine la extinción de la obligación primitiva se exige haya concurrido la anuencia o ratificación expresa del acreedor, la cual nunca puede entenderse prestada en forma tácita o presuntiva pues aquel no puede ver cambiada la persona de su deudor sin haber manifestado categóricamente su consentimiento (STS de 25 Enero 1.999 y 26 abril 1.993) Al hilo de esa jurisprudencia, la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales afirma que si la deuda reviste contractualmente carácter solidario y además al contratar lo fue bajo el régimen de gananciales, las posteriores modificaciones o liquidación del régimen económico en nada afecta a la acción del acreedor (art. 1317 CC) y aun conociendo la existencia del pacto por el cual se asuma en su integridad la deuda, tampoco el acreedor pierde el derecho a reclamar frente todos o cualquiera de los deudores solidarios, según lo establecido en el art. 1144 del Código Civil, en tanto no se preste expreso consentimiento por el acreedor admitiendo la novación subjetiva de la deuda, conforme establece el art. 1205 del Código Civil (SAP Vitoria, sección 1, de 29 junio 2012, SAP Barcelona, sección 12, de 7 marzo 2000, etc.).

En relación con la cuestión relativa al valor, eficacia y ejecutividad de la cláusula en el ámbito interno de los codeudores solidarios, respecto de lo cual habrá que estar y pasar por los términos del acuerdo suscrito por los codeudores solidarios, será necesario determinar si nos encontramos ante una simple obligación de medios o de actividad o una obligación de resultado. Al respecto, en el Auto JPI nº 24 de Madrid, nº 87/2019, de fecha 25 de marzo de 2019, recaído en ejecución forzosa nº 40/2018, se dice: “(...) es frecuente en la praxis judicial que las partes, al liquidar la sociedad de gananciales o extinguir un pro indiviso sobre un bien inmueble, establezcan la obligación de que el adjudicatario de ese bien inmueble, si está gravado con hipoteca, no sólo asuma el pago íntegro del capital pendiente y sus intereses y con ello la obligación de pago futuro de las cuotas de amortización pendientes hasta el completo pago y cancelación del préstamo, sino también la de extinguir legalmente la obligación del cónyuge no adjudicatario del bien inmueble gravado con la hipoteca de continuar abonando la parte que le corresponda del préstamo (normalmente concertado con carácter solidario entre los codeudores). La razón de ser de este tipo de pactos no es otro que el de evitar los desfavorables efectos que para el codeudor hipotecario derivan del hecho de ser formalmente codeudor

solidario de un crédito hipotecario, aunque materialmente, a efectos prácticos, haya dejado de sería por asumir el otro codeudor el pago íntegro de la obligación hipotecaria hasta su cancelación: disminución de su capacidad de endeudamiento por la extrema dificultad en conseguir financiación de cualquier entidad bancaria en tanto siga siendo deudor hipotecario; posibilidad de que le sea reclamado por la entidad bancaria el pago de los vencimientos de la hipoteca en caso de retraso en el pago de la misma por parte del codeudor que asumió el pago, y, por último, su posible inclusión en listas de morosos.

La extinción de la obligación del cónyuge no adjudicatario del bien inmueble respecto de la hipoteca o, lo que es lo mismo, la pérdida de la condición de deudor hipotecario de aquel, puede lograrse por dos vías.

Bien a través de una novación subjetiva de la obligación hipotecaria, en virtud de la cual, con el consentimiento del acreedor hipotecario, el no adjudicatario de la propiedad del bien hipotecado es sustituido por el otro codeudor o por un tercero.

Bien mediante la cancelación anticipada del préstamo hipotecario en que es codeudora la parte no adjudicataria del bien con cargo a otro préstamo hipotecario concedido exclusivamente al propietario exclusivo del bien inmueble de que se trate.

En el caso de establecerse la obligación de llevar a cabo una novación subjetiva del préstamo hipotecario en los términos señalados, se está configurando una obligación de hacer de carácter personalísimo, pero, en la medida en que para hacer posible el cumplimiento de la obligación es necesario contar con el consentimiento del acreedor hipotecario, tal como exige el artículo 1205 del Código civil (y el 118 de la Ley Hipotecaria para el pacto de subrogación del comprador en la posición de deudor hipotecario del vendedor en caso de venta de la finca hipotecada), se tratará de una obligación de hacer personalísimo en que el objeto de la obligación consiste en un deber de prestación de medios o de actividad, esto es, en realizar una actividad o una serie de actos tendentes a lograr un determinado resultado, no en el logro del resultado mismo, porque la consecución de este último no depende únicamente de la voluntad del obligado. Se tratará por tanto de una obligación de medios, no de resultados y sólo podrá considerarse incumplida en caso de que el deudor no haya realizado todos los trámites oportunos para conseguir la novación subjetiva de la obligación para la sustitución del deudor hipotecario. Y, en caso de acreditarse haber llevado a efecto el deudor todos esos trámites necesarios para la novación, sin conseguirlo, por oponerse a ella el acreedor hipotecario, por las razones que fuere, habrá de estimarse cumplida la obligación por el deudor, conforme a las prescripciones contenidas en el artículo 1184 del CC., a cuyo tenor "también quedará liberado el deudor en las prestaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible", sin que pueda derivarse para el

deudor consecuencia desfavorable alguna, al estar constituida la obligación como una obligación de hacer personalísimo de ejecución imposible sin el concurso de un tercero cuyo consentimiento se ha intentado, sin éxito, obtener.”

Al respecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 11 de marzo, resolución nº 59/2014, recurso 133/2013, ponente Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón (ROJ: AAP B 241/2014), señala:

“ (...) la obligación de hacer invocada en la demanda de ejecución de sentencia de divorcio, relativa a conseguir el ejecutado la novación subjetiva o subrogación de la carga hipotecaria que afecta a la vivienda familiar, cuya mitad le fue transmitida en convenio regulador de divorcio, con reflejo en el Registro de la Propiedad, no depende de la voluntad única del ejecutado, pues tratándose de novación subjetiva por cambio de la persona del deudor hipotecario, necesita del consentimiento de la entidad crediticia, a tenor de las prescripciones del artículo 1205 del Código Civil.”

Pero, si para lograr esa cancelación anticipada de la hipoteca, el obligado a hacerlo se compromete a obtener un nuevo préstamo hipotecario, esta obligación, a su vez, puede configurarse por las partes como una obligación de medios o una obligación de resultado, y, de haberse constituido como obligación de resultado su cumplimiento será exigible como obligación de hacer personalísimo en los términos prevenidos en el artículo 709 de la LEC.

Se aprueba por unanimidad

CONCLUSIÓN 10ª: ACUMULACIONES. La viabilidad de la acumulación de ejecuciones dinerarias derivadas de distintos títulos ejecutivos del mismo o diferentes juzgados, con especial referencia los supuestos de modificación de medidas dictadas por juzgado distinto del que conoció de la modificación (caso Juzgado Violencia de Género y Juzgado de 1ª instancia o Familia) y de medidas definitivas dictadas por juzgado distinto de aquel que conoció de las medidas provisionales previas.

Es viable la acumulación de ejecuciones provenientes de distintos títulos desde su inicio toda vez que tal posibilidad no está prohibida expresamente en la LEC. La acumulación de ejecuciones pendientes ante el mismo juzgado procederá en los términos establecidos en el

artículo 555 de la LEC. Por tanto, también ha de ser posible en el caso de títulos de distintos juzgados (modificación de medidas dictadas por otro Juzgado, Juzgado Violencia de Género y Juzgado de 1ª instancia o Familia) y de medidas definitivas dictadas por juzgado distinto de aquel que conoció de las medidas provisionales previas. Esta propuesta se basa en la necesidad de que se modifique el principio dispositivo en los supuestos de procesos de ejecución que se sigan frente al mismo ejecutado, para que, en los supuestos de ejecución forzosa de obligaciones económicas respecto de menores o discapacitados, pueda efectuarse la acumulación incluso de oficio.

Se pone de manifiesto la necesidad de una reforma legal contemplando un proceso de ejecución específico para los asuntos del Derecho de Familia, incluso regulando una especie de Derecho Concursal de Familia.

JUSTIFICACIÓN:

Según la doctrina más reiterada en las Audiencias Provinciales, la acumulación de ejecuciones que provienen de distintos títulos desde el inicio no está prevista en la LEC, pero ello no equivale a que esté prohibido, pues es principio general que todo aquello que no está prohibido debe considerarse permitido, salvo que la prohibición resulte de principios jurídicos comúnmente admitidos. Es más, tratándose del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, tal principio se formula en el llamado principio "pro actionis". Esto es, que las normas procesales deben aplicarse e interpretarse del modo más favorable a la efectividad de la acción o pretensión ejercitada. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que una resolución de inadmisión satisface el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que se funde en una causa legalmente prevista y que, además, se aplique de forma razonable y no arbitraria, en caso contrario, se vulneraría el art. 24.1 CE. Por tanto, no resulta razonable negar la viabilidad de una acumulación de acciones ejecutivas en la misma demanda ejecutiva cuando las pretensiones ejecutivas que ejercita el ejecutante se dirigen contra el mismo ejecutado siempre que se trata de acciones o pretensiones ejecutivas que no se excluyan o resulten incompatibles

entre sí (AAP Córdoba 21/06/2016 y AAP Barcelona de 8/04/ 2014 y 17/07/2018).

Se aprueba por unanimidad

CONCLUSIÓN 11^a. Sobre la ejecución forzosa de la obligación de pago de la hipoteca de la vivienda familiar y en general de obligaciones pecuniarias cuyo acreedor es un tercero (colegio de los niños, hospitales, seguros médicos)

Se asumen y ratifican las Conclusiones 4^a y 5^a aprobadas en el plenario del Taller 2 del Encuentro jueces y abogados de familia de 2015, que señalaban:

4^a.- Los pactos incluidos en un convenio regulador que establezcan la obligación de pago por mitad, o en otra cuota parte, de la hipoteca que grava la vivienda familiar común, son ejecutables, una vez aprobados, por la vía de apremio en los términos convenidos.

5^a.- En los procesos de familia contenciosos el juez debe pronunciarse sobre el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar común, sin modificar el título constitutivo.

En caso de incumplimiento de su obligación de pago por un cónyuge o progenitor, el que, además de satisfacer su parte, hubiere anticipado el pago de la parte correspondiente al otro podrá repetir contra él, en vía de apremio, en la propia ejecución de sentencia.

Se puede acordar, incluso de oficio, como medida para garantizar el derecho de uso de los menores, para el supuesto de ejecución hipotecaria por impago por un cónyuge o progenitor de la cuota hipotecaria que le corresponde para la amortización mensual de la misma, y la subsiguiente salida del inmueble por parte de los hijos por lanzamiento, un incremento automático de la pensión alimenticia establecida, que se hará efectivo a partir de la fecha del desalojo de la vivienda familiar por parte de aquellos

JUSTIFICACIÓN: Considerada la obligación de pago de la hipoteca como una obligación pecuniaria (por lo que se excluye su naturaleza obligación de

hacer y por tanto requerir exclusivamente que el otro cumpla la obligación) y teniendo en cuenta el alcance de su impago sobre el derechos de los menores al uso de la vivienda, si se ejecutara la hipoteca por el Banco, en la resolución judicial contenciosa o en el convenio regulador aprobado judicialmente se puede incluir una garantía (artículo 103.3º CC), a adoptar incluso de oficio, en caso de impago de la hipoteca por el progenitor deudor hipotecario consistente en el incremento de la pensión alimenticia en una cantidad determinada.

MR.2 PROPUESTA 2. En el caso de ejecución forzosa de obligaciones pecuniarias cuyo acreedor es un tercero como colegio, hospitales, seguros médicos se puede exigir su abono al deudor según se establezca su abono en el título judicial y según su naturaleza de pensión de alimentos , ordinaria o extraordinaria si bien en este caso no rige la limitación que el TS establece para la hipoteca de no modificar el título constitutivo . Puede seguirse el mismo razonamiento que para la ejecución de la hipoteca sobre la necesidad de pronunciamiento en sentencia y su posibilidad de reembolso .

JUSTIFICACIÓN. Si se infringe lo pactado o acordado abonando algún progenitor lo que corresponde al otro nos encontramos con el mismo problema de la hipoteca . Las vicisitudes del impago de la obligación pecuniaria serán las que se observen con carácter general para el impago de la pensión de alimentos de los hijos.

Se aprueba con 20 votos a favor y 10 en contra.

CONCLUSIÓN 12: ABUSO DE DERECHO:

Han de considerarse admisibles como causas de oposición a la ejecución aducibles por el ejecutado otros motivos distintos de las causas tasadas legalmente, porque de no admitirse, se podrían sancionar judicialmente como válidas actuaciones de la parte ejecutante incursas en un abuso de derecho, contrarias a la buena fe y/o constitutivas de un enriquecimiento injusto del artículo 7.2 del CC y 11.2 de la LOPJ .

Estos motivos se sustentan en hechos concretos y fácilmente constatables, con prueba suficiente, que desvirtúan la pretensión de ejecución de la medida en cuestión porque los hechos tenidos en cuenta para adoptarla han desaparecido o se han modificado; esos hechos, de naturaleza meramente interpretativa o integradora de la medida objeto de ejecución, pueden determinar la ineficacia o insuficiencia sobrevenida del título por inexigibilidad de la obligación, o, inclusive, la nulidad sobrevenida del título

al amparo del art. 559.1, 3º LEC .

JUSTIFICACIÓN: Solo en supuestos extraordinarios se deben admitir tales causas de oposición como por ejemplo :que la pareja haya reanudado la convivencia sin comunicar al juzgado y luego reclama ese periodo , haber alcanzado la alimentista una mejora en sus condiciones de vida que hace innecesaria la prestación por cuanto que no convive con la ejecutante por estar trabajando y con sus propios ingresos con acceso al mercado laboral y/o con independencia económica o personal , que el alimentista es acogido en casa del ejecutado, el cambio de guarda y custodia del alimentista,el beneficiario de pensión compensatoria que reclama mensualidades tras contraer matrimonio .

Dado que el TS tiene determinada la irretroactividad de las resoluciones salvo la primera resolución a la fecha de la demanda, y los alimentos consumidos no son objeto de devolución ,en tanto que no se generalice el debate del abuso del derecho en fase declarativa en la modificación de las medidas , la interposición del procedimiento de modificación de medidas para extinguir alimentos o pensiones compensatorias acarrea un perjuicio económico al deudor que solo puede evitarse a través de la admisión de la teoría abuso del derecho en fase de ejecución . Ya el TS por ejemplo en ST del Pleno de 18/7/2018 establece el efecto retroactivo de la extinción de la pensión compensatoria al momento de producirse el matrimonio .

Se aprueba por unanimidad

CONCLUSIÓN 13ª. COMPENSACIÓN.

Como regla general en el proceso de ejecución de sentencia seguido por impago de pensiones alimenticias no cabe que el alimentante o deudor alegue la compensación.

JUSTIFICACIÓN : En base a lo dispuesto en los artículos 151 ,1195, 1196 y 1200 del CC y artículo 556.1 LEC por cuanto que las causas de oposición son tasadas y la doctrina del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 23-09-2015, nº 529/2015, rec. 1420/2014 "Se alega como indebida la compensación que se efectúa en la sentencia recurrida de los alimentos a los menores con los gastos de viaje del padre. Del simple tenor del art. 151 en relación con el art. 1200. 2,

ambos del C. Civil, queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los ex- cónyuges”.

En relación con algunos supuestos controvertidos que pueden presentarse, se aprueban las conclusiones siguientes:

A) COMPENSACION POR GASTOS EXTRAORDINARIOS .

CONCLUSIÓN: No cabe la compensación alegada por el ejecutado por gastos extraordinarios que habiendo sido abonados por él no estaban determinados en el título judicial pero podría invocarse en caso de gastos extraordinarios determinados por el artículo 776 .4º de la LEC.

JUSTIFICACIÓN Los alimentos extraordinarios participan de la misma naturaleza de los alimentos ordinarios pero dado que la compensación exige el análisis de un título distinto de la propia ejecutoria, sin conexión objetiva con ella, y un pronunciamiento implícito del Tribunal acerca de la liquidez y ejecutividad de aquel otro título, el TS entiende que la compensación es un modo de extinguir las obligaciones en la cantidad concurrente y la asimila al pago por lo menos en los casos de la compensación legal cuando concurren los requisitos del artículo 1196 del CC que se basaría en un crédito recogido en un título ejecutivo posterior (a través del procedimiento del 776.4º) .

B) POR ECONOMIA PROCESAL

CONCLUSIÓN: La compensación de las cantidades adeudadas por el ejecutado con las adeudadas asimismo por el ejecutante en momentos anteriores, todas ellas en concepto de alimentos de los hijos y a consecuencia o derivados del procedimientos sucesivos (medidas urgentes, provisionales y divorcio y que consistían en la fijación de una pensión alimenticia a abonar por el padre, hasta el dictado de la sentencia que establecía otra cantidad pero a abonar por la madre.

JUSTIFICACIÓN: El razonamiento que ofrece la AP de Cadiz, sec. 5ª, A 25-01-2017, nº 14/2017, rec. 854/2016: Así se evita que con la ejecución se produzca una situación injusta (que no tiene que ser de enriquecimiento injusto o abuso de derecho) y/o evitar del mismo modo que para la ejecución en familia de los gastos de hipoteca para los que existen grandes defensores, en virtud del principio de economía procesal evitar gastos innecesarios y tener que acudir a un declarativo porque en ejecución el que paga de mas no tiene título o para dar mayor flexibilidad en los proceso ejecutivos del derecho de familia.

C) COMPENSACION O DESCUENTO POR ABUSO DE DERECHO

CONCLUSIÓN: En casos controvertidos como cuando el ejecutado haya hecho frente directamente a gastos que deban ser incluidos en los alimentos ordinarios que en principio fueran a cargo del otro progenitor como, por ejemplo, cuando se adquiere ropa, o se pagan gastos, aun necesarios, de los menores, o si se ha negado al pago la parte ejecutante como por ejemplo la mensualidad del colegio o al seguro medico computado en la pensión de alimentos no cabe alegar compensación, pero si se puede deducir o descontar el importe de la cuantía de pensión alimenticia por la teoría del abuso del derecho .

JUSTIFICAC: En estos supuestos concretos nos encontramos con una situación en la que la pasividad del acreedor en la administración del patrimonio del alimentista genera un daño al deudor que puede verse en la tesitura de afrontar gastos incluidos en la pensión alimenticia por lo que no puede hablarse de compensación pero sí de descuento para evitar un abuso en el ejercicio del derecho a la tutela judicial por la parte ejecutante que de otra manera debería acudir a otro procedimiento para reclamar aquello que ha pagado por otro, al carecer de título para hacerlo en la propia ejecución.

Se aprueba por amplia mayoría, con 4 votos en contra.

CONCLUSIÓN 14ª. La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer de carácter personalísimo. Régimen de visitas.

El párrafo 3º del artículo 776 LEC contempla una medida de ejecución forzosa de las obligaciones de hacer de carácter personalísimo como son las contenidas en el régimen de visitas fijado en sentencia; dicho precepto contiene una sanción al progenitor incumplidor del régimen de visitas que se aprecia insuficiente para evitar que tenga lugar una conducta que afecta al menor en un derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los derechos o deseos de los progenitores, sino principalmente, y casi exclusivamente, cubrir sus necesidades afectivas y educacionales en aras a su desarrollo armónico y equilibrado.

En caso de no ser contrario al interés del menor y en aras los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva, sería conveniente añadir en dicho precepto una previsión que ya se contempló en el Real Decreto-ley 16/20, de 28 de abril, sobre medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia; de forma que sea factible, en supuestos de dolo o negligencia del progenitor guardador, además de modificar cautelarmente el sistema de custodia ante el incumplimiento reiterado del

régimen de visitas, la posibilidad de restablecer, recuperar o resarcir el periodo de relaciones perdido, con cargo a los días que le corresponden al progenitor custodio que ha imposibilitado la relación, siempre y cuando se considere que se trata de una medida adecuada, proporcional y equilibrada para lograr el efectivo cumplimiento de la obligación en beneficio del menor.

JUSTIFICACIÓN.

Ambos progenitores han de colaborar para que se dé cumplimiento al régimen de relaciones que ha sido fijado, cada vez más pormenorizadamente en los convenios reguladores y en las resoluciones judiciales, debiendo al ser obligaciones personalísimas, observar la diligencia exigible como deudores que en el cumplimiento de la obligación impone el artículo 1104 del Código Civil.

La naturaleza de la obligación permite en caso de ejecución forzosa de la misma y al amparo también del artículo 158 del C.C. que puede fundamentar en atención al principio de “interés superior del menor” todo tipo de procesos, tanto declarativos como de ejecución; modificar de forma cautelar el régimen de custodia a expensas de que se inste un procedimiento de modificación de medidas y también un reequilibrio de las visitas que no se cumplieron por la falta de colaboración del otro progenitor en favor del progenitor cumplidor, para que la obligación de hacer quede efectivamente cumplida que es lo que realmente se pretende en la ejecución. Ejecución que en la actualidad se regula en el citado artículo 776 LEC y en el 709 del mismo cuerpo legal, ambos insuficientes para ejecutar el derecho-deber que es la obligación de hacer personalísima configurada en el artículo 94 CC.

La solución propuesta tiene también amparo en lo preceptuado en el artículo 18-2 LOPJ, donde se establece que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, y si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria.

Esta solución ha sido considerada plausible por los AAAP de Madrid Secc. 22ª, 340/2012, 05/11/2012 Recurso: 1433/2011, Ponente Dª. Carmen Neira Vázquez, Roj: AAP M 17361/2012 - ECLI:ES:APM:2012:17361A (no lo admite al no quedar acreditado el incumplimiento cierto, incontestable y voluntario del régimen de visitas sino a una serie de malentendidos), y 12/2010, de 15/01/2010, Recurso: 908/2009, Ponente Dª. Carmen Neira Vázquez, Roj: AAP M 1262/2010 - ECLI:ES:APM:2010:1262ª (la desestima al no haberse cumplido el régimen de visitas como consecuencia de problemas médicos de la menor) y 28/2011, de 27-1-2011, Recurso 1264/2009, Ponente D. José Ángel Chamorro Valdés, Roj: AAP M 562/2011 - ECLI:ES:APM:2011:562A (la admite dada la actitud obstaculizadora del progenitor guardador).

Se aprueba por unanimidad

CONCLUSIÓN 15ª. Sobre la apreciación de la cuestión prejudicial civil de un proceso declarativo en un proceso de ejecución por obligaciones dinerarias. Su admisibilidad o inadmisibilidad.

Con carácter general, no es admisible la posibilidad de suspender el proceso de ejecución forzosa de obligaciones dinerarias al apreciarse una cuestión prejudicial civil, esto es, que esté pendiente de resolverse un procedimiento de modificación de medidas (normalmente ante el mismo Juzgado en aplicación del artículo 775.1 LEC) acordadas en sentencia de separación, divorcio, relaciones paterno filiales o también de modificación de medidas de los anteriores, en los que se han adoptado medidas relativas a una obligación de abonar pensiones tanto alimenticias como compensatoria o en su caso la indemnización del 1428 del Código Civil. Cuyo incumplimiento daría lugar a la ejecución.

El planteamiento de suspender el proceso de ejecución dineraria en atención a una cuestión prejudicial civil no cabe si no tacharlo de técnica procesal dilatoria, pues al no estar regulado específicamente como la prejudicialidad penal, se utilizaría el artículo 564 LEC por la parte ejecutada sin alegar motivos formales ni de fondo distintos a los tasados para el procedimiento ejecutivo que puedan sustentarse mínimamente en Derecho y todo ello con el único propósito de solicitar la suspensión y defraudar así la naturaleza ejecutiva del título judicial.

Sin embargo,. Excepcionalmente, la pendencia de un proceso civil, normalmente de modificación de medidas, puede causar prejudicialidad civil en un proceso de ejecución en que se reclamen atrasos de pensiones cuando el pronunciamiento que pueda adoptarse en el proceso declarativo afecte a la cuestión que debe resolverse en la oposición a la ejecución.

JUSTIFICACIÓN:

De los preceptos contenidos en el Capítulo V, Título III, Libro III de la LEC referentes a la suspensión de la ejecución, la posibilidad de suspender el desarrollo de la ejecución se presenta como una opción tasada y excepcional debiendo sustanciarse dentro del procedimiento ejecutivo cualquier tipo de prejudicialidad civil. Esto se infiere de sus artículos 565, 561 y 564.

El artículo 565.1 de la LEC es claro al configurar la suspensión de la ejecución como una eventualidad procesal de carácter excepcional de tal modo que, una vez despachada la ejecución, ésta debe seguir su curso mientras no surja alguno de los supuestos a los cuales la Ley atribuye expresamente el efecto de suspender la actividad ejecutiva. La actual regulación debe hacernos inferir que la aparición de una cuestión prejudicial civil en fase ejecutiva solo puede resolverse de manera no devolutiva a no ser que medie acuerdo entre las partes, 562.5 de la LEC. De lo contrario en fase de ejecución forzosa se estaría promoviendo un fraude de ley conculcando gravemente derechos fundamentales tales como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento sin dilaciones indebidas ya que nada impediría a la parte ejecutada plantear nuevos procesos

declarativos en virtud del artículo 564 de la LEC para posteriormente plantear la suspensión por prejudicialidad civil en posteriores ocasiones una vez adquirida firmeza el proceso declarativo todo ello un número ilimitado de veces de manera que fuera imposible en la práctica la ejecución del título judicial.

Sin embargo, excepcionalmente, puede admitirse la prejudicialidad civil del proceso declarativo en el proceso de ejecución por obligaciones dinerarias cuando el juez del proceso de ejecución compruebe que, efectivamente, de estimarse algunas de las pretensiones deducidas en el proceso declarativo, ello podría afectar a la resolución del proceso de ejecución. Para suspender la ejecución en tales casos el juez tendrá en cuenta especialmente que la conducta de la parte ejecutada que solicite la suspensión por prejudicialidad no sea constitutiva de abuso de derecho por pretender dilatar sin más el proceso de ejecución, y, además, que haya prueba indiciaria de que puede prosperar en el proceso declarativo la pretensión que acabaría afectando al proceso de ejecución. Así, por ejemplo, si en un proceso de modificación de medidas se solicita la extinción de la pensión alimenticia por haber contraído matrimonio el alimentista mayor de edad o por falta de convivencia del alimentista con el progenitor acreedor de la pensión, con eficacia retrotraía a la fecha en que se produjo el hecho (matrimonio o cese de convivencia), es claro que la estimación de esa pretensión afectaría a un proceso de ejecución en que se reclamaran pensiones alimenticias devengadas en el periodo afectado por la pretensión de extinción. Y otro tanto cabe decir de los supuestos de reclamación de pensiones compensatorias atrasadas si está pendiente un proceso de modificación de medidas en que se pretende la extinción de la pensión por matrimonio del/la beneficiario/a con efectos retrotraídos a la fecha del matrimonio o de la presentación de la demanda modificativa.

Se aprueba por holgada mayoría, con 13 votos en contra.

CONCLUSIÓN 16ª. La ejecución forzosa de la obligación de no hacer en caso de traslado de domicilio de un menor sin consentimiento de un progenitor ni autorización judicial.

En el caso de que un progenitor traslade de domicilio al menor sin consentimiento del otro progenitor ni autorización judicial nos encontramos ante un incumplimiento de la obligación de ejercer de forma conjunta la patria potestad sobre el hijo común impuesta por el artículo 154 del Cc.. Obligación legal que ha podido ser también ratificada en una resolución judicial ya sea como medida provisional o definitiva. En el caso de que se haya dictado sentencia o auto en que se haya establecido el ejercicio conjunto de la patria potestad, el incumplimiento de esa obligación puede dar lugar a que se presente una demanda ejecutiva en que se pida la ejecución forzosa de la medida referida al ejercicio conjunto de la patria potestad, a cuyo fin será requerido el incumplidor conforme

al artículo 710 LEC., para que retorne al menor a su anterior domicilio, en un breve plazo que se fijará según las condiciones de tiempo y lugar que se aprecien en el caso concreto.

JUSTIFICACIÓN:

Las obligaciones de los progenitores para con sus hijos menores de edad derivadas de la titularidad y ejercicio de la patria potestad que se recogen en los artículos 154 y 156 del C.C. han de ser cumplidas por ambos progenitores, que tienen, además, el deber de colaborar mutuamente en interés y beneficio de sus hijos. La obligación de decidir conjuntamente el lugar de residencia de los hijos es una obligación personal cuyo incumplimiento una vez dictada resolución judicial puede ser exigido forzosamente. En el caso de que ya se haya actuado por vía de hecho habrá de iniciarse la ejecución forzosa con arreglo al artículo 710 de la LEC, debiendo requerirse al progenitor incumplidor para que deshaga lo mal hecho. Y que puede en caso de reiterado incumplimiento ser fundamentación de la privación de la patria potestad al amparo del artículo 170 CC y de la modificación de la guarda y custodia ex artículo 776.3 LEC.

Se aprueba por unanimidad.

PONENCIA 2ª. CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS REGLAMENTOS UE 2016/1103 Y 2016/1104.

CONCLUSIÓN 17ª. Aplicación del art. 5 del reglamento 2016/1103

El Reglamento en el art. 5 no dice expresamente que el proceso de divorcio tenga que estar pendiente como requisito para que se vinculen las dos cuestiones (matrimonio y régimen económico), lo que da lugar a resoluciones confusas como el auto del Juzgado de primera instancia de O Carballino de 6 de abril de 2021.

En este caso, el juez se declara incompetente para liquidar la sociedad de gananciales de una pareja porque se divorciaron en Alemania. Según el tribunal, el Juez del divorcio es el competente para la liquidación del régimen de manera imperativa por el art. 5 del Reglamento 2016/1103.

Aunque el art. 5 no lo menciona de manera expresa, para que el art. 5 sea una competencia imperativa, el procedimiento de divorcio tiene que

estar pendiente. Así lo recogen los Considerandos 34 y 35 del Reglamento.

El Reglamento podría prever la cuestión temporal en el art. 5 y no solo en los considerandos.

JUSTIFICACIÓN:

Esta lectura completa que incluye los considerandos ha sido realizada por la AP de Ourense en su Auto de 7 de octubre de 2021 (Secc. 1ª, resoluc. : 143/2021 Número Recurso: 503/2021, ROJ Num: AAP OU 595/2021, Ecli: ES:APOU:2021:595ª), donde corrige el Auto de primera instancia de O Carballino donde se abstenía de conocer y se declara la competencia de los tribunales españoles para la liquidación del régimen económico matrimonial, dado que la sentencia de divorcio alemana se dictó hace 11 años.

Señala el Auto de la AP: “Para la aplicación del criterio general de acumulación del art. 5.1 es preciso que, al plantearse la cuestión relativa al régimen económico matrimonial, exista un procedimiento pendiente ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se pretende acumular”.

El art. 807 de la LEC es una norma de competencia funcional que no puede ser utilizada ni para atribuir competencia al juez español ni para arrebatarla y en ocasiones puede generar confusión si se trata como una norma de competencia judicial internacional.

Aprobada por unanimidad

CONCLUSIÓN 18ª. Sobre la falta de prueba del derecho extranjero: ¿puede implicar que se aplique el régimen económico matrimonial previsto en la legislación española?

Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero deberían de estar definidas.

La ley aplicable al régimen económico matrimonial y a las capitulaciones matrimoniales es la que señale el art. 9.2 Cc o el Reglamento 2016/1103, dependiendo de la fecha de celebración del matrimonio.

En ocasiones la ley aplicable es un derecho extranjero y el derecho extranjero tiene que ser probado y, en casos excepcionales, si no se puede acreditar su contenido, podrá aplicarse el derecho español, tal y como señala el art. 33 LCJIMC.

El régimen económico matrimonial es una materia que, como otras muchas, conjuga mal con el art. 33 LCJIMC.

La SAP de Madrid, Sección 24^a, de 30 de septiembre de 2021, Sentencia 843/2021, Recurso: 1097/2019, ROJ: SAP M 9947:2021, Ecli: ES:APM:2021:9947, resuelve un recurso de un proceso de formación de inventario de dos nacionales marroquíes.

La AP señala la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia con retroacción de los autos al momento de admisión de la demanda para que se proceda a su archivo dado que no se ha probado el régimen de gananciales y la ley nacional de las partes prevé separación de bienes.

JUSTIFICACIÓN:

Si las partes solicitan la liquidación pero no se ha probado que el régimen económico sea el de gananciales, la inadmisión de la demanda no genera indefensión.

Si se aplicara el art. 33 LCJIMC y, en defecto de acreditación del derecho extranjero, se sustituyera éste por el derecho español, bastaría con no probar el derecho marroquí para convertir la norma de conflicto en dispositiva a pesar de la claridad del art. 12.6 Cc: *“Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”*.

Esto permitiría aplicar, por la mera voluntad de las partes a través de su inactividad procesal, un régimen económico matrimonial distinto al que tienen, con todas las consecuencias que esto pueda acarrear.

Por tanto, independientemente del derecho extranjero, lo que falta para que se pueda proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, es la prueba de que esta existe como presupuesto previo del proceso de liquidación.

Aprobada por unanimidad

CONCLUSIÓN 19^a. Sobre la ley aplicable a la compensación por trabajo para la casa del art. 1438 del Cc. español o figuras afines recogidas en la correspondiente legislación civil aplicable de los territorios con derecho civil o foral propio.

La compensación por trabajo se regula por la ley aplicable al régimen económico matrimonial pero ¿cómo se interpreta?

Por el mero hecho de tener separación de bienes, ¿ya se contempla la compensación por trabajo de acuerdo a los parámetros de derecho español o hay que aplicar el derecho extranjero y solo concederla si está previsto en ese derecho y con las circunstancias previstas en el mismo?

Supongamos el caso de dos nacionales extranjeros residentes en España que tienen separación de bienes conforme a su ley nacional y se divorcian en nuestro país. ¿La compensación por trabajo se tiene que conceder por el hecho de tener separación de bienes o hay que aplicar la ley extranjera en su conjunto y por tanto conceder la compensación si esta ley lo prevé y si no, no?

JUSTIFICACIÓN:

En principio, el respeto a la aplicación del derecho extranjero exigiría que la compensación por trabajo se concediera únicamente si está prevista en la ley que se aplica al régimen económico matrimonial. No parece ser una norma imperativa ni de protección que se aplique si no lo prevé la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

No obstante, puede haber situaciones especiales cuando se aplican dos leyes distintas, a la pensión compensatoria y a la compensación por trabajo, que produjeran un resultado injusto debido al problema de la inadaptación y requirieran una respuesta materialmente orientada por el resultado.

Aprobada por unanimidad

CONCLUSIÓN 20^a. Sobre la ley aplicable para la determinación del momento de extinción del régimen económico matrimonial.

Puede plantear dudas el momento de extinción del régimen económico matrimonial (a la fecha de la separación de hecho, a la fecha de presentación de la demanda, a la fecha de la sentencia...)

¿Se decide el momento de extinción del régimen económico matrimonial conforme a ley aplicable a la separación/divorcio ya que es un efecto del mismo (Reglamento 1259/2010) o conforme a la ley aplicable al régimen económico matrimonial (Reglamento 2016/1103)?

La ley del divorcio y del régimen económico no tienen por qué coincidir y es necesario tener claro cuál de las dos se va a aplicar para conocer la fecha en la que se considera disuelto el régimen económico matrimonial.

La sentencia de la AP de Barcelona, Secc. 18ª, de 2 de marzo de 2022, resoluc.113/2022, recurso: 751/2021, ROJ: SAP B 2412/2022, Ecli: ES:APB:2022:2412, pone de manifiesto la existencia de ambas legislaciones.

Por un lado, señala: *Conforme al art. 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 (...) esta fijación de ley aplicable alcanza a la declaración de la liquidación del régimen, como efecto mismo del divorcio.*

Por otro, decide que es la ley argentina, aplicable al régimen económico matrimonial, la que va a regular la fecha de efectividad y de liquidación.

JUSTIFICACIÓN:

El artículo 1.e) del 12 Reglamento 1259/2010 (ley aplicable al divorcio) excluye de su ámbito de aplicación las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales por lo que parece que la ley aplicable al momento de la liquidación es la que regula el régimen económico matrimonial.

Por su parte, el Reglamento 2016/1103 en su art. 27 e) señala que la ley aplicable al régimen económico matrimonial regulará “la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio”.

De nuevo, podría surgir alguna inadaptación cuando la ley del divorcio no sea la misma que regule el régimen económico matrimonial y el contenido de ambas sea diferente.

Aprobada por unanimidad

CONCLUSIÓN 21ª. Sobre la extinción del condominio.

Se plantean dudas, que sería conveniente aclarar, acerca de si puede decidir el Juez español en un procedimiento de divorcio en base al art. 5 del Reglamento 2016/1103 sobre la extinción del condominio de bienes inmuebles ubicados en territorio extranjero.

Desde el punto de vista de la Ley aplicable, el Reglamento deja claro que todos los bienes, estén donde estén, se regulan por la ley que señala el Reglamento. Así lo recoge el art. 21 del Reglamento 2016/1103. El considerando 43 contiene la misma previsión.

Se plantea la cuestión de si este principio de universalidad se aplica a la competencia judicial internacional. En principio la coherencia del resultado, la seguridad jurídica y la no fragmentación del régimen económico matrimonial hacen que la interpretación conveniente sea que el Juez resuelva sobre la totalidad de los bienes del matrimonio, estén donde estén, cuando conozca de la liquidación.

JUSTIFICACIÓN:

Algunas sentencias tratan este tema con soluciones distintas.

Si el inmueble está en España y son competentes los tribunales españoles para conocer del divorcio, parece claro que también lo son para conocer de la extinción del condominio y que, si se dan las condiciones, es de aplicación el art. 437.4.4º LEC, sin olvidar que el art.

437.4.4º LEC es una norma de competencia funcional y no internacional.

La AP de Barcelona, Sec. 12ª, ha señalado en el Auto de 18 de junio de 2021, resoluc.: 256/2021, recurso: 442/2021, ROJ: AAP B 5125/2021, Ecli: ES:APB:2021:5125ª (cuando aún era de aplicación el Reglamento 1215/2012 a Reino Unido) que los tribunales españoles no tienen competencia para conocer de la disolución del condominio de un inmueble ubicado en Londres, por ser una acción real y no ser de aplicación el Reglamento 2016/1103.

Sin embargo, la AP de Barcelona, Secc. 18ª, en Sentencia de 9 de noviembre de 2021, resolución 679/2021, recurso 446/2021, ROJ: SAP B 13403/2021, Ecli: ES:APB:2021:13403, se declara competente para la extinción del condominio de un inmueble ubicado en Bolivia. Es necesario aclarar la calificación de la extinción del condominio en supuestos vinculados al divorcio y el régimen aplicable dependiendo de la ubicación del inmueble. Igualmente cabe citar el AP de Madrid, sección 31ª, número 143/2022, recurso de apelación 489/2022, en que se declara competente el tribunal español estando el inmueble en EEUU.

Se aprueba por unanimidad

CONCLUSIÓN 22ª. Sobre el ámbito material de aplicación del Reglamento 2016/1104

El artículo 3 del Reglamento dice:

1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

a) «unión registrada»: régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación.

Aunque no hay opinión unánime en la doctrina, creemos que debe interpretarse que solo entran en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1104 las parejas estables para cuya existencia es requisito constitutivo el registro, es decir, que quedan fuera de su ámbito las uniones cuya existencia puede venir impuesta ope legis por convivencia. Además, siendo los efectos patrimoniales de la unión registrada una cuestión civil, solo entran en el ámbito de aplicación las parejas que, de acuerdo con la legislación de creación, tengan efectos civiles, y no solo administrativos, fiscales o laborales.

JUSTIFICACIÓN:

En España no tenemos uniones registradas según la legislación civil común, y solo existen las parejas constituidas según las legislaciones autonómicas. Dentro de estas últimas, hay uniones con registro obligatorio para su existencia o sin él.

Además, existen normas autonómicas que les atribuyen efectos civiles (algunas al decir expresamente que las partes los podrán pactar, aunque la norma no las regule en su defecto) y normas sin esos efectos, que quedarían

excluidas. Debe recordarse que una norma con rango de ley, hasta que el TC no la declare inconstitucional, previa cuestión de inconstitucionalidad, está vigente y debe aplicarse, aunque pueda opinarse que la Comunidad Autónoma no tiene competencia legislativa civil o su norma sustantiva vulnera la Constitución.

Por otra parte, la ausencia de normas de conflicto en el CC sobre ley aplicable, en los casos internacionales de parejas registradas constitutivamente y con efectos civiles, el Reglamento permite aplicar las normas supletorias de la regulación estatal inexistente (artículo 33 del Reglamento) para determinar la ley autonómica aplicable.

Se aprueba por unanimidad.

MR.4 Nuevas experiencias y proyectos en Derecho de Familia

CONCLUSIONES relativas a la creación de los juzgados especializados del orden civil en familia, infancia y capacidad.

JUSTIFICACIÓN de LAS CONCLUSIONES 23 a 27 QUE SIGUEN:

El punto de partida para abordar el tema relativo a la implantación de los actuales Juzgados de Familia en los nuevos Tribunales de Instancia colegiados es el Proyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los Municipios,

publicado en el BOCG el pasado día 22 de abril de 2022, que va a ser objeto de nuestro análisis.

En su Exposición de Motivos, se subraya el hecho de que la sociedad del siglo XXI debe afrontar el reto de la modernización o actualización de la planta judicial, que se caracteriza, entre otras cosas, por una mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas, que ha dado lugar a un importante incremento de la litigiosidad, plantando nuevas exigencias en la organización de la Administración de Justicia. Asimismo, asistimos a un avance espectacular e imparable de las nuevas tecnologías de la información y comunicación y de las infraestructuras de transporte, que permiten una mayor movilidad de los ciudadanos, a la vez que a concentración de población y servicios en torno a núcleos urbanos.

Así, esta planta judicial decimonónica está provocando una serie de disfunciones en el ámbito de la Administración de Justicia, entre las que se encuentra la falta de especialización de los juzgados, cualidad que aporta valor a una organización eficiente, junto a la homogeneidad y la capacidad organizativa, y que exige, en consecuencia, la especialización de Jueces y Magistrados.

Es por ello que se entiende necesaria la creación de los Tribunales de Instancia, de modo que el nuevo artículo 84 LOPJ establece que, en cada partido judicial, habrá un Tribunal de Instancia, con sede en su capital, de la que tomará su nombre, y estará integrado por una Sección Única, de Civil y de Instrucción. Se contempla, además, la posibilidad de estar integrado por una Sección de Familia (entre otras), que podría, incluso, extender su jurisdicción a uno o varios partidos judiciales de la misma provincia, o de varias provincias limítrofes dentro del ámbito de un mismo Tribunal Superior de Justicia.

Asimismo, el nuevo artículo 86 LOPJ dice así:

“1. Cuando se estime conveniente, en función de la carga de trabajo, se creará en el Tribunal de Instancia una Sección de Familia, que extenderá su jurisdicción a todo el partido judicial.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá establecer por real decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, con informe de la comunidad autónoma con competencias en materia de Justicia, Secciones de Familia que

extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Salas de Gobierno, podrá acordar que, en aquellos Tribunales de Instancia donde no hubiere una Sección de Familia y sea conveniente por razón de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en este artículo corresponda a uno de los jueces, juezas, magistrados o magistradas de la Sección Civil, o Civil y de Instrucción que constituya una Sección Única, determinándose en esta situación que ese juez, jueza, magistrado o magistrada conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.

4. En los partidos judiciales en que exista un Tribunal de Instancia con Sección Única integrada por una sola plaza judicial, el juez o jueza que la ocupe será quien asuma el conocimiento de los asuntos de familia cuando no se hubiere creado una Sección de Familia.

5. Las Secciones de Familia de los Tribunales de Instancia conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia de familia en los términos previstos en las leyes. En todo caso, la jurisdicción de estas Secciones será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

- a) Las relativas al matrimonio y a su régimen económico matrimonial.
- b) Las que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- c) Las relativas a modificación de medidas adoptadas en los procesos que versen sobre las materias previstas en las letras anteriores.
- d) Las que versen sobre maternidad, paternidad y filiación.
- e) Las relativas a los alimentos entre parientes.
- f) Las relativas a las relaciones paterno-filiales.
- g) Las que versen sobre la capacidad de las personas, incluyendo los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico.
- h) Las relativas a la tutela, curatela y guarda.
- i) Las relativas a la protección del menor.
- j) Las que versen sobre el reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial".

Pues bien, aun cuando esta reforma profundiza o hace hincapié en la necesaria especialización de Jueces y Magistrados, esto no se ve reflejado en la creación de las correspondientes Secciones de Familia en los Tribunales de Instancia, pues no se contempla, de forma complementaria o paralela, la creación, en el orden jurisdiccional civil, de la Especialización en Infancia, Familia y Capacidad, en cumplimiento del mandato contenido en la Disposición Final Vigésima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia, que dice así:

“Disposición final vigésima. Especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales.

1. En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los siguientes proyectos de ley:

a) Un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la citada norma, la especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad. Tal especialización se realizará en orden a los principios y medidas establecidos en la presente ley. Con este propósito se planteará la inclusión de Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como la especialización de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. También serán objeto de adaptación, en el mismo sentido, las pruebas selectivas que permitan acceder a la titularidad de los órganos especializados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 312.4 de la citada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

Del mismo modo, el mencionado proyecto de ley orgánica dispondrá las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad.

b) Un proyecto de ley de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los efectos de establecer la especialización de fiscales en el ámbito de

la violencia sobre la infancia y la adolescencia, conforme a su régimen estatutario.

2. Las administraciones competentes regularán en idéntico plazo la composición y funcionamiento de los Equipos Técnicos que presten asistencia especializada a los órganos judiciales especializados en infancia y adolescencia, y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley”.

Lo anterior entendemos que supone un agravio comparativo respecto a otras jurisdicciones especializadas, como la mercantil.

CONCLUSIÓN 23ª:

Es por ello que proponemos, en primer lugar, una modificación de la redacción de los artículos 84 y 86 LOPJ, en los siguientes términos:

a) en el apartado 2 del artículo 84 LOPJ, que prevé que los Tribunales de Instancia podrán estar integrados, entre otras, por una Sección de Familia, debería denominarse “Sección de Infancia, Familia y Capacidad”.

b) El artículo 86 LOPJ quedaría redactado así:

“1. Con carácter general, en el Tribunal de Instancia con sede en la capital de cada provincia, existirá una Sección de Infancia, Familia y Capacidad, con jurisdicción en toda la provincia.

2. Cuando se estime conveniente, en función del número de habitantes, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, podrán crearse Secciones de Familia, Infancia y Capacidad, que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.

3. Las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad de los Tribunales de Instancia conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia de familia en los términos previstos en las leyes. En todo caso, la jurisdicción de estas Secciones será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

a) Las relativas al matrimonio, nulidad, separación, divorcio y sus efectos.

- b) Las que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- c) Las relativas a modificación de medidas adoptadas en los procesos que versen sobre las materias previstas en las letras anteriores.
- d) Las que versen sobre maternidad, paternidad y filiación.
- e) Las relativas a los alimentos entre parientes.
- f) Las relativas a las relaciones paterno-filiales.
- g) Las que versen sobre la capacidad de las personas, incluyendo los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico.
- h) Las relativas a la tutela, curatela y guarda.
- i) Las relativas a la protección del menor.
- j) Las que versen sobre el reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.
- k) La sustracción internacional de menores.
- l) El procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.
- m) procesos para la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código civil.
- n) Procesos de división judicial de patrimonios del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- o) Todas las cuestiones relativas a materia sucesoria.
- p) Expedientes de jurisdicción voluntaria de personas contenidos en el Título II, los de familia contenidos en el Título III y los de derecho sucesorios contenidos en el Título IV de Ley de Jurisdicción voluntaria”.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 24ª:

Por tanto, entendemos que también debería suprimirse el artículo 9.2.2, párrafo segundo, de la LOPJ, es decir, desde “en este orden civil corresponderá a la Jurisdicción Militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas

Armadas que, en situación de conflicto armado, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente". Estos asuntos deber ser competencia de sección de Infancia, Familia y Capacidad y no de la Jurisdicción militar.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 25ª:

Sentado lo anterior, también habría que modificar en consonancia el artículo 3 LOPJ en el que falta la referencia a la Sección de familia, proponiendo la siguiente redacción:

"Las Secciones de los Tribunales de Instancia de Enjuiciamiento Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de lo Mercantil, de Infancia, Familia y Capacidad, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores".

En el artículo 8 LOPJ se propone añadir, en el apartado 2º, sección de Infancia, Familia y Capacidad, que se ha omitido y, por consiguiente, la siguiente redacción:

"Las Secciones de las Audiencias Provinciales a que se refiere el apartado 5 del artículo 3 de esta ley, así como las Secciones de Enjuiciamiento Penal, las Secciones de lo Contencioso-Administrativo, las Secciones de lo Social, las Secciones de Menores, las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad, las Secciones de lo Mercantil y las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia con jurisdicción de extensión territorial inferior o superior a la de una provincia tienen su sede en la capital del partido que se señale por ley de la correspondiente comunidad autónoma y toman el nombre del municipio en que aquélla esté situada".

En consecuencia, la creación de la Especialización en Infancia, Familia y Capacidad, dentro del orden jurisdiccional civil, lleva consigo la

modificación del acceso de los Magistrados a una Sección especializada en estas materias mediante concurso, por lo que debería añadirse un nuevo apartado en el artículo 329 LOPJ, con la siguiente redacción:

“Los concursos para la provisión de las plazas en las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad de los Tribunales de Instancia se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría de Magistrado y acreditando la correspondiente especialización en materia de familia en la Escuela Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón. En su defecto, se cubrirán por magistrados que hayan prestado al menos tres años de servicio, dentro de los cinco anteriores a la fecha de la convocatoria, en la jurisdicción de familia. A falta de éstos, se cubrirán por el orden de antigüedad establecido en el apartado 1.

Los que obtuvieran plaza, así como los que la obtuvieran cuando las vacantes tuvieran que cubrirse por ascenso, deberán participar antes de tomar posesión de su nuevo destino en las actividades de especialización en materia de familia y en materia de violencia de género que establezca el Consejo General del Poder Judicial”.

Igualmente, el artículo 330 tendría que incorporar un apartado f) con el siguiente texto:

“f) Si hubiere una o varias secciones de las Audiencias Provinciales que conozcan en segunda instancia de los recursos interpuestos contra todo tipo de resoluciones dictadas por las Secciones de Infancia-Familia-Capacidad de los Tribunales de Instancia, una de las plazas se reservará a magistrado que, acreditando la especialización en los asuntos propios de dicha materia jurisdiccional, obtenida mediante la superación de las pruebas selectivas que reglamentariamente determine el Consejo General del Poder Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón. Si la Sección se compusiera de cinco o más magistrados, el número de plazas cubiertas por este sistema será de dos, manteniéndose idéntica proporción en los incrementos sucesivos. No obstante, si un miembro de la Sala o Sección adquiriese la condición de especialista en este orden, podrá continuar en su destino hasta que se le adjudique la primera vacante de especialista que se produzca. En los concursos para la provisión del resto de plazas tendrán preferencia aquellos magistrados que acrediten haber

permanecido más tiempo en el orden jurisdiccional civil. A falta de éstos, por los magistrados que acrediten haber permanecido más tiempo en órganos jurisdiccionales mixtos ”.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 26ª:

Por otra parte, se observa que no hay una delimitación clara de competencias entre el juez que conoce de los asuntos de familia en el orden jurisdiccional civil y el juez de una Sección de Violencia sobre la Mujer, pues el apartado 6 del artículo 89 LOPJ atribuye a este último el conocimiento, en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la LEC, de las siguientes materias:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Por tanto, proponemos que las materias referidas en los apartados a), f) y g) sean suprimidas del citado precepto y correspondan en todo caso al juez civil.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 27ª:

Otro punto que aborda la reforma, necesario para la transformación de los Juzgados en Tribunales de Instancia, es la creación de una Oficina Judicial de apoyo, que deberá estar integrada también por personal especializado en las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad, tanto por el Letrado/a de la Administración de Justicia que la dirija como por los gestores y tramitadores procesales.

Por otra parte, se observa la ausencia de referencia a la especialización del Ministerio Fiscal en Infancia, Familia y Capacidad, siendo deseable que se contemple en la normativa la necesaria especialización también del Ministerio Fiscal.

Se aprueba por unanimidad.

Ponencia-5. Conclusiones en relación con el Reglamento 2019/1111

CONCLUSIÓN 28ª. Modificación del artículo 22 quater de la LOPJ.

Este artículo debería pasar a tener la siguiente redacción (tachado en letra de color rojo lo que debe suprimirse y subrayado, también en rojo, lo que debe sustituirlo o añadirse) :

"c) En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, ~~siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia,~~ cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España

sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante que no sea español lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante que sea español, lleve residiendo en España y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española, o bien, en el caso de divorcios de mutuo acuerdo, si uno de los cónyuges es español y ambos residen en el extranjero.

JUSTIFICACIÓN:

La redacción de este artículo es muy confusa. Se modificó su anterior redacción, copiando mal el artículo 3 del Reglamento 2201/2003. A esta redacción se le añade la mención de “siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia”, que no tiene ningún sentido y es confusa y superflua, porque, si se refiere a la litispendencia internacional ésta está regulada en el artículo 39 de la ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil. Igualmente, debe añadirse la última mención. Sucede muchas veces que matrimonios mixtos entre un cónyuge español y otro de diferente nacionalidad residen en el extranjero, a veces en terceros países con un sistema judicial deficiente. El Reglamento 2019/1111, al igual de lo que ocurría con el anterior el 2201/2003, no prevé en sus artículos 3, 4, 5 y 6 la competencia de ningún Estado miembro de la UE en este caso, a diferencia de cuando los cónyuges son nacionales del mismo Estado miembro, que sí la prevé. Es preciso que en nuestra norma interna se añada esta posibilidad cuando el divorcio sea de mutuo acuerdo, porque si no los cónyuges binacionales que no se puedan divorciar en el Estado extranjero en el que residan (porque la justicia no funcione, porque sea excesivamente cara o lenta o porque la ley aplicable en ese país no les permita divorciarse...), se verán afectados por una verdadera denegación de justicia.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 29ª: Relativa al artículo 10 del Reglamento 2019/1111.

El Artículo 10 del Reglamento 2019/1111, dispone en sus apartados 1 y 2:

Elección del órgano jurisdiccional

“1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en materia de responsabilidad parental cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que:
 - i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual;
 - ii) dicho Estado miembro es la antigua residencia habitual del menor, o
 - iii) el menor es nacional de dicho Estado miembro;
- b) cuando las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental:
 - i) han convenido libremente en la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional; o
 - ii) han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia; y
- c) el ejercicio de la competencia responde al interés superior del menor.

2. Las partes afectadas deben manifestar por escrito, fechar y firmar el acuerdo de elección de foro en virtud del apartado 1, letra b), o hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales. Se considerará realizada por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

Las personas que pasen a ser partes en el procedimiento tras la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional podrán dar su consentimiento con posterioridad. De no haber

oposición expresa, se considerará que existe consentimiento implícito.”

El artículo 10.1. b), ii) indica que, a efectos de la sumisión de las cuestiones referidas a la responsabilidad parental a los tribunales de un Estado miembro que no sea el de la residencia habitual del menor, esta sumisión será válida cuando: b) *las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental: ii) han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia.*

En el apartado 2 se indica: *“Las personas que pasen a ser partes en el procedimiento tras la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional, podrán dar su consentimiento con posterioridad. De no haber oposición expresa, se considera que existe consentimiento implícito.*

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 30^a:

El cauce procesal a través del cual el demandado puede rechazar la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda es el de la interposición de la declinatoria dentro del plazo de los diez días siguientes al del emplazamiento. Al efecto, el demandado deberá ser informado, al practicarse su emplazamiento para contestar a la demanda, de tal posibilidad y ser apercibido de que se entenderá producida su sumisión tácita si no formula tempestivamente declinatoria, no admitiéndose la alegación de no aceptación de la competencia en el escrito de personación del demandado presentado en el proceso con posterioridad al transcurso del plazo expresado.

JUSTIFICACIÓN:

El demandado que no se quiera someter al tribunal del Estado miembro en el que reside el menor, tiene como cauce para impugnar la competencia la interposición de la declinatoria. La declinatoria, según el artículo 64 de la LEC se tiene que presentar durante los primeros 10 días del plazo para contestar a la demanda. Se han planteado problemas cuando el demandado se persona pasados esos diez días e interpone la declinatoria fuera de plazo. En algunos supuestos el incumplimiento del plazo legal se ha considerado una sumisión tácita o una sumisión implícita. A fin de respetar el contenido de este artículo en su actual redacción, es preciso que se determine legalmente un cauce para que el demandado en el procedimiento sea informado de que puede oponerse a la competencia de los tribunales españoles, que sólo son competentes si no existe sumisión. Hay que reiterar que, si el demandado, debidamente notificado, no se persona en el procedimiento, es el juzgado el que tiene que declararse de oficio incompetente porque sólo podría ser competente por sumisión de las partes.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 31^a. Sobre el artículo 11 en relación con el artículo 7. competencia basada en la presencia del menor.

El Artículo 11 del Reglamento 1111/2019, dispone en sus apartados 1 y 2:

“Artículo 11

Competencia basada en la presencia del menor

1. Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 10, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor.
2. La competencia mencionada en el apartado 1 también se debe aplicar a los menores refugiados y a los desplazados

internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en su Estado miembro de residencia habitual.”

Por su parte el artículo 7 del Reglamento, referido a la responsabilidad parental, señala:

“Artículo 7

Competencia general

1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional.

2. El apartado 1 del presente artículo estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 8 a 10.”

Se indica en el artículo 11 que, cuando la residencia habitual de un menor no se pueda determinar o no exista sumisión del artículo 10 serán competentes los tribunales del Estado miembro en el que el menor se encuentre. Sería preciso, a modo ejemplificativo, definir estas situaciones (por ejemplo: cuando el menor no reside en un solo Estado miembro, es pequeño y vive con sus padres 6 meses en un Estado y 6 meses en otro; cuando está estudiando en un Estado que no es el de la residencia habitual de sus padres; cuando aparece en un Estado miembro y no se sabe en qué Estado residía anteriormente). Igualmente es preciso aclarar que, en los casos de familias de expatriados, si un menor lleva residiendo en un Estado extranjero un tiempo suficiente (un curso escolar o más) y está escolarizado en ese Estado extranjero, tiene allí su residencia, no en España, por mucho que la familia viviese en España antes de la expatriación y tenga intención de regresar a España cuando el contrato de expatriación se acabe.

JUSTIFICACIÓN:

En ocasiones en las que no está determinada la residencia del menor el juzgado no sabe si es competente o no. Lo contrario sucede en los casos de expatriación. Si el niño no reside en España en el momento de interponer la demanda no se puede considerar que reside aunque el domicilio de la familia (niño

incluido) estuviese situado en España anteriormente a la expatriación.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 32^a: Sobre el artículo 12. remisión a un órgano jurisdiccional de otro estado miembro para conocer.

El artículo 12 del Reglamento dispone:

“Artículo 12

Remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro

1. En circunstancias excepcionales, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer el fondo del asunto podrá, a instancia de parte o de oficio, si considera que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho está mejor situado para valorar el interés superior del menor en un caso particular, suspender el conocimiento del procedimiento o de una parte específica del mismo, y:

- a) fijar un plazo para que una o más partes informen al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro de las causas pendientes y de la posibilidad de remitir la competencia y presentar una solicitud ante dicho órgano; o
- b) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 2.”

Es preciso que se establezca un cauce procesal muy preciso para implementar este artículo en el proceso de familia. Es necesario indicar en qué momento pueden las partes solicitar la remisión a un Estado miembro mejor situado para conocer.

JUSTIFICACIÓN:

Se han dado casos en los que el juez español en virtud del artículo 15 del Reglamento 2201/2003 no ha respetado los plazos de la remisión y, cuando la ha considerado pertinente

ha archivado el procedimiento directamente, no suspendiéndolo previamente hasta ver si el juzgado del otro Estado miembro “mejor situado” se declaraba competente o no. Es preciso, además, que el procedimiento en el otro Estado miembro no se haya abierto con anterioridad por el cónyuge que pide la transferencia, porque, de este modo se estará abriendo la posibilidad de que se produzca un fraude a la ley y se intente modificar la competencia del tribunal español legítimamente competente, llevándose el pleito indebidamente a otro país. Por ejemplo, se está tramitando una modificación de medidas en España porque los hijos residen aquí, la madre, aprovechando unas vacaciones en Bélgica, se los queda e interpone al amparo del artículo 15 del nuevo reglamento (artículo 20 del anterior reglamento) unas medidas cautelares urgentes, en las que solicita con éxito la prohibición de salida de los menores de Bélgica, cuando en la sentencia vigente el padre tiene otorgada la custodia exclusiva de los mismos que residían con él en España. A continuación, y estando abierto el procedimiento de medidas en España y, en clara litispendencia internacional, interpone un procedimiento de medidas simultáneo en Bélgica y solicita en el procedimiento español que se transfiera el asunto a los tribunales belgas por ser los mejor situados para conocer (de acuerdo con lo establecido por el artículo 15 del Reglamento de Bruselas II bis). El juez español estima la solicitud de transferencia y archiva el procedimiento directamente, vulnerando todo el procedimiento de transferencia de este precepto que, recordemos, es de aplicación excepcional.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 33^a: Con respecto al artículo 13 del reglamento.

El artículo 13 del Reglamento establece:

“Artículo 13

Transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia

1. En circunstancias excepcionales y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9, si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia en virtud del presente Reglamento, pero con el que el menor tenga un vínculo estrecho de conformidad con el artículo 12, apartado 4, considera que puede valorar mejor el interés superior del menor en un caso particular, puede solicitar una transferencia de competencia al órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor.

2. En las seis semanas siguientes a la recepción de la solicitud conforme al apartado 1, el órgano jurisdiccional requerido puede aceptar transferir su competencia si considera que debido a las circunstancias específicas del caso, dicha transferencia responde al interés superior del menor. Cuando el órgano jurisdiccional requerido acepte transferir su competencia, informará sin demora de su decisión al órgano jurisdiccional solicitante. En ausencia de tal aceptación dentro de dicho plazo, el órgano jurisdiccional solicitante no podrá ejercer la competencia.”

Este artículo prevé que un juez de otro Estado miembro pueda solicitar al juez español, que está conociendo del procedimiento sobre menores en virtud de la residencia del menor, porque entienda que está mejor situado que el español para conocer, o bien, que sea el juez español que solicite la transferencia a España de un procedimiento que se está tramitando en otro Estado miembro.

Se necesita que se establezca un cauce procesal para la recepción de las solicitudes de transferencia o para el envío de las solicitudes de transferencia a través de los Letrados de la Administración de justicia en el caso de los envíos y de los juzgados decanos en el caso de la recepción de las solicitudes, salvo que el juzgado del Estado miembro lo envíe directamente al juzgado que está tramitando el procedimiento en España.

JUSTIFICACIÓN:

Como no es un trámite que se produzca con frecuencia es preciso que se establezca un cauce procesal claro para que los juzgados sepan cómo solicitar una transferencia o como tramitar la solicitud de una transferencia que reciban.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 34^a: Referida al artículo 15. medidas provisionales en los casos de urgencia.

Dispone el artículo 15 del Reglamento:

“Artículo 15

Medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia

1. En caso de urgencia, aunque el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente para conocer del fondo del asunto, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, que puedan estar previstas en el Derecho de este Estado miembro en relación con:

- a) un menor presente en dicho Estado miembro; o
- b) los bienes de un menor que se encuentran en dicho Estado miembro.

2. En la medida en que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional que ha adoptado las medidas mencionadas en el apartado 1 del presente artículo informará de ellas sin demora al órgano jurisdiccional o a la autoridad competente del Estado miembro que tenga competencia en virtud del artículo 7 o, en su caso, a cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del presente Reglamento, ya sea directamente conforme al artículo 86 o por conducto de las autoridades centrales designadas en virtud del artículo 76.

3. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse tan pronto como el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas.

En su caso, dicho órgano jurisdiccional informará de su decisión al órgano que adoptó las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ya sea directamente conforme al artículo 86 o por conducto de las autoridades centrales designadas en virtud del artículo 76.”

Este artículo prevé que el juez de un Estado miembro que no sea competente para adoptar medidas sobre los menores puede adoptar medidas para proteger la persona del menor o sus bienes estas medidas decaerán en cuanto el juez competente adopte otras que las sustituyan. Es preciso indicar que estos procedimientos no dan lugar a litispendencia y no pueden ser utilizados para conceder la transferencia a otro estado miembro.

JUSTIFICACIÓN:

Evitar las situaciones abusivas que pueden ser provocadas por un cónyuge que usa este artículo al igual que el 13 para conseguir la transferencia indebidamente.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 35ª: Con respecto al artículo 16. Cuestiones incidentales.

El artículo 16 del Reglamento dispone:

“Artículo 16

Cuestiones incidentales:

1. Si el resultado de un procedimiento en una materia no perteneciente al ámbito de aplicación del presente Reglamento ante un órgano jurisdiccional de un Estado

miembro depende de la determinación de una cuestión incidental relacionada con la responsabilidad parental, un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro podrá determinar dicha cuestión a efectos del mencionado procedimiento aun cuando dicho Estado miembro no sea competente en virtud del presente Reglamento.

2. La determinación de una cuestión incidental a que se refiere el apartado 1 solo tendrá efecto en el procedimiento en cuyo marco se haya efectuado.”

Cuestión incidental. Ejemplo: “En el caso de una reclamación de alimentos para hijos menores de edad que dependa de unas medidas de responsabilidad parental, se puede solicitar esta medida de responsabilidad parental de manera incidental en un procedimiento de reclamación de alimentos, aunque el Estado miembro para conocer de la demanda de alimentos no lo sea para conocer de la responsabilidad parental”.

JUSTIFICACIÓN:

Esta competencia judicial internacional extraordinaria incidental finalizará cuando termine el procedimiento. Los jueces deben tener claro que no van a ser competentes ni para la ejecución de esa resolución, que es un nuevo procedimiento, ni para la modificación de medidas. Tampoco serán competentes para la ejecución de la demanda, aunque sea la de primera instancia, porque es un nuevo procedimiento judicial para el que no son competentes.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 36^a: Referida al artículo 21. Audiencia al menor.

Establece el artículo 21 del Reglamento:

“Artículo 21

Derecho del menor a expresar sus opiniones

1. En el ejercicio de su competencia conforme a la sección 2 del presente capítulo, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado.

2. Cuando el órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez.”

Se refuerza en este artículo el derecho del menor a ser escuchado. Se entiende que no se limita a los/las menores que hayan cumplido 12 años. Por lo que en estos procedimientos - al menos en las sustracciones intracomunitarias- es preciso oír a todos los menores que se pueda y, con respecto a los niños más pequeños, será preciso acordar la prueba psicológica o social del equipo técnico judicial -siempre con carácter de urgencia- debido al carácter preferente del procedimiento de restitución.

JUSTIFICACIÓN:

En el reglamento se refuerza la necesidad de tener en cuenta las opiniones de los menores a la hora de acordar su restitución, aunque no hayan alcanzado la edad de 12 años.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSION 37^a: Relativa al artículo 24. Sustracción internacional de menores

El artículo 24 del Reglamento establece:

“Artículo 24

Procedimiento judicial acelerado

1. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor a que se refiere el artículo 22 actuará con urgencia en el marco del procedimiento en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más rápidos que prevea el Derecho nacional.
2. Sin perjuicio del apartado 1, los órganos jurisdiccionales de primera instancia, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, dictarán resolución como máximo seis semanas después de la iniciación del procedimiento.
3. Salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, los órganos jurisdiccionales de nivel superior dictarán resolución a más tardar seis semanas después de que se hayan efectuado todos los trámites procesales necesarios y el órgano jurisdiccional esté en condiciones de examinar el recurso, bien mediante audiencia o bien de otro modo.”

Este artículo prevé la duración del procedimiento de restitución. A diferencia de lo que ocurría en el Reglamento 2201/2003 que preveía que el procedimiento judicial durase un total de 6 semanas, en la actualidad se prevé una duración de seis semanas para el procedimiento en primera instancia y otras seis semanas para el procedimiento en segunda instancia. Lo que no se prevé es cuánto tiempo puede pasar desde que se dicta resolución en primera instancia hasta que se trasfiere el recurso a la Audiencia Provincial. Entiendo que se tienen que respetar los plazos establecidos en el artículo 778 quinquies 11 en lo que se refiere al plazo de interposición del recurso de apelación y la contestación al mismo. Ahora bien, se tendrá que modificar el artículo 778 quinquies 11 e) en lo que se refiere al plazo de resolución de la Audiencia, ahora se indican 3 días pero, en cumplimiento del artículo 24 será de 6 semanas desde que se reciben los Autos en la Audiencia provincial.

JUSTIFICACIÓN:

Es cierto que los breves plazos de los procedimientos de restitución fijados en el artículo 778 quinquies de la LEC se

estaban cumpliendo más o menos en los juzgados de primera instancia pero jamás en la Audiencia Provincial. Probablemente los plazos establecidos en el artículo 24 son más realistas, pero se deben modificar en el artículo 778 quinquies para que efectivamente se cumplan, y no se experimente en estos procedimientos de restitución indebidos retrasos en el recurso de apelación, como desgraciadamente se están produciendo en la totalidad de los casos. Es necesario que se comprenda que también en la fase de apelación se trata de procedimientos urgentes y preferentes.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 38ª: Sobre el artículo 25. formas alternativas de resolución de conflictos.

Establece el Reglamento 1111/2019 en su artículo 25:
“Artículo 25

Formas alternativas de resolución de litigios

Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento, el órgano jurisdiccional invitará a las partes, directamente o, si procede, con la asistencia de las autoridades centrales, a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios, a menos que ello sea contrario al interés superior del menor, no sea adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento.”

Este artículo indica que en cualquier fase del procedimiento se puede solicitar por ambas partes la suspensión del mismo para someterse a mediación, se indica que la mediación no puede conllevar un retraso indebido del procedimiento. Es preciso crear servicios especializados de sustracción internacional de menores con acceso a intérpretes si ello resultar preciso.

JUSTIFICACIÓN:

Las escasas ocasiones en las que se ha acudido a mediación en sustracción internacional de menores, la experiencia ha sido desastrosa. Los servicios de mediación no están formados ni preparados para intervenir en asuntos de sustracción internacional de menores: no hablan más que español y no tienen acceso a intérpretes. Los tiempos que manejan son intolerables, no respetan los plazos perentorios del proceso de retorno y retrasan enormemente el proceso de restitución. Si la mediación fracasa se ha perdido un tiempo precioso para la restitución y, ese tiempo perdido, puede provocar que la restitución ya no sea posible porque el menor se encuentre ya integrado en su nuevo medio.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 39ª: La escolarización provisional de los menores no puede ser un motivo de no restitución.

En general los procedimientos de restitución los sustractores suelen solicitar a través de los procedimientos judiciales de los artículos 156 y 158 del Código civil, la escolarización de los menores mientras no se tramita el procedimiento de restitución. Esta escolarización suele ser después un motivo en el que se apoya el juez que tramita la restitución para denegar la misma. Es preciso hacer hincapié que la escolarización provisional de los menores no es un motivo de no restitución.

JUSTIFICACIÓN:

Evitar que se produzcan denegaciones indebidas de restitución de un menor.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 40ª: Sobre el capítulo IV. reconocimiento y ejecución de resoluciones. Modificación de medidas.

El Reglamento, en su capítulo IV establece:

“CAPÍTULO IV

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

SECCIÓN 1

Disposiciones generales relativas al reconocimiento y a la ejecución

S u b s e c c i ó n 1

R e c o n o c i m i e n t o

Artículo 30

Reconocimiento de las resoluciones

1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro han de ser reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno.
2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último.
3. Cualquier parte interesada puede solicitar, de conformidad con los procedimientos previstos en los artículos 59 a 62 y, cuando proceda, en la sección 5 del presente capítulo y en el capítulo VI, que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen los artículos 38 y 39.”

Cuando alguna de las partes desee una modificación de medidas de una resolución sobre menores que provenga de un Estado miembro es preciso que la solicitud de reconocimiento o no reconocimiento se pueda realizar de forma incidental en dicho procedimiento de modificación de medidas, puesto que si no se hace así, la adopción de unas medidas necesarias para el menor se puede demorar excesivamente hasta que no se resuelve sobre el reconocimiento o no reconocimiento de la sentencia. Si lo que se desea es el no reconocimiento de la

resolución por existir un motivo para no reconocer la misma, si ese no reconocimiento prospera el procedimiento principal será de adopción de medidas no de modificación de las mismas, con lo cual, se produce un galimatías procesal. Es preciso establecer un procedimiento claro para los casos en los que lo que solicita es la adopción de medidas o la modificación de las mismas con respecto a las medidas adoptadas en otro estado miembro.

JUSTIFICACIÓN:

Acelerar los procedimientos de medidas sobre los menores en estos supuestos y evitar que los jueces españoles se declaren incompetentes indebidamente cuando el procedimiento de medidas se ha dictado en otro Estado miembro.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN EN RELACIÓN CON LA PONENCIA 6, REFERIDA A LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DOMESTICA Y DE GENERO EN LAS MEDIDAS DE PATRIA POTESTAD, CUSTODIA Y VISITAS.

CONCLUSIÓN 41ª:

Se considera conveniente una reforma legal que no obligue al juez, de modo ineludible, a imponer al condenado por un delito de impago de pensiones del art. 227 CP la pena de alejamiento de la víctima, de acuerdo con el art. 57.2 CP.

Desde la perspectiva de los derechos de la infancia, sería deseable que el juez pudiera valorar la conveniencia de establecer, o al menos atenuar o modular esta medida, que comporta la suspensión del régimen de visitas, o, al menos, que su duración no tuviera un umbral mínimo, con el fin de poder distinguir los supuestos en que ese alejamiento protege

efectivamente a los y las menores, de aquellos otros en que, a pesar de que estos se encuentran desasistidos económicamente por el culpable, no lo están emocional ni afectivamente. La suspensión de todo contacto del condenado con su hijo o hija menor podría infligir a l/la hija o hijo menor un daño psíquico innecesario a consecuencia de la imposición de un alejamiento y una total ausencia de contactos con la figura paterna que la víctima no desea y produce en este, en realidad, una revictimización.

JUSTIFICACIÓN:

El delito de impago de pensiones del art. 227 CP puede ser una manifestación de la violencia económica. En tales supuestos, el art. 57.2 CP obliga a imponer la pena de alejamiento de la víctima (y consiguiente suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos).

El art. 227 permite castigarlo con multa o con prisión. Acudir a la multa suele ser una mala opción, pues normalmente su capacidad económica es escasa y lo que se quiere es que se haga cargo de la responsabilidad civil pagando a la víctima lo que le debe. La otra opción que deja el tipo es acudir a la pena prisión. Pero en tal caso, el alejamiento debe ser como mínimo en un año superior a la pena de prisión impuesta (art.57.1), así que, con frecuencia, nos encontramos con padres que tienen una muy buena relación con sus hijos y cumplen afectiva y emocionalmente con ellos, pero que han dejado de pagar las pensiones y el juez se ve obligado a separarlos de ellos como mínimo un año y tres meses, si acudimos a la pena la prisión para evitar la multa. (tres meses de prisión es la mínima). Acudiendo a la multa, el alejamiento mínimo son 6 meses.

Es cierto que estamos ante un delito de violencia económica, pero el sentido de esta medida no es castigar al culpable, al que ya se ha impuesto la pena correspondiente. De lo que se trata es de proteger de él a sus víctimas, que en este caso son los y las hijos comunes. Siendo esta la perspectiva que la justifica, la ley debería

permitir al juez valorar su necesidad, así como su duración, tomando en consideración la variedad de situaciones que pueden darse como contexto del hecho juzgado. La realidad detrás de estos delitos puede ser compleja, y no son pocos los supuestos en que la persona se encuentra muy al límite (económicamente) para afrontar los pagos. No siempre es sencillo acudir a procesos de modificación de pensiones, y las circunstancias personales y laborales son muy cambiantes. Sería preocupante que, en aquellos casos en que los hijos e hijas se encuentren desasistidos económicamente, pero no emocionalmente, a partir de la condena se les dejara también de asistir afectivamente, por obra y gracia de la misma ley que aspira a protegerlos.

De cara a evaluar y mejorar, en su caso, la protección que la ley penal proporciona a las víctimas de violencia doméstica en su vertiente económica se considera necesario conceder al juez facultades para modular, en atención a las circunstancias concurrentes expuestas, la medida de alejamiento y suspensión del régimen de visitas.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIONES CORRESPONDIENTES A LA MR-7, SOBRE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: MEDIACIÓN Y COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD.

CONCLUSION 42^a: Coordinación de Parentalidad.

El/la Coordinador/a de Parentalidad, como medio alternativo de resolución de conflictos, complementario al judicial, puede ser nombrado por el juez en los supuestos de familias con hijos menores, en situación de conflicto parental de alta intensidad, con

el fin de pacificar o apaciguar el mismo, reducir la tensión familiar existente y lograr, en cuanto sea posible, un ejercicio positivo de las funciones parentales por los progenitores.

El nombramiento se hará en todo caso a instancia de una parte o del ministerio fiscal, siempre que la cuestión haya sido objeto de debate entre las partes en el seno del proceso correspondiente.

JUSTIFICACIÓN:

Aunque la figura del Coordinador/a de Parentalidad no está en la actualidad expresamente regulada en ley nacional alguna, sí está reconocida expresamente por el Derecho Civil Foral navarro (art. 77 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo) y su existencia puede asentarse sólidamente en el 158. 6º, párr.1º, in fine del Cc., que permite a la autoridad judicial adoptar "las demás disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas".

La falta de regulación legal de la figura no puede ser argumento para su prohibición en cuanto existen otros recursos sociales de los que se hace uso en los asuntos de familia que también actúan a veces como MASC (acrónimo de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos o ADR, formado por las siglas de la expresión inglesa Alternative Dispute Resolution) y no por ello dejan de aplicarse, dada su gran utilidad, como por ejemplo los Puntos de Encuentro Familiar (en adelante PEF), Centros de Apoyo a la Familia (en lo sucesivo CAF), Centros de Atención a la Infancia (CAI), Servicios de Orientación Familiar o de apoyo psicológico, terapias u otros recursos similares, cuya utilidad nadie ha cuestionado ni puesto en duda su legalidad.

Debe tenerse en cuenta que, en los supuestos en que existe un alto grado de conflictividad y el juzgado fracasa en el objetivo de

normalizar, pacificar y dar solución a la situación de grave enfrentamiento existente entre los progenitores, mediante la derivación a mediación, a terapia psicológica individual o familiar y/o la intervención de los recursos sociales a disposición del juez, como los Centros de Atención a la Infancia, los Centros de Ayuda a las Familias, u otros servicios de asesoramiento psicológico o intervención grupal, el recurso al COPAR se convierte en el último remedio para atajar o suavizar el conflicto y reconducir la situación.

Ha de tenerse en cuenta que, de ordinario, la aplicación de las normas especiales de ejecución contenidas en el art. 776 de la LEC, que se limitan a la posibilidad de imponer el juez multas coercitivas al progenitor incumplidor o apercibir de cambio del régimen de custodia y/o visitas, resulta notoriamente insuficiente, por su ineficacia, para resolver el conflicto parental o, al menos, atenuarlo y mitigar las desfavorables consecuencias negativas que el mismo produce en los hijos.

Se aprueba por mayoría de 25 votos a favor y 8 en contra.

CONCLUSIÓN 43^a: Cobertura legal de la figura del Coordinador de Parentalidad.

El nombramiento judicial de Coordinador/a de Parentalidad tiene cobertura legal en el artículo 158.6 del Código civil, entre otros preceptos, y puede hacerse, según lo previsto en la conclusión 45, en cualquier tipo de proceso matrimonial o de menores, a través de auto o sentencia, para coadyuvar, cooperar y concienciar a las partes de la necesidad de proceder a ejecutar, con un ejercicio positivo y ordenado de la parentalidad, las medidas de carácter personal referidas a los hijos en materia de cumplimiento de las funciones inherentes a la patria potestad y desarrollo

normalizado tanto del régimen de guarda como el de relaciones, comunicaciones y estancias de los hijos con los progenitores. que se hubieren establecido en la sentencia, auto o convenio regulador que se ejecute.

La legalidad de su existencia ha sido avalada, desde el año 2013, por una multiplicidad de sentencias de la Audiencias Provinciales de toda España, en especial las catalanas, y por la Sala de lo civil del TSJ de Cataluña.

JUSTIFICACIÓN:

La figura del COPAR tiene su anclaje legal no solo en el citado art. 158.6º del Cc., sino también en el art. 3.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en cuanto la intervención del CP puede considerarse una medida legal adecuada para preservar el interior superior del menor que se encuentre en situación de riesgo de daño psicológico.

“Artículo 3.2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”.

Además, la Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobado por el comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de obligado cumplimiento en cuanto viene a ser una interpretación auténtica de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención, en su apartado IV.A aclara el término medida en el sentido de entender incluido en él también los servicios dirigidos a la protección del interés superior del niño.

El artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño (“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”).

También dan soporte legal a la figura el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y, en cumplimiento de tal derecho, el respeto al derecho de los padres a tener contacto real y efectivo con los hijos menores.

Por último, a nivel internacional, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996[i], que impone a las partes en el artículo 13 la obligación de fomentar la mediación y otros medios de resolución de controversias que ayuden a prevenir, evitar y resolver procedimientos judiciales en que estén implicados los intereses de los menores, lo que, sin duda, sirve de cobijo normativo a la creación de la figura del CP, una de cuyas funciones es precisamente la de procurar adiestrar a los cónyuges en el manejo de habilidades que les permitan tomar decisiones consensuadas sobre los menores evitando la resolución judicial de sus controversias.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su apartado 1 (“2.1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.”), apartado 2, a) y c) y, en particular, el apartado 5, b) también pueden amparar la intervención en el proceso de la figura del CP en cuanto contempla la posibilidad de adoptar cualquier medida

en el interés superior del menor dentro del proceso, respetando las garantías del mismo, y en concreto, entre otras, “la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.”

Asimismo, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en sus apartado 1 (“2.1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.”), apartado 2, a) y c) y, en particular, el apartado 5, b) también pueden amparar la intervención en el proceso de la figura del CP en cuanto contempla la posibilidad de adoptar cualquier medida en el interés superior del menor dentro del proceso, respetando las garantías del mismo, y en concreto, entre otras, “la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos”.

En definitiva, el nombramiento de la figura del CP puede realizarse al amparo de las previsiones contenidas tanto en los preceptos citados de los tratados y convenios Internacionales de que España forma parte, como en el artículo 39 de la CE en los artículos 2.5. de la LOPJM, y 91, 92.5 y 158.6^a del Código civil, que habilitan legalmente al juez para acordar, en las sentencias recaídas en los procesos de familia, en ejecución de las mismas, o en cualquier procedimiento, específicamente, las cautelas y garantías que estime oportunas para asegurar el eficaz cumplimiento de las medidas personales referidas a los hijos en relación con el sistema de guarda establecido o el régimen de

comunicaciones y estancias fijado, y, en general, para adoptar las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar a los menores de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o social.

La existencia de la figura del/la COPAR viene avalada por múltiples sentencias del TSJ de Cataluña y de las Audiencias Provinciales de dicha comunidad, y por las sentencias de otras Audiencias Provinciales. Así, las SSTSJ de Cataluña, Sala Civil, Sección 1ª, núm. 11/2015 de 26 de febrero, la núm. 1/2017 (Sección 1ª), de 12 de enero, y la núm. 119/2019 de 19 de septiembre, entre otras. Las SSAP Barna., Secc.12ª, núm. 301/2014, de 7 de mayo; la núm. 602/2013 de fecha 26 de julio, y la de 15/01/2014, resolución 30/2014; Secc. 18ª, de 1 de diciembre de 2017, resolución 978/2017. SAP Tarragona, Secc.1ª, de 17-5-2018, resolución 262/2018, recurso 279/2017, ponente Manuel Horacio García Rodríguez

También la SAP Valencia, Secc. 10ª, de 8-2-2018, resolución 90/2018, recurso 1103/2017, ponente Ana Delia Muñoz Jiménez o la SAP Palma de Mallorca, Secc. 4ª, de 4-5-2018, resolución 153/2018, recurso 114/2018, ponente Álvaro Latorre López.

Se aprueba por amplia mayoría, con 4 votos en contra.

CONCLUSIÓN 44ª: Intervención limitada del Coordinador de Parentalidad en los casos de violencia de género.

En los supuestos en que exista un proceso penal de violencia de género, es posible acordar la intervención del Coordinador de Parentalidad en el proceso de familia posterior, nombrado según lo previsto en la conclusión 45, ya conozca del mismo el Juzgado

de Violencia sobre la Mujer o el de Familia, cuando en función de las circunstancias concurrentes el juez lo estime conveniente para la protección del interés superior del menor, siempre que el proceso penal haya finalizado por auto de sobreseimiento firme o sentencia absolutoria firme.

JUSTIFICACIÓN:

Se podría conculcar lo dispuesto en el artículo 544 ter.7, párr.3º de la LECrim. en su última modificación introducida por la LOPIIA, en virtud del cual: “Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial”.

Por último, también se podría entender que su intervención, impuesta por el juez coactivamente, es contraria al mandato contenido en el artículo 94.4 Cc , en su nueva redacción introducida 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, que establece «No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que se encuentre 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 sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas

practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor (...)).».

Es necesario referir que la prestigiosa American Psychological Association (APA) y la AFCC americana (Association of Family and Conciliation Courts) , tanto en la «Guidelines for the Practice of Parenting Coordination» de 2005, traducidas por el Grupo de Trabajo de Coordinación de Parentalidad de la Sección de Alternativas de Resolución y Gestión de Conflictos del Colegio Oficial de Psicólogos de Catalunya (COPC),, en colaboración con el Grupo de Trabajo de Coordinación de Parentalidad de Espacio Sistémico de Buenos Aires, como “Directrices para la Coordinación de la Parentalidad, como en la edición revisada de dichas Directrices de mayo de 2019 (Guidelines for Parenting Coordination Developed by The AFCC Task Force on Parenting Coordination, 2018-2019), alertan en una de sus Directrices de que, en los contextos de violencia familiar, los CP pueden no ser aptos para la aplicación de la medida, atendiendo a que se pueden presentar «riesgos sustanciales de seguridad o de desequilibrios de poder» y que no se pueden confundir los supuestos de alta conflictividad familiar con los de violencia familiar, doméstica o de género, en los que la protección de las víctimas es más segura mediante la intervención directa del tribunal. Y añade también la necesidad que el/la CP debe estar atento/a por si hubiera sospecha razonable de actos de violencia doméstica contra el otro progenitor, contra la pareja actual o contra los/as niños/as, para advertir la existencia de estas situaciones El/la CP debe obedecer las órdenes de protección y tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de las partes, la de sus hijos/as y la del/la propio/a CP y valorar si es posible o deja de ser posible su

intervención con el fin de preservar los derechos de la víctima y protegerla.

Se aprueba por amplia mayoría, con 4 votos en contra.

CONCLUSIÓN 45ª:

La derivación a coordinación de parentalidad resulta oportuna cuando se observan conflictos de alta intensidad y/o muy persistentes entre progenitores que reúnen los siguientes indicadores básicos: dichos progenitores están en situación de ruptura o post-ruptura de pareja, tienen conflictos judicializados por cuestiones relacionadas con sus hijos que comprometen el bienestar, intereses y desarrollo de los menores. Además, se constata ausencia o grave dificultad en los progenitores para: comunicarse directamente, ejercer coordinadamente sus funciones parentales y tomar decisiones conjuntas en beneficio de sus hijos. También, se constatan dificultades respecto al cumplimiento autónomo y adecuado del régimen de visitas y comunicaciones con los hijos, así como, dificultades u obstrucción para el desarrollo de la relación del menor con alguno de sus progenitores y/o su familia extensa.

JUSTIFICACIÓN:

Los criterios de inclusión e indicadores para la derivación a coordinación de parentalidad están descritos a partir de recomendaciones de la Asociación Internacional AFCC (Association of Families and Conciliation Courts), la American Psychological Association (APA, 2012), aportaciones teóricas realizadas por diferentes autores (Carter, 2012; D'Abate, 2013; Vázquez, Tejedor, Beltrán, Antón y Delgado, 2018, Arias y Ortuño,

2019 y Arias y Bermejo, 2020), así como, del “Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad. Fórum de expertos” (2020) editado por la Universidad de Vigo. Además, estos criterios de inclusión, describen, de forma resumida, los de experiencias pioneras en España en la aplicación de esta figura; como el Servicio de coordinación de parentalidad del Centro de Intervención Parental (CIP) del Ayuntamiento de Madrid, desde 2018. Debe tenerse en cuenta que, además de las características y supuestos anteriormente descritos respecto al conflicto y problemática familiar, esta figura también está indicada para casos en los que otras intervenciones profesionales, como la mediación o la terapia psicológica, hayan fracasado o hayan sido rechazadas por uno o ambos progenitores.

Se aprueba por amplia mayoría, con 4 votos en contra.

CONCLUSIÓN 46ª:

Para contribuir a solucionar los conflictos entre progenitores relativos a discrepancias en la toma de decisiones parentales conjuntas sobre asuntos relevantes para sus hijos menores, el coordinador de parentalidad desarrollará un proceso de intervención estructurado en distintas fases y mediante diversas estrategias y técnicas. De forma resumida; en primer lugar, promoverá que los progenitores alcancen un acuerdo dialogado. Si el acuerdo no se produce, facilitará que los progenitores consensuen una solución de compromiso. Si no lo logran, llevará a cabo un arbitraje para, finalmente, ofrecer a los progenitores una posible solución a su conflicto que tenga en cuenta la satisfacción de las necesidades de los menores a partir de las reflexiones y búsqueda de soluciones llevadas a cabo durante el proceso. Si alguno, o ambos, no se muestran conformes con dicha

propuesta de solución, el coordinador de parentalidad, a través de informe escrito, propondrá al Juez derivador una posible solución a la disputa parental, de forma justificada, argumentada y teniendo en cuenta, prioritariamente, el interés superior de los menores.

JUSTIFICACIÓN:

Las disputas sobre la toma de decisiones parentales, suelen ser síntoma y consecuencia del conflicto de alta intensidad de los progenitores. La judicialización de esta toma de decisiones, supone la delegación de ciertas responsabilidades parentales que, en muchas ocasiones, se refieren a asuntos propios del ámbito parental-familiar (elección de actividades educativas y/o centro de estudios, etc.) o de otros ámbitos especializados; elección de tratamientos médicos o psicológicos, etc. Además, una solución judicial no compartida por uno o ambos progenitores, puede no resolver definitivamente el conflicto, o generar dependencia del Juzgado para delegar futuras decisiones parentales. Así, para resolver estas cuestiones, puede resultar más efectivo que ambos progenitores deban implicarse en la búsqueda activa de una solución, participar de un proceso de reflexión personal y conjunto y asumir sus responsabilidades parentales, así como ciertos compromisos en beneficio de sus hijos. En este proceso, el coordinador de parentalidad, podrá asumir un rol progresivamente más directivo en la consecución de ciertas decisiones, aunque, previamente, agotará las posibilidades de acuerdos y soluciones consensuadas entre los progenitores. En cualquier caso, este profesional no decide sobre los asuntos en disputa y, en última instancia, podrá proponer una solución fundamentada al Juzgado derivante.

Se aprueba por amplia mayoría, con 4 votos en contra.

CONCLUSIÓN 47ª:

Respecto a la resolución judicial mediante la que se lleva a cabo la derivación a coordinación de parentalidad, para el profesional responsable de la intervención, resulta de especial utilidad que dicha resolución especifique; por un lado, los objetivos generales, como, por ejemplo: la gestión del conflicto entre los progenitores, la promoción de habilidades parentales y de la colaboración entre los progenitores, la adecuada gestión de las emociones derivadas del conflicto parental, la des-implicación de los menores del conflicto, la des-judicialización de las relaciones familiares, la promoción de una relación libre y saludable de los menores con sus progenitores, etc. Y, por otro lado, los objetivos específicos para abordar las dificultades concretas de la familia, como, por ejemplo: buscar una solución a desacuerdos parentales específicos que, hasta ese momento, bloquean una decisión conjunta de los progenitores sobre asuntos que afectan al bienestar y desarrollo de sus hijos, el diseño y seguimiento de un Plan de Parentalidad concreto para esa familia, facilitar y supervisar el adecuado cumplimiento de medidas judiciales (como el régimen de visitas), el diseño de sistemas de comunicación efectivos entre los progenitores, o entre éstos y los menores, etc.

JUSTIFICACIÓN:

Algunas de las múltiples dificultades que surgen al intervenir con progenitores que se encuentran inmersos en conflictos de alta intensidad, se relacionan con un frecuente y amplio historial de desavenencias y disputas no adecuadamente resueltas que conllevan alta activación emocional en ambos progenitores y una

dinámica relacional contenciosa y poco funcional que les mantiene anclados en cuestiones del pasado que ya no tienen solución. Esto dificulta sus capacidades para razonar y reflexionar, aumenta su resistencia a colaborar con el otro progenitor, perjudica sus capacidades para planificar el futuro y centrarse en las necesidades de sus hijos y ocasiona una manifiesta dificultad para concretar los asuntos y prioridades que necesitarían resolver. En este sentido, para el coordinador de parentalidad resulta fundamental disponer de un encuadre práctico, específico, centrado en los menores y establecido con claridad por el Juzgado derivador. Esto contribuye a focalizar, motivar y comprometer a los progenitores en asuntos concretos que deben resolver en beneficio de sus hijos. Por otro lado, los objetivos generales permitirán abordar cuestiones transversales que resultan necesarias para desbloquear algunas de las dificultades que muestran los progenitores y que, en ocasiones, se encuentran en el trasfondo de sus desavenencias o desacuerdos concretos.

Se aprueba por amplia mayoría, con 4 votos en contra.

CONCLUSIÓN 48ª:

La función de los profesionales de la psicología forense adscritos a los Juzgados de Familia en relación con los “medios alternativos de solución de conflictos” o como se ha propuesto “procedimientos de gestión de riesgo familiares” (i.e., programas de apoyo a la parentalidad, mediación, coordinación de parentalidad y terapia forense) debería ser:

- a) Conocer y diferenciar cada uno de estos medios o procedimientos

b) Conocer los distintos servicios públicos, dentro de su partido judicial, que estén ofreciendo, dentro de su cartera de servicios, estas intervenciones (i.e., Centros de Apoyo y Encuentro Familiar, Centros de Atención a la Infancia, Servicios Sociales municipales, etc.)

c) Recoger, en el informe pericial solicitado a instancia judicial, recomendaciones de derivación a estos dispositivos, en función de las necesidades singulares de cada familia que se hayan detectado tras la evaluación forense practicada (a través de lo que hemos denominado “plan individualizado de gestión de riesgos familiares” -vid. supra-).

JUSTIFICACIÓN:

La labor principal de los profesionales de la psicología forense adscritos a los Juzgados de Familia es la elaboración de informes periciales que auxilien al juzgador en su decisión sobre la organización familiar post-ruptura que mejor contribuya a garantizar la adaptación de los hijos a la situación de ruptura familiar. No obstante, y como señalaba el magistrado Pascual Ortuño, la intervención judicial en los procesos de familia “no tiene una naturaleza únicamente decisional, sino una vocación de solucionar conflictos, de proyectarse al futuro” (citado en Abel, 2019), atendiendo a este segundo aspecto resulta necesario que el informe pericial psicológico incluya recomendaciones individualizadas orientadas a la “resolución de conflictos” o “gestión de riesgos familiares” (“plan individualizado de gestión de riesgos familiares”). Este segundo aspecto de la intervención judicial, a partir de la Ley 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia se torna en exigencia legal (art. 28 de la citada Ley), considerándose el apoyo de los Equipos Técnicos Judiciales en relación con esta labor importante.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 49^a:

Es fundamental que los servicios públicos que incluyan “medios de solución de conflictos” pongan en conocimiento del Juzgado de Familia la existencia de los mismos. En este sentido, el Equipo Técnico Judicial podría ser el enlace de éstos con el Órgano Judicial, estableciendo el primer contacto. Una vez realizado ese primer contacto resultaría de interés realizar un trabajo de coordinación, que debería incluir la elaboración de protocolos de actuación que permitan que la respuesta a las familias sea eficaz (ayude a mitigar el conflicto o, en otros términos, disminuir los factores de riesgo y aumentar los factores de protección) y eficiente (rápida).

JUSTIFICACIÓN:

En muchas ocasiones hay un desconocimiento por parte de los distintos agentes del Juzgado de Familia (operadores jurídicos - jueces, fiscales y abogados- y dispositivos forenses -Equipos Técnicos Psicosociales-) de los distintos recursos de “solución de conflictos” existentes en el partido judicial, lo que imposibilita la derivación de casos a los mismos. Además, este desconocimiento supone también la inexistencia de protocolos de derivación que ayuden a una gestión eficaz y eficiente del caso.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIONES correspondientes a la MR-8. EL EJERCICIO DE LA PARENTALIDAD POSITIVA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y MENORES.

CONCLUSIÓN 50^a: Parentalidad positiva.

Las rupturas que se producen en casos contenciosos conllevan en muchos casos un elevado grado de conflictividad interparental que causa perjuicios a los hijos. Estimándose que ello acontece en 1/3 de las rupturas judicializadas. Por ello, es preciso que se dote a las familias de recursos que contribuyan eficazmente a comprender y asumir la necesidad de trabajar por procurar ejercer su rol desde la parentalidad positiva, esto es: al comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, incluyendo la promoción de relaciones positivas entre padres e hijos (y familia extensa), como fundamento de la responsabilidad parental.

Ello requiere de políticas públicas que favorezcan que las familias puedan disponer de servicios especializados adecuados (p.e.: programas psico-educativos) a fin de tratar de garantizar un adecuado desarrollo de la parentalidad positiva y, con ello, trabajar en aras al mejor interés de los menores implicados y, a su vez, a la descongestión del sistema de justicia.

JUSTIFICACIÓN:

La Recomendación Rec (2006) de Comité de Ministros del Consejo de Europa, tomó como eje inspirador el concepto de parentalidad positiva, proponiéndose concienciar a los Estados miembros de la necesidad de proporcionar a los progenitores de mecanismos de apoyo que les permitan cumplir con sus responsabilidades parentales.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 51^a: Coparentalidad positiva.

El enfoque de la (co)parentalidad positiva, conlleva una relación colaboradora entre los progenitores, fundamentada en el interés superior de sus hijos e hijas. Para lograr la (co)parentalidad, es necesario dotar de recursos de apoyo a las

familias, para que puedan mejorar y optimizar sus habilidades parentales y de crianza. Para ello, contamos con programas de apoyo a las familias en ruptura de pareja, programas basados en evidencia (PBE) que incrementan las prácticas parentales positivas, promueven la relación de coparentalidad y posibilitan el ajuste del NNA. Este tipo de programas dirigidos a las familias en ruptura de pareja, contribuyen desde una orientación de Justicia Terapéutica no sólo a potenciar el bienestar de las personas usuarias del sistema de justicia, sino también a la sostenibilidad de la Justicia, en términos de reducción del gasto socioeconómico (social, sanitario, de la administración de justicia, etc.)

JUSTIFICACIÓN:

1º. El concepto de parentalidad positiva se asienta en el enfoque de derechos de la infancia y de la adolescencia, y en el Interés Superior del Niño [Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), 1989]. En el año 2006, la Recomendación Rec 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva, pone de manifiesto la importancia de impulsar acciones de política familiar que mejoren el apoyo a la familia y a la crianza, con un enfoque más integral en los derechos de la infancia y la adolescencia.

2º En España son necesarias políticas públicas y programas de apoyo a la (Co)parentalidad positiva, máxime en una sociedad diversa y en cambio, en la que las familias lidian con nuevos conflictos que dificultan el adecuado ejercicio del rol parental, como sucede cuando tiene lugar la ruptura de pareja. Tomando como base lo que la literatura científica establece, las prácticas parentales positivas, la gestión positiva de la Ruptura de Pareja con hijos y la relación de coparentalidad, constituyen factores protectores para el ajuste de NNA.

3º. Las prácticas parentales positivas pueden ser entrenadas (Daly, 2013), mejorando el bienestar de los hijos e hijas y de las familias. En la actualidad contamos con programas basados en evidencia (PBE) que ponen de manifiesto la eficacia de la intervención (p.e., Fackrell, Hawkins y Kay, 2011; Novo et al, 2019; Salem, et al., 2013; Sigal et al., 2011). Es importante señalar que en el marco de los PBE, las acciones preventivas e interventivas

con familias en ruptura debe acompañarse de adecuados estándares de calidad de contexto y de proceso de la intervención.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIONES CORRESPONDIENTES A LA PONENCIA 9, REFERIDA A LAS MEDIDAS RELATIVAS A LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

CONCLUSIÓN 52ª:

En las resoluciones judiciales o convenios reguladores de los procesos de familia (matrimoniales o de menores) debe rechazarse el establecimiento de medidas de tenencia, relación y cuidado legalmente prevenidas para los animales de compañía, respecto de especies de animales y/o razas no habituados a vivir en cautividad a los que se pretenda dar el estatus de animales de compañía, no solo para preservar la propia salud y bienestar del animal, que se verían sin duda vulneradas si se le obligara a vivir en cautividad cuando su instinto animal les impulsa a vivir en estado salvaje y en completa libertad, sino también para la propia protección de la vida y la salud de los seres humanos con los que viven, que pueden correr serios riesgos ante estos animales.

JUSTIFICACIÓN:

Obligar a un animal salvaje a vivir en cautividad, como animal de compañía, puede suponer, en la mayor parte de los casos, una actuación contraria a las necesidades etológicas propias de la especie y raza del animal, que acarree consecuencias negativas para la salud y bienestar del propio animal, aunque tenga satisfechas sobradamente sus necesidades materiales de alimento, bebida y alojamiento, de ejercicio físico y goce y disfrute del cariño y afecto de sus dueños.

Por todo ello se deben extremar las cautelas para no admitir en las resoluciones judiciales o convenios reguladores el establecimiento de medidas de tenencia, relación y cuidado legalmente prevenidas para los

animales de compañía, respecto de especies de animales y/o razas no habituados a vivir en cautividad

Ante la inexistencia en la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre régimen jurídico de los animales, de un listado o elenco de los animales que deben considerarse animales de compañía y los que no admiten esa calificación, la Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid, publicada en el «BOCM» núm. 190, de 10 de agosto de 2016 («BOE» núm. 285, de 25 de noviembre de 2016), si bien es aplicable tan solo en el ámbito territorial de la Comunidad autónoma de Madrid, puede servir de criterio orientador para la interpretación y aplicación tanto de las normas del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía (CEPAC), hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987, ratificado por España el 23 de junio de dos mil diecisiete y publicado en el BOE de 11 de octubre de 2017, como de las normas del Cc. sobre tenencia de animales de compañía. Esta ley 4/2016 de la CAM prohíbe, entre otras muchas prácticas, en su artículo 7, letra w) “la tenencia de los animales contemplados en el Anexo, excepto en parques zoológicos registrados o recintos expresamente autorizados por la Comunidad de Madrid”.

Y el anexo mencionado en el citado precepto enuncia como animales cuya tenencia está prohibida fuera de parques zoológicos registrados o recintos expresamente autorizados por la Comunidad de Madrid los siguientes:

“a) Artrópodos, peces y anfibios: Todas las especies cuya mordedura o veneno pueda suponer un riesgo grave para la integridad física o la salud de las personas y animales.

b) Reptiles: Todas las especies venenosas, los cocodrilos y los caimanes, y todas aquellas especies que en estado adulto alcancen o superen los dos kilogramos de peso, excepto en el caso de quelonios.

c) Mamíferos: Todos los primates, así como las especies silvestres que en estado adulto alcancen o superen los diez kilogramos de peso, salvo en el caso de las especies carnívoras cuyo límite estará en los cinco kilogramos”.

Debe recordarse, asimismo, que en uno de los considerandos del Preámbulo del CEPAC se advierte (y en cierto modo se recomienda) de que “no debe alentarse la utilización de especímenes de la fauna salvaje como animales de compañía”, lo cual es congruente con el hecho de que se trata

de animales cuyo hábitat natural de vida y reproducción es el medio silvestre, en total libertad, y difícilmente se adaptan a la convivencia con humanos en régimen de domesticidad y cautividad.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 53ª:

Se considera muy alentador y beneficioso para los animales de compañía, y merecedor de una opinión favorable, el hecho de que el Proyecto de Ley nº 121/000117, de protección, derechos y bienestar de los animales, publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados. XIV legislatura, Serie A. Núm. 117, de 12 de septiembre de 2022, que se encuentra en trámite de presentación de enmiendas, contemple en su artículo 42 la creación de un listado positivo de animales de compañía, que tendrá carácter estatal y se publicará una vez se apruebe el proyecto y se convierta en Ley, en la medida en que la definición de animales de compañía que se contiene en el artículo 3 del referido Proyecto de ley es por sí sola insuficiente.

JUSTIFICACIÓN:

Por razones de seguridad jurídica deben evitarse los inconvenientes que se derivan de la actual indefinición legal sobre el concepto exacto de animales de compañía, por la ambigüedad de la distinción entre animales salvajes domesticados y domésticos y entre animales domésticos y los de compañía, que pueden traducirse en un aumento de la conflictividad en los procesos de familia.

La propia Ley 17/2021, de 15 de diciembre en el apartado II, párrafo 6º de su Preámbulo utiliza la denominación de animales de compañía como locución equivalente a la de animales domésticos (“...régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello se contempla el pacto sobre los animales domésticos...”)

Al respecto, no se puede olvidar que el propio legislador vino a reconocer expresamente, durante la tramitación parlamentaria de la Proposición de Ley 122/134, que finalmente dio lugar a la actual Ley 17/2021, que la misma no contiene definición alguna de los animales de compañía, al suprimirse

en el Senado, mediante una enmienda el inciso del preámbulo que hacía alusión a la definición del concepto de animal de compañía:

“Preámbulo. (...) Como consecuencia de una corrección técnica, se suprime en el párrafo sexto del apartado II del Preámbulo el inciso «además de definir el propio concepto de animal de compañía», ya que la presente iniciativa no contempla dicha definición.”

En suma, tanto el CEPAC como la Ley 17/2021 configuran los animales de compañía como un concepto abierto y, en cierto modo indeterminado, acaso con la finalidad de mantener una deliberada ambigüedad, ante la existencia de animales que puedan ser tenidos por el hombre en su domicilio como animales de compañía pero que sean de dudosa calificación como tales por razones etológicas, de peligrosidad o de otro orden (hamsters, peces en peceras, pájaros enjaulados, palomas mensajeras, cobayas, hurones, jabalíes, corderos o, inclusive, animales salvajes domesticados y habituados a vivir en cautividad). Esa calculada ambigüedad dará lugar, sin duda, a multitud de discrepancias jurídicas sobre la naturaleza de algunas especies como animales de compañía que podrían evitarse mediante la creación del listado positivo de animales de compañía que el Proyecto de Ley 121/117 contempla.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 54ª:

Aunque el artículo 103.1ª bis del Cc. no contempla expresamente, entre las medidas provisionales que pueden adoptarse en los procesos matrimoniales o de menores, la relativa al reparto de cargas asociadas al cuidado del animal de compañía, como sí lo hace el artículo 94 bis del Cc. referido a las medidas definitivas a acordar en sentencia, una interpretación sistemática del precepto conduce a entender que también puede establecerse dicha medida en sede de medidas provisionales previas o coetáneas.

JUSTIFICACIÓN:

En la redacción del artículo 103, 1ª bis del Cc. no se hace mención expresa a la medida referida al reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal

de compañía ¿Ha de entenderse entonces, que, conforme al tenor literal del art.103, 1ª bis, no puede establecerse en el auto de medidas provisionales previas o coetáneas medida alguna sobre el reparto entre las partes de las cargas asociadas al cuidado del animal? No parece que deba entenderse así tal omisión del legislador, sino más bien como un olvido involuntario de éste, que es fácilmente salvable en base a una interpretación sistemática, relacionando ese precepto con lo dispuesto en el artículo 771.2, párrafo 2º de la LEC, que sí hace expresa referencia a que el juez puede adoptar como medidas provisionales “lo que considere procedente en relación con la (...) atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía...”, y en el 774.4 de la LEC, cuya redacción literal presupone admitir que han podido ser adoptadas con anterioridad a la sentencia, como medidas provisionales por tanto, entre otras, las relativas a la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía. También por una interpretación conjunta del 103.1ª bis y lo dispuesto en el art. 94 bis en relación con el artículo 91, párrafo 1º del Cc., conforme al cual, todas las medidas adoptadas con carácter definitivo en la sentencia sustituyen a las provisionales anteriores, lo que permite colegir que todas las medidas definitivas sustitutorias de la sentencia (la pensión compensatoria y la indemnización del artículo 1438 no son sustitutivas de otras anteriores porque solo pueden acordarse en la sentencia definitiva) pudieron establecerse como provisionales y después ser sustituidas. Y más aún si tenemos en consideración que el art. 771.2, párrafo 2º de la LEC habilita al juez para adoptar, inaudita parte, respecto de los animales de compañía, antes de la personación de la parte demandada en el proceso, entre otras, medidas sobre las necesidades de los animales de compañía, que han de entenderse referidas, necesariamente, de manera primaria, a sus necesidades de alimento y bebida. Por lo que sería contrario a las reglas de la lógica poder acordar en sede de medidas provisionales una medida cautelar como la indicada, inaudita parte, y no poder luego establecerla como medida provisional en el auto final.

Al margen de ello, sería contrario al más elemental principio de economía procesal no establecer en medidas provisionales una medida sobre la forma en que los cónyuges o progenitores han de contribuir al pago de las cargas asociadas al cuidado del animal de compañía.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 55ª:

Pese a no establecer el art. 94 bis del Cc. recomendación alguna, análoga a la del art. 92 exhortando (“ se procurará”) a la no separación de los hermanos, en los supuestos de convivencia en la misma unidad familiar de dos o más animales de compañía de la misma especie y raza nacidos de una misma madre o que sean parientes en línea recta, se deberá tener en consideración, a la hora de hacer atribución de la tenencia y cuidado de los mismos, si su separación puede ser contraria a su bienestar, en cuyo caso no procederá el establecimiento de regímenes de tenencia y cuidado que comporten su separación física.

JUSTIFICACIÓN: La tenencia o cuidado partido o repartido de dos o más animales de compañía puede plantear problemas de adaptación de estos en función de las diversas circunstancias concurrentes (parentesco, tiempo de convivencia, tipo de relación existente entre ellos, u otras), especialmente cuando se trata de animales de la misma especie y raza nacidos de una misma madre o que son parientes en línea recta (padre-madre-hijo-hija). En estos casos, aunque haya acuerdo de las partes sobre tal sistema de custodia, el mismo puede no ser procedente cuando se estime contrario al bienestar de los animales de compañía separados. Es cierto que la recomendación legal del artículo 92 del Cc. de no separar a los hermanos se refiere a los menores y no es en puridad analógicamente aplicable a los animales de compañía, pero si la medida de atribución de la tenencia o cuidado de estos animales comporta su separación física, la misma podrá no aprobarse cuando se estime contraria a su bienestar emocional por constar acreditado que el alejamiento entre ellos puede acarrearles dolor y sufrimiento, que serían sentimientos del animal incompatibles con su bienestar emocional.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 56ª:

Ante la falta de concreción legal acerca de la proporción en que cada cónyuge o progenitor ha de contribuir al pago de las cargas asociadas al cuidado del animal, la interpretación conjunta de lo dispuesto en los artículos 94 bis en relación con los artículos 393, 395 y 333 bis.1, todos del Cc., conduce a estimar que, al no existir para esta obligación una norma

específica análoga a la establecida en los artículos 143 y 146 del Cc. para los alimentos entre parientes, resultan de aplicación al caso las previsiones del artículo 393 del Cc., y, por tanto, lo procedente será establecer que las cargas se abonen por mitad si el animal de compañía les pertenece a título ganancial o en comunidad ordinaria por mitad y en pro indiviso, o en la proporción correspondiente a la cuota de participación en la comunidad de cada uno, con independencia de que el cuidado y tenencia del animal se confíe a ambos o a uno solo de ellos y de los medios o recursos con que cuente cada uno.

JUSTIFICACIÓN:

El artículo 94 bis del Cc. no determina la proporción en que cada cónyuge o progenitor debe contribuir al pago de las cargas asociadas al cuidado del animal, limitándose a señalar que la autoridad judicial determinará el reparto de tales cargas, lo que hace referencia indudable a que ambos vienen obligados a abonar el coste de tales cargas conjuntamente, pero no aclara en qué proporción debe hacerlo cada uno, si por mitad, en otra cuota parte o en proporción a los ingresos y recursos respectivos.

Al establecer el precepto que las medidas relativas a los animales de compañía, entre ellas la referida al “reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal”, se han de establecer por el juez “con independencia de la titularidad dominical de éste y de a quién le haya sido confiado para su cuidado”, parece indiscutible que queda excluida la aplicación de régimen establecido para el pago de los gastos de la cosa común en los artículos 393 del Cc en dos cuestiones concretas:

1ª. Cada cónyuge o progenitor, aunque no sea propietario o copropietario del animal, viene obligado a contribuir al pago de las cargas asociadas al cuidado del animal.

2ª. La obligación de contribuir al pago de las cargas del animal es independiente del régimen de tenencia o cuidado que se establezca.

El art. 393 establece la obligación de los comuneros de participar en las cargas de la cosa común en proporción a su respectiva cuota, presumiendo, salvo prueba en contrario, la igualdad de las cuotas.

De acuerdo con dichos preceptos y con lo establecido en el nuevo art. 94 bis del Cc. puede afirmarse que, al no existir para el pago de las cargas y gastos asociados al cuidado del animal una norma específica análoga a la establecida en los artículos 143 y 146 del Cc. para los alimentos entre parientes, por aplicación de la regla general establecida en el artículo 333 bis.1.de. Cc. (“Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida

en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección.”), en relación con los artículos 393 y 395, lo procedente será establecer que las cargas del animal se abonen por mitad si el animal de compañía les pertenece por mitad y en pro indiviso (o a título ganancial), o en la proporción correspondiente a la cuota de participación en la comunidad, de cada uno, con independencia de que el cuidado y tenencia del animal se confíe a ambos o a uno solo de ellos y de los medios o recursos con que cuente cada uno. Sobre este punto hay que entender aplicable el artículo 393 Cc en la medida en que se trata de una norma referida al régimen jurídico de los bienes o cosas, fundamentalmente en cuanto a la propiedad, que entra en juego de modo subsidiario al no existir en ese extremo una norma específica para los animales, y resultar compatible con la naturaleza de las disposiciones relativas a su protección.

Y, a falta de prueba sobre la titularidad dominical del animal de compañía habrá que presumir que pertenece a ambos en condominio ordinario, conforme a las previsiones del artículo 393 del Cc.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 57ª:

Se recomienda que la resolución judicial o el convenio regulador establezcan y regulen la obligación de pago de gastos extraordinarios correspondientes al animal de compañía que puedan producirse, determinando aquellos que se consideran como tales (intervención quirúrgica veterinaria, tratamiento por grave enfermedad, prótesis para el animal, etc) o criterios para su consideración como tales, y la proporción en que deben abonarse.

JUSTIFICACION:

En relación con la obligación de pago de las cargas asociadas al cuidado del animal, cuyo importe se fijará en función de los gastos de manutención y cuidado ordinarios (comida, bebida, alojamiento, cuidados o revisiones veterinarias ordinarias, vacunas obligatorias, etc), es muy conveniente que la resolución judicial (auto, sentencia o convenio regulador) precise cómo y en qué proporción se satisfarán en el futuro los gastos extraordinarios, necesarios o convenientes, correspondientes al animal, como una

intervención quirúrgica veterinaria, un tratamiento sanitario por una grave enfermedad, el coste de una prótesis para el animal en caso de padecer una disfuncionalidad que le impida moverse por sí mismo, la administración excepcional de fármacos, etc.

Es evidente que, si el pago de tales gastos extraordinarios necesarios, no ha sido convenientemente contemplado y regulado en el convenio regulador o en la sentencia o auto correspondientes, pueden surgir problemas de muy difícil resolución judicial que obligarían a acudir a un juicio verbal o incluso ordinario, para que el cotitular del animal que ha verificado el pago del gasto extraordinario necesario reclame al otro la mitad (o cuota parte que corresponda) de su importe, conforme a lo dispuesto en el artículo 393 en relación con el 94 bis, al no poderse solicitar el pago en ejecución a través de una demanda ejecutiva si el convenio o la resolución judicial solo contempla el pago de una pensión, en cuanto una demanda ejecutiva en que se demandara, en vía de regreso, el reembolso de la mitad de dichos gastos, estaría abocada a su rechazo al exceder la pretensión ejecutiva del contenido y alcance del título ejecutivo.

Por eso resulta de gran importancia que el convenio regulador o la resolución judicial establezcan claramente una relación de los gastos que se consideran extraordinarios y los criterios para la determinación de tal carácter respecto de los no contemplados expresamente, así como la forma y el procedimiento a través del cual los cotitulares dominicales del animal han de consultarse y recabar el consentimiento del otro para ejecutar la decisión sobre realización de gastos extraordinarios, con expresión inequívoca de la proporción en que será asumido por ambos.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIONES CORRESPONDIENTES A LA PONENCIA 10, REFERIDA A LA JUSTICIA TERAPÉUTICA.

CONCLUSIÓN 58ª:

El abordaje contencioso de los conflictos familiares, entre ellos la ruptura de pareja, no aporta soluciones satisfactorias para quienes componen la familia, no ayuda a la recuperación psicológica de las personas ni a su

fortalecimiento, tampoco al familiar, ni ofrece soluciones adecuadas a los problemas y necesidades de la familia. Inversamente, el proceso contencioso suele incrementar los conflictos y comprometer la salud física y mental de todos los miembros de la familia, convirtiendo la ruptura de pareja en un factor de riesgo para su bienestar, a corto, medio y largo plazo.

La necesidad del paradigma de TJ está fuera de cualquier tipo de duda, y de forma especial en el Derecho de Familia. Sólo se podrían oponer quienes no conocen sus principios y objetivos, su potencial real para mejorar el bienestar de las personas, de los miembros de la familia, y el aporte que supone para la Justicia y la Sociedad.

Para apoyar adecuadamente a todos los miembros de la familia, los profesionales que intervienen en procesos de ruptura de pareja, no sólo los abogados y los jueces, deberían disponer de formación especializada, con orientación de TJ, incluyendo conocimientos y ética.

JUSTIFICACIÓN:

La investigación sobre la separación/divorcio ha documentado consistentemente los efectos adversos que producen en la salud mental y física de quienes se separan y en sus hijos e hijas. El divorcio/separación de los progenitores está catalogado como una experiencia infantil adversa de la infancia, cuyos efectos pueden alcanzar hasta la adultez. Pero no es el divorcio o la separación en sí mismos lo que provoca el daño en los hijos. Las variables que explican en mayor medida los efectos adversos son el conflicto parental intenso y continuo, así como la falta de parentalidad positiva. Por lo tanto, los efectos adversos se pueden controlar o evitar y en el peor de los casos mitigar. Así, el cómo se gestiona la ruptura de pareja incide directamente en las consecuencias, entidad y duración de las mismas.

La Justicia Terapéutica en el Derecho de Familia se enfoca en fortalecer un funcionamiento normalizado de las familias, y en que sus miembros puedan mantener relaciones satisfactorias. Asume que el proceso judicial debe impactar positivamente, en lugar de resultar nocivo. Esto exige a los profesionales atender a las necesidades particulares que presentan las personas, y ser sensible al estado psicoemocional en el que se encuentran, para que el trato y el encauce que se les ofrezca les posibilite un resultado terapéutico y no iatrogénico.

La TJ insta a que los profesionales y a quienes se separan/divorcian miren al futuro en lugar de anclarse en el pasado, para facilitar respuestas y soluciones constructivas a los problemas y conflictos que existan, la adaptación al divorcio, el mantenimiento de las relaciones y la sanación.

Se aprueba por unanimidad.

CONCLUSIÓN 59ª:

Se demanda del legislador, nacional o autonómico, que proceda con urgencia a la regulación de la figura del coordinador/a de parentalidad para todo el territorio nacional, estableciendo los requisitos de formación especializada requeridos para desempeñar las funciones de coordinación y el protocolo de actuación profesional de aquella, junto con la aprobación del código ético a que ha de quedar sometido.

JUSTIFICACIÓN: Garantizar la necesaria seguridad jurídica en la utilización de esta figura y conseguir la unificación de prácticas procesales.

Se aprueba por mayoría de todos los presentes, con 4 abstenciones.

ADENDA.

PROPUESTAS DE CONCLUSION NO APROBADAS

Se considera que, aun no habiendo sido aprobadas, la inclusión, como adenda, de estas propuestas, puede resultar ilustrativa y útil para todos los participantes, desde una perspectiva meramente doctrinal, en cuanto pone de manifiesto algunos de los temas controvertidos que se debatieron y la problemática jurídica que encierran.

MR2.Mesa redonda sobre la ejecución. Propuestas de conclusion relacionadas con la ejecución

PROPUESTAS DE CONCLUSIÓN 9ª. La ampliación automática y no automática de la ejecución. El momento preclusivo para solicitarla: distintos criterios.

La ampliación automática del art. 578 de la LEC, procede cuando se ha solicitado en la propia demanda de ejecución, acompañando una liquidación final. Para nuevos vencimientos, cabe que también se solicite después de que se haya dictado el despacho de ejecución. Pues bien, en la actualidad, en ambos casos el momento preclusivo para la solicitud es cuando se produce la oposición a la ejecución por parte del ejecutado, para que aquel pueda ejercitar su derecho de defensa. Los posteriores vencimientos obligan a presentar nueva demanda de ejecución. La propuesta que hago se basa en la necesidad de que, al menos en los procesos de familia con obligaciones pecuniarias respecto de menores o discapacitados, se permitiera llevar a cabo la ejecución con la celeridad suficiente, evitando complicadas fases procesales. La reclamación debería ceñirse a un sencillo escrito de petición justificado, trámite de alegaciones para el ejecutado o comparecencia inmediata y resolución rápida y efectiva. Todo lo demás es complicar un procedimiento ejecutivo que está previsto para otro tipo de cuestiones que no son las propias del Derecho de Familia.

JUSTIFICACIÓN

La jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales - que se han pronunciado hasta el momento sobre la posibilidad de solicitar la ampliación de la ejecución inicial ya finalizada por auto que resuelve la controversia, por nuevas pensiones impagadas con fundamento en el art. 578 LEC - en su amplia mayoría dice que, en la previsión legal de la ampliación de la ejecución cuando se trata de condenas dinerarias y el título es ejecutivo, debe concurrir una triple identidad: misma obligación aplazada (carácter periódico), mismos acreedor y deudor. Si se pretende ejecutar nuevas obligaciones dinerarias autónomas (por otros conceptos), la vía será la de

acumulación de ejecuciones (AAP Barcelona, sección 8ª, 371/2016, de 23 noviembre) Para la doctrina, tanto en un caso como en el otro, el día final será cuando se produzca la oposición a la ejecución (AAP Madrid, sección 24, 3 febrero 2011) En ese momento el objeto del litigio esta ya configurado y pendiente de resolución y no caben nuevas ampliaciones por un elemental principio de defensa y no puede permanecer abierta indefinidamente la ejecución (AAP Tarragona, sección 1ª, 20 noviembre 2019) Ahora bien, al hilo de esa doctrina, sería deseable resoluciones abiertas para facilitar el ejercicio del derecho por el acreedor. Una vez más, se pone de manifiesto la necesidad de procedimientos de ejecución especiales para el Derecho de Familia.

PROPUESTA CONCLUSION 12ª. La concurrencia de reclamación de pensiones en el proceso civil de familia y en el proceso penal por abandono de familia y/o impago de pensiones

En caso de concurrencia de proceso civil en que se reclamen en ejecución pensiones alimenticias y proceso penal por abandono de familia y/o impago de pensiones de alimentos o compensatoria en que se haya ejercitado la acción civil y se hay condenado al pago de la responsabilidad civil ex delicto ,una vez comprobada la existencia simultánea de ambas vías procesales para la reclamación de las pensiones adeudadas, la jurisdicción penal será siempre preferente, por lo que habrá de suspenderse de forma cautelar el proceso de ejecución civil iniciado hasta la terminación del procedimiento penal a menos que conste de forma expresa que la parte denunciante o querellante ha hecho en el proceso penal expresa reserva de ejercitar la acción civil de forma separada supuesto en el que se continuaría el procedimiento de ejecución civil. Para ello se dejará constancia en los autos solicitando tal información bien al juzgado penal correspondiente, bien o a la parte denunciante o querellante, En todo caso se conservaran como válidos los actos procesales realizados en el procedimiento civil .

JUSTIFICACION. La duplicidad de actuaciones sobre una misma obligación causa inseguridad jurídica en tanto que no se tiene conocimiento por el tribunal civil de la posible concurrencia de reclamaciones civiles en ambas jurisdicciones civil y penal salvo que las partes lo comuniquen , lo que a veces no ocurre , lo que puede dar lugar a duplicar el pago .

Para reclamar las pensiones de alimentos son compatibles las acciones civiles y penales lo que no significa que se pueda duplicar el cobro de lo adeudado. Si ambas vías están abiertas debemos extremar la precaución para conocer la existencia de la posible condena penal al pago de la responsabilidad civil y el estado del procedimiento por cuanto que en la vía penal puede establecerse como responsabilidad civil la obligación de satisfacer las pensiones que vayan venciendo hasta el momento del juicio oral por lo que sería conveniente que se pudiera utilizar una aplicación informática en los juzgados decanos, que utilizando la técnica del blockchain o cualquier otra, permitiera conocer la existencia de procedimientos de ejecución concurrentes sobre la misma obligación y quedar documentadas las operaciones de embargo de dinero o cobro de cantidades. En esa base de datos, compartida por los juzgados civiles y penales, se registrarían y compartirían todas y cada una de las transacciones verificadas, tanto los pagos totales o parciales de la deuda, como los abonos que se van realizando a la parte acreedora.

La necesidad de crear la aplicación informática referida se justifica en la conveniencia de no tener que recurrir al tradicional auxilio judicial entre juzgados mediante exhortos y en la conveniencia de no otorgar plena fiabilidad a las manifestaciones de las partes, que pueden no ser suficiente por intervenir diferentes letrados, y distintos tramites y estados del procedimiento, pueden concurrir prescripciones y al menos de esa manera se puede conocer qué es lo pagado y no pagado. El blockchain es un software diseñado para, entre otras cosas, ayudar a las organizaciones empresariales a realizar tareas básicas que apoyen sus procesos internos y transacciones comerciales. Por tanto también puede ayudar a la administración pública registrar las operaciones de pago del deudor o crear una ficha digital donde consten las operaciones relativas a la satisfacción de las deudas alimenticias

PROPUESTAS DE CONCLUSIÓN EN RELACIÓN CON LA PONENCIA 6, REFERIDA A LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DOMESTICA Y DE GENERO EN LAS MEDIDAS DE PATRIA POTESTAD, CUSTODIA Y VISITAS. (Estas conclusiones han sido extraídas de las mantenidas por la fiscalía en las jornadas de los fiscales especialistas en violencia de género celebradas en Madrid los días 15 y 16 de noviembre de 2021, que

podrán ser objeto de revisión y/o actualización en las jornadas de los fiscales especialistas de violencia de género que se celebraran en el mes de noviembre de 2022).

Las propuestas 41 a 44, que siguen, no fueron sometidas siquiera a votación en el plenario por considerarse directrices para los Sres./as fiscales, emanadas de la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer del Tribunal Supremo, que sostienen una interpretación muy restrictiva de las normas correspondientes.

PROPUESTA DE CONCLUSIÓN 41^a: Medidas civiles en el contexto de la orden de protección

1.- Cuando existan hijos o hijas menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género no procede el establecimiento de un régimen de visitas en la comparecencia de orden de protección al impedir este pronunciamiento la regulación actual del art. 544 ter LECrim.

2.- Si existiera un régimen de visitas previamente acordado y el menor hubiera presenciado o convivido con la violencia, la regla general es la de la suspensión del régimen de visitas toda vez que la estimación de la orden de protección es un factor precipitante del riesgo para las/los menores y sus madres, todo ello sin perjuicio de lo que proceda acordar en el procedimiento civil, en su caso, con más elementos de juicio.

3.- Solo cabe excepcionalmente el mantenimiento de ese régimen, cuando se cuente con argumentos objetivos y sólidos fundamentados en el superior interés del menor y en el resultado de la evaluación de la relación paterno filial entre el investigado y el menor en la ejecución de ese régimen de visitas.

4.- En los casos en los que los y las menores no hayan sufrido, presenciado ni convivido con la violencia, y valorando siempre las circunstancias concurrentes, por aplicación analógica del art. 94.4 del CC, debe entenderse que la regla general es la de la suspensión del régimen de visitas previamente acordado y solo excepcionalmente su mantenimiento por resolución motivada en

el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial.

JUSTIFICACIÓN:

El párrafo 2 del apartado 7 del art. 544 ter LECrim —en su redacción anterior, introducida por la Ley 4/2015, de 27 de abril— disponía que las medidas civiles “podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”.

Sin embargo, con la redacción actual introducida por la LO 8/2021, de 4 de junio, esas medidas “podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”.

De la simple lectura (hemos remarcado en negrita los cambios para su mejor localización) se deduce que si con la redacción original, en el contexto de la orden de protección se podía regular, además de la custodia, el régimen de visitas, en la actualidad solo se puede determinar la custodia pues, en relación con las visitas solamente se podrá acordar su suspensión o mantenimiento, de manera que si no existe una resolución judicial previa en la que se haya regulado el régimen de visitas, el juez que acuerda la orden

de protección no puede pronunciarse al respecto. Esta es la interpretación que resulta del sentido propio de sus palabras, pero también del contexto normativo y de los antecedentes legislativos que reflejan el espíritu de la ley pues, como hemos visto, en las enmiendas transaccionales aprobadas por la Comisión se hace mención expresa a que no se podrá establecer un régimen de vistas y que, en su caso, se ha de suspender el existente. Y, por supuesto, esta interpretación es la única posible en atención a la realidad social que ha sido expuesta y que exige de una respuesta contundente a fin de proteger a los niños y niñas frente a la violencia de género que sufren sus madres y a hacer efectiva la protección de estas, teniendo en cuenta, además, que cuando se acuerda una medida penal de prohibición de aproximación a la madre el riesgo de instrumentalización y manipulación de los niños y niñas e, incluso, de ejercer la violencia sobre ellos, bien como estrategia para dominar y controlar a la madre, bien para hacerle el máximo daño posible, se eleva a la enésima potencia. Precisamente por ello, consciente de esta realidad, el legislador ha dispuesto que cuando se acuerda una orden de protección con medidas penales no se puede establecer un régimen de visitas y, si existiera ese régimen de vistas, estancias y comunicación con los menores acordado previamente, el juez tiene la obligación de suspenderlo, de oficio o instancia de parte, si los menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia de género o doméstica, y solo podrá excepcionalmente no acordar la suspensión, es decir, mantener ese régimen de visitas, cuando a instancia de parte así proceda, lo que deberá hacer en una resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar. Esta regulación es congruente, además, con la reforma incluida en el art. 94.4 CC.

PROPUESTA DE CONCLUSIÓN 42^a: Art. 94.4, inciso primero del CC.

1.- El presupuesto que exige el precepto es que el progenitor se halle 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 sus hijos, el mismo que se contempla en el art. 92.7 del CC al regular la prohibición de la custodia compartida y debe ser interpretado tal y como en su momento se hizo por la Circular 6/2011 de la FGE, de manera que en el procedimiento han de haber sido objetivados indicios de criminalidad, por lo que la simple denuncia no será suficiente para vetar tal posibilidad.

2.- En los procedimientos de “mutuo acuerdo” tramitados por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, deberemos solicitar oír a los menores de conformidad con el art. 777-5 de la LEC, sin perjuicio de que en el trámite de ratificación por separado a que se refiere el art. 777-3 de la LEC, se compruebe si la conformidad de la mujer víctima ha sido prestada libremente, función que corresponde al LAJ.

3.- Aunque, a diferencia del art. 544 ter de la LECrim, en este artículo no se haga alusión específicamente a la posibilidad de mantener el régimen de visitas previamente acordado, la excepción que se recoge en el mismo debe interpretarse, de conformidad con el art. 3 del CC, en el sentido de que se puede interesar y el juez acordar el régimen de visitas ex novo o mantener el previamente acordado, si bien en todo caso deberá hacerse en una resolución motivada en el superior interés del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con

discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

JUSTIFICACIÓN:

Coherencia con la regulación efectuada por la L.O. 8/2021 en relación con la orden de protección (justificación de la enmienda del Senado que determinó la inclusión de la refirma de este precepto en la L. 8/2021 y Pacto de Estado).

PROPUESTA DE CONCLUSIÓN 43^a: Art. 94.4, inciso segundo del CC.

1.- Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia de género, se debe convocar y celebrar la comparecencia prevista en el artículo 49 bis 2 de la LEC, salvo que tales indicios lleguen a través de la aportación de un testimonio de una resolución dictada en un procedimiento penal, en cuyo caso se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 49 bis-1 de la LEC.

2.- Si en el procedimiento civil se advierten indicios de violencia doméstica que no hayan motivado la incoación de un procedimiento penal, lo procedente es acordar la deducción de testimonio bastante de las actuaciones y remisión al Juzgado de Instrucción que corresponda para la incoación del procedimiento penal oportuno.

JUSTIFICACION:

Loa preceptos que se citan.

PROPUESTA DE CONCLUSIÓN 44^a: Art. 94.5 CC

1.- No procederá ni el establecimiento ni el mantenimiento del régimen de visitas previamente acordado y si la situación de prisión provisional o por condena por alguno de los delitos previstos en el apartado anterior, se produce estando vigente un régimen de visitas, de oficio, a instancia de parte o del M. Fiscal procederá acordar de conformidad con el art. 158.6 del CC la suspensión del régimen de visitas.

2.- La prohibición del art. 94.5 CC afecta exclusivamente a los presos preventivos o condenados por alguno de los delitos a que se refiere el art. 94.4 CC. El delito de quebrantamiento no está incluido en dicho listado, por lo que, dicho precepto no deviene aplicable en tales casos sin perjuicio de que en aras a la mejor protección de las mujeres víctimas y de sus hijas e hijos, proceda interesar la suspensión o no autorización de dicha comunicación.

3. Teniendo en cuenta que el art. 94.5 CC solo prohíbe el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior, pero no las comunicaciones orales, sin perjuicio de que, valorando las circunstancias pertinentes, proceda acordar también la suspensión de esas comunicaciones no presenciales.

4. La prohibición del art. 94.5 CC solo afecta a las relaciones con los hijos e hijas comunes de investigado y víctima, en el caso de violencia de género.

Dicho precepto está incluido en el Capítulo XI del Título IV del Libro II del CC, “de los efectos de la nulidad, separación y divorcio”, que tiene por finalidad regular las consecuencias de la ruptura de la pareja, en concreto, en relación con los hijos comunes. También se trasladará al Secretario General de Instituciones Penitenciarias

la necesidad de que se remitan exclusivamente aquellas comunicaciones relacionadas con presos que estén recibiendo visitas en el centro penitenciario de sus hijos/as comunes con la víctima de violencia de género

5.- Si no existiera una resolución judicial que estipule el régimen de visitas y lo que se comunica es que se están efectuando visitas con las/los hijas/os menores comunes del investigado/condenado y víctima en el centro penitenciario, lo procedente de conformidad con el art. 158.6 CC será acordar la suspensión de esas comunicaciones por ser contrarias al art. 94.5 CC a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar, que es la finalidad a la que atiende el legislador.

6. En todo caso ambos pronunciamientos deben mantenerse en tanto en cuanto permanezca el investigado/condenado en situación de prisión, provisional o por sentencia firme. La prohibición del art. 94.5 CC solo afecta a aquellos presos que se encuentran internos en los centros penitenciarios y, esta condición la tienen aun cuando disfruten permisos ordinarios o estén clasificados en tercer grado. En consecuencia, la prohibición extiende sus efectos hasta que el condenado adquiera la libertad condicional o definitiva.

7.- En aquellos casos en los que la prisión provisional o condena hayan sido acordadas o impuestas por delitos de violencia de género (art.1 de la L.O. 1/2004), exista o no resolución previa que haya acordado el establecimiento de un régimen de visitas, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer será competente para resolver la petición de no establecimiento o suspensión del régimen de visitas de conformidad con los arts. 87 ter LOPJ y 158 CC.

JUSTIFICACION:

No consta.

